1/2010

# 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*

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

ANTONIO PRETEROTI, Università di Perugia

DANIELA COMANDÈ, Università di Catania

MARIAGRAZIA MILITELLO, Università di Catania

VALERIO TALAMO, Dipartimento della Funzione pubblica di Roma

BRUNO CARUSO, Università di Catania

ANTONIO LO FARO, Università di Catania

GIANCARLO RICCI, Università di Catania

GIORGIO FONTANA, Università Mediterranea di Reggio Calabria

LUCA NOGLER, Università di Trento

UDO REIFNER, University of Hamburg

MARIA VITTORIA BALLESTRERO, Università Di Genova

MAURA RANIERI, Università di Catanazaro

UMBERTO CARABELLI, Università di Bari

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

GABRIELLA NICOSIA, Università di Catania

HARALD BONURA, Foro di Catania

GIUSEPPE CARUSO, TAR di Reggio Calabria

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2010 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569226

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

n. 1/2010

## SOMMARIO

Il datore di lavoro nell'impresa integrata
Valerio Speziale 1

Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative e primi riscontri giurisprudenziali
Antonio Preteroti 83

Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo: il paradigma dell'autonomia
Daniela Comandè 103

Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza)
Mariagrazia Militello 140

La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico
Valerio Talamo 181

Contratto collettivo di lavoro (Voce per un Dizionario)
Bruno Caruso - Antonio Lo Faro 197

Potenzialità e limiti del processo di regionalizzazione del diritto del lavoro in Italia
Giancarlo Ricci 210

Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti
Giorgio Fontana 228

Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata (fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)
Giancarlo Ricci 278

Social contracts in the light of the Draft Common Frame of Reference for a future EU Contract Law
Luca Nogler - Udo Reifner 313

Le "energie da lavoro" tra soggetto e oggetto
Maria Vittoria Ballestrero 349

L'abbigliamento nei luoghi di lavoro: dalla tuta blu al velo usa e getta
Maura Ranieri 362

La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche
Umberto Carabelli 396

Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le *liaisons dangereuses*
Lorenzo Zoppoli 423

La gestione della performance dei dirigenti pubblici: *an, quando, quis e quomodo* della "misurazione" e "valutazione" individuale
Gabriella Nicosia 441

Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella p.a. italiane)
Bruno Caruso 461

La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo
Harald Bonura - Giuseppe Caruso 486

I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)
Bruno Caruso 509

# Il datore di lavoro nell'impresa integrata*

Valerio Speziale

1. Unicità e pluralità nel contratto di lavoro 3

2. La ritrovata centralità della figura del datore di lavoro 4

3. Le ragioni economiche ed organizzative della "scomposizione" del datore di lavoro e gli effetti sui rapporti di lavoro 6

4. Il quadro internazionale in tema di disciplina del decentramento produttivo 8

5. La nozione di datore di lavoro 12

6. Segue. Le tutele rimediali e l'identificazione del datore di lavoro 17

7. La disciplina in tema di utilizzazione indiretta del lavoro ed i caratteri del datore di lavoro 20

8. L'art. 2094 c.c. e la codatorialità 25

9. Segue. Il divieto di intermediazione e la unicità o pluralità dei datori di lavoro 27

10. Organizzazioni imprenditoriali integrate e impresa unitaria 30

11. I profili giuridici dell'impresa integrata. Il collegamento negoziale 35

12. La tutela dei lavoratori nelle organizzazioni integrate e la codatorialità 39

13. La prospettiva civilistica: la codatorialità deriva dal collegamento negoziale 41

14. La prospettiva lavoristica: la contitolarità del contratto di lavoro e la subordinazione nell'impresa integrata 44

15. Segue. La codatorialità ed il potere direttivo nelle integrazioni produttive 49

16. Somministrazione, distacco e codatorialità 53

17. La contitolarità del contratto di lavoro nelle "catene" di appalti. La codatorialità nella dimensione comunitaria 54

18. La struttura del rapporto di lavoro nelle ipotesi di codatorialità (diritti, obblighi, poteri, responsabilità solidale) 57

19. Prospettive per una disciplina legale della codatorialità 64

20. Conclusioni 68

Riferimenti bibliografici 70

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 94/2010

Abbreviazioni 81

## 1. Unicità e pluralità nel contratto di lavoro

Il contratto di lavoro, nel suo assetto fondamentale, ha carattere bilaterale. Due parti danno vita ad un unico rapporto a struttura complessa. Anche il substrato organizzativo nel quale la prestazione si inserisce è unitario ed è costituito da una «tecnostruttura concentrata», che assicura «l'integralità del processo produttivo»[1]. All'interno di tale organizzazione convivono diversi soggetti che, in base alla divisione del lavoro, svolgono funzioni differenti ed assicurano, attraverso una catena di comando, la integrazione delle varie funzioni in un contesto organizzato su base gerarchica.

Le innovazioni tecnologiche ed organizzative ed i mutamenti strutturali nei processi economici hanno cambiato questo quadro di riferimento. Alla organizzazione verticale ed unitaria, che ancora permane, si affiancano forme di integrazione orizzontale a rete, in cui l'attività complessiva è frazionata e distribuita tra una pluralità di imprese legate da contratti commerciali[2]. Oppure l'integrazione è realizzata mediante gruppi di imprese che svolgono diverse attività autonome o collegate. I rapporti tra le imprese nei due modelli generali sopra delineati possono svolgersi secondo integrazioni gerarchiche (dove un soggetto svolge un ruolo dominante) o in base a relazioni paritarie tra le strutture produttive.

Queste modifiche organizzative hanno influenzato profondamente la struttura del contratto di lavoro. Da un lato sono stati introdotti nuovi istituti che si basano sulla scissione tra il soggetto che ha la titolarità del contratto e chi concretamente utilizza il lavoro. Inoltre, i modelli di integrazione contrattuale hanno determinato la diffusione, in misura molto superiore al passato, di forme di utilizzazione indiretta del lavoro. In tale contesto sono state introdotte discipline di responsabilità solidale di tipo patrimoniale. In altri casi si é adottata una nozione più ampia di datore di lavoro (che va al di là della titolarità del contratto di lavoro subordinato) o sono state previste ipotesi di codatorialità del rapporto che fa capo a soggetti diversi.

Il saggio si pone l'obiettivo di analizzare le caratteristiche del datore di lavoro in queste nuove realtà di organizzazione dell'impresa. Lo studio si concentrerà sulle ipotesi di unicità/pluralità di datori di lavoro e sulle altre situazioni prima descritte. L'ampiezza delle tecniche utilizzate e delle tipologie contrattuali (somministrazione di mano d'opera, appalti e sub forniture, *franchising*, gruppi di imprese) è tale da impedire, anche in questo caso, uno studio completo. Mi concentrerò, pertanto, soltanto su alcuni specifici istituti. Non analizzerò, invece, le modificazioni soggettive del rapporto di lavoro che non incidono sulla "frammentazione" del soggetto a cui imputare il contratto. È questo il caso, ad esempio, del trasferimento di azienda, della cessione del contratto, della novazione soggettiva ed oggettiva e così via.

Alcune osservazioni ulteriori. Lo studio è focalizzato sul datore di lavoro che, come è noto, è una

---

[1] De Luca Tamajo, 2007, 4.

[2] Carabelli, 2008, 2. Sull'impresa rete la bibliografia è sterminata, ma si vedano almeno Butera, 1991; Handy, 1996; Castells, 2001, 70 ss.; Id., 2002, 230 ss.; Rullani, 2001; De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 2 ss. Questa nuova organizzazione d'impresa, formata da «una rete estesa di unità semi autonome o autonome con forme elastiche di coordinamento» (De Luca Tamajo, 2007, 4), ha realizzato un «vero e proprio processo di diluizione della funzione imprenditoriale» (Giugni, 1994, 210). I due modelli sono compresenti nella realtà produttiva. La *vulgata* del definitivo superamento dell'impresa unitaria e concentrata non corrisponde alla situazione reale. Ed anzi, dopo i forti processi di decentramento produttivo degli anni '80 e '90, si assiste a fenomeni di *reinsourcing*, con il ritorno all'impresa principale di attività esternalizzate, giustificata dalle difficoltà organizzative di controllare la rete coordinata dei produttori (De Luca Tamajo, 2007, 9).

figura che incide su una pluralità di istituti diversi. Ovviamente non potrò considerare le discipline e gli innumerevoli problemi giuridici collegati a ciascuno di essi. Inoltre non esaminerò i profili collettivi. Questa scelta non è ovviamente connessa alla minore importanza del tema. La verità è che le questioni legate alla dimensione individuale del rapporto sono così numerose e complesse da non consentire, per ovvie ragioni di struttura del lavoro, di analizzare anche le problematiche collegate alla contrattazione collettiva o alla rappresentanza sindacale ed allo sciopero. La scelta dunque è in qualche misura obbligata, anche perché mi sembra che l'identificazione del datore di lavoro nella sua dimensione individuale sia preliminare ad ogni altro aspetto.

Non mi occuperò, infine, dei gruppi di imprese. Il tema è sicuramente pertinente con l'integrazione tra strutture produttive o distributive che oggi si realizza anche per mezzo dei gruppi. Tuttavia, i problemi da analizzare sono così ampi e difficili da giustificare un saggio soltanto su queste materie. La mia opzione, dunque, è dettata da ragioni di spazio e per evitare un'analisi necessariamente sommaria di un argomento che richiede, al contrario, ben altro approfondimento.

## 2. La ritrovata centralità della figura del datore di lavoro

Nel codice civile il datore di lavoro imprenditore ha una posizione centrale come titolare dell'impresa nella quale il lavoratore si inserisce con il contratto di lavoro subordinato. In tale ambito «l'articolo 2086 precisa il contenuto della subordinazione qualificandola come dipendenza *gerarchica* dell'imprenditore, in quanto capo dell'impresa e come tale investito di un potere di supremazia e di disciplina della comunità di lavoro operante nell'impresa»[3]. Inoltre, «la funzione di elemento organizzativo dell'impresa assume una rilevanza integrativa del rapporto di lavoro con posizioni di comando e soggezione non giustificate dalla logica paritaria del contratto e fondate nella struttura gerarchica dell'impresa»[4]. In questo contesto, il contratto di lavoro è lo strumento giuridico che consente all'imprenditore di acquisire un fattore della produzione che egli provvede poi ad organizzare nell'impresa, intesa sia nella sua versione dinamica (l'attività), sia in quella statica (l'azienda). La disciplina del codice ovviamente interviene anche con disposizioni che proteggono la sicurezza e la dignità del lavoratore (art. 2087) o che comunque alterano la struttura paritaria del contratto con tutele a favore del dipendente. Non vi è dubbio, peraltro, che queste disposizioni si combinano all'interno di una visione che sottolinea il potere di supremazia dell'imprenditore quale titolare dell'organizzazione produttiva e l'essenzialità della figura del datore di lavoro che è "il centro ordinatore" della disciplina. Il *favor lavoratoris*, infatti, è fortemente condizionato dalle caratteristiche della struttura imprenditoriale[5].

Il codice, oltre a fare della subordinazione nell'impresa il modello dominante, prende in considerazione anche altre forme di lavoro subordinato non svolte in un contesto imprenditoriale, la cui disciplina è modulata in base alle caratteristiche dell'organizzazione del datore di lavoro e della

---

[3] Mengoni, 1965, 434.

[4] Mengoni, 2000, 186; Conf. Perulli, 2007a, 8 – 9.

[5] In senso contrario Barbera, 2009, 13, secondo la quale «le scarne norme codicistiche» dimostrerebbero «l'indifferenza del codice alla natura del datore di lavoro». In realtà il riferimento all'impresa nella definizione dell'art. 2094 o in molte altre disposizioni (artt. 2095, 2104, art. 2096 ecc.) dimostrano esattamente il contrario (anche se, ovviamente, esse possono essere applicate anche a datori di lavoro non imprenditori) Sul carattere centrale del lavoro dell'impresa nella logica del codice (dove assume il valore di un vero e proprio "prototipo") rinvio a Speziale, 2007, 119 ss. (con ampi riferimenti bibliografici).

prestazione in essa svolta. Tuttavia il lavoro nell'impresa è sempre la regola generale, che si applica lì dove non espressamente derogata e, nei limiti della compatibilità, costituisce il baricentro della disciplina della subordinazione[6].

Nel periodo post costituzionale, anche in considerazione del valore fondamentale del lavoro nella Costituzione, lo scenario muta. Particolarmente dagli anni '60 in poi si sviluppa una legislazione che ha la chiara finalità di «proteggere la dimensione umana» del lavoro[7] e di ridurre la condizione di soggezione giuridica ed economica del lavoratore. L'incremento delle tutele tramite norme inderogabili che condizionano tutte le fasi del rapporto di lavoro (dalla sua costituzione sino al recesso) e la valorizzazione del sindacato come organizzazione collettiva che riequilibra la debolezza individuale del lavoratore sono gli assi portanti di questa nuova stagione. La posizione di autorità dell'imprenditore, pur senza essere mai negata, viene da un lato limitata e dall'altro funzionalizzata alla soddisfazione di esigenze tecniche ed organizzative. Senza dubbio, in questa fase storica, il diritto del lavoro è soprattutto un "diritto del lavoratore" (nella sua dimensione individuale e collettiva) e la figura del datore perde la sua centralità.

Questa stagione si sviluppa particolarmente in un periodo, gli anni '70, che sono caratterizzati da una crisi generale del modello di sviluppo delineato nel periodo postbellico. Queste innovazioni sottopongono a forti tensioni una disciplina del lavoro che presupponeva un contesto economico completamente diverso e darà vita alla stagione del diritto del lavoro "dell'emergenza" prima e "della crisi" poi. Infatti, particolarmente negli anni '80 e '90, vi è stato un radicale mutamento di scenario, perché il mondo della produzione, ed anche gli assetti politici e sociali, sono contraddistinti da cambiamenti straordinari. Le ragioni di questi fenomeni sono diverse e ormai ben note. La rivoluzione tecnologica e l'affermarsi di nuovi sistemi di produzione ed organizzazione del lavoro. L'apertura dei mercati e, grazie anche alle tecnologie informatiche, la dimensione globale dell'economia. Lo sviluppo impetuoso della finanza a scapito della produzione, che comunque è sempre più terziarizzata. La rinascita del pensiero liberista ed il dominio incontrastato della razionalità economica, che diventa il parametro fondamentale di valutazione dei comportamenti individuali e collettivi nella società.

In questo contesto così profondamente mutato il diritto del lavoro richiedeva certamente una modernizzazione che lo adeguasse alle nuove realtà. Questo processo, ovviamente, non era ideologicamente neutro e poteva fondarsi su diversi opzioni che privilegiassero ora la tutela del lavoro ora le esigenze economiche delle imprese. Quale che sia il giudizio di quasi trent'anni di riforme, un dato mi sembra oggi indiscutibile: la ritrovata centralità della figura del datore di lavoro[8].

Il diritto del lavoro è sempre più il diritto della flessibilità e del mercato del lavoro. Le finalità di protezione del lavoratore non vengono abbandonate. Esse peraltro sono subordinate alle esigenze di competitività, riduzione dei costi e flessibilità organizzativa reclamate dalle imprese. Rispetto al passato ed al periodo post costituzionale, il diritto del lavoro non si limita a modulare le sue discipline in relazione alle peculiarità del datore (come nel caso del lavoro pubblico) o alle caratteristiche specifiche della prestazione (ad es. l'apprendistato). Gli interessi economici ed organizzativi dell'impresa sono la "stella polare" dell'intervento legislativo nazionale e comunitario,

---

[6] Speziale, 2007, 119 ss. (con indicazioni bibliografiche).

[7] Mengoni, 2000, 188.

[8] In tal senso anche Barbera, 2009, 2

che orienta e conforma anche le tutele del lavoro. Da questo punto di vista si può affermare che oggi il diritto del lavoro è sempre più il "diritto del datore di lavoro – imprenditore". Salvo casi particolari (ad es. la sicurezza sul lavoro), in linea generale sono infatti le necessità dell'impresa il fattore principale della articolazione delle tipologie contrattuali e delle discipline giuridiche che connotano la subordinazione[9]. Da questo punto di vista vi è un ritorno alla logica del codice civile ed al carattere fondamentale del lavoro nelle organizzazioni imprenditoriali regolato dagli artt. 2094 ss.

## 3. Le ragioni economiche ed organizzative della "scomposizione" del datore di lavoro e gli effetti sui rapporti di lavoro

La "frammentazione" del datore di lavoro in più soggetti si lega a cambiamenti profondi nella organizzazione dei sistemi produttivi resi possibili da innovazioni tecnologiche che hanno messo in discussione anche i limiti di spazio e tempo che contrassegnano la produzione di beni e servizi. Il riferimento è ovviamente al fenomeno delle "esternalizzazioni" che, verso la fine del XX secolo, ha determinato «una straordinaria metamorfosi nei processi produttivi»[10]. Queste innovazioni sono state studiate in modo approfondito da economisti, studiosi delle organizzazioni, sociologi e giuristi. Nel diritto del lavoro concetti come *outsourcing*, impresa "rete", teoria dei costi di transazione, decentramento organizzativo per ridurre gli oneri economici o incrementare l'efficienza costituiscono ormai nozioni familiari e, a volte, anche abusate[11]. Non intendo ripercorrere analisi ed argomentazioni già note, ma soltanto mettere in evidenza alcuni specifici aspetti delle esternalizzazioni che sono funzionali al tipo di indagine che intendo svolgere.

A) Le esternalizzazioni rispecchiano tre modelli principali. Il primo è quello della "frammentazione elusiva" del contesto organizzativo, finalizzata ad aggirare i vincoli giuridici che nascono dalla concentrazione in un'unica struttura produttiva. Questo modello, che ha caratterizzato per molti anni la realtà italiana e che è stato contrastato con normative *ad hoc*, non è oggi quello prevalente, anche se conserva una sua perdurante attualità. Vi è poi un secondo modello, nel quale il decentramento delle funzioni imprenditoriali è esclusivamente o prevalentemente finalizzato alla riduzione dei costi di impresa complessivamente considerati e, tra questi, anche del costo del lavoro. Infine, vi sono le esternalizzazioni "virtuose", che sono dirette a concentrare le proprie risorse umane e finanziarie sul *core business* e ad utilizzare competenze specialistiche esterne su altre attività (anche strategiche) dell'impresa. I tre modelli descritti possono essere autonomi e connessi, nel senso che le esternalizzazioni possono essere giustificate anche dalla combinazione di tutte le ragioni prima descritte o soltanto di alcune di esse (come la volontà di ridurre i costi e di incrementare l'efficienza e la specializzazione produttiva).

---

[9] Conf. Barbera, 2009, 2, che sottolinea come il diritto del lavoro sia diventato strumento per garantire «concorrenza e competitività» ed il legislatore ha assecondato la tendenza delle imprese a scegliere «il diritto più favorevole», «moltiplicando e flessibilizzando le tipologie contrattuali e favorendo l'identificazione soggettiva delle fattispecie legali attraverso criteri di natura soggettiva».

[10] De Luca Tamajo, 2007, 4.

[11] Per un'analisi più approfondita dell'*outsourcing*, con ampi riferimenti di bibliografia giuridica, economica e sociologica, mi permetto di rinviare a Speziale, 2006, 5 ss. oltre che Carabelli, 2004, 74 ss. Cfr. anche Gregori, 2001; Marinelli, 2002; Quadri, 2004; Lo Faro, 2005, 11 ss.; De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 1. ss.; De Luca Tamajo, 2007, 4 ss.; Perulli, 2007b, 30 ss. (con ulteriore bibliografia); Ratti, 2009, 838 ss. (con altre indicazioni bibliografiche).

B) L'*outsourcing* è stato spiegato soprattutto in base ad alcune teorie economiche (in particolare quella dei costi di transazione) che esprimono «una concezione essenzialmente *oggettivistica* e *deterministica* delle trasformazioni economiche ed organizzative, le quali vengono descritte come fenomeni dotati di una propria ineluttabile oggettività, sottratti al campo delle relazioni sociali e "blindati" nel dominio del *puramente fattuale*». Queste interpretazioni, inoltre, hanno la tendenza ad escludere «dalla descrizione del fenomeno la sua dimensione organizzativa, quella che riguarda la titolarità delle decisioni, ossia le relazioni *di potere* fra gli agenti coinvolti»[12]. La dimensione globale dei mercati e le esternalizzazioni effettuate in un contesto produttivo internazionale sicuramente condizionano la scelta delle imprese, che peraltro conservano una propria autonomia, dimostrata dalla diffusione ancora assai estesa di imprese verticali a struttura fordista (ritenute evidentemente più consone alle proprie esigenze e caratteristiche). In ogni caso, l'*outsourcing* non è un fenomeno ineluttabile come viene spesso descritto da una «prospettiva tecnologica deterministica», ma è espressione di poteri manageriali che «il diritto del lavoro ha storicamente inteso limitare, regolare e combinare con diverse istanze»[13].

C) L'*outsourcing*, comunque, favorisce processi di deresponsabilizzazione delle imprese[14]. La possibilità di utilizzare il lavoro in forma indiretta attraverso contratti commerciali o rapporti societari rende infatti i lavoratori estranei al contesto dell'impresa. L'imprenditore, dunque, non assume nei loro confronti quella "responsabilità personale" che scaturisce dal doverli organizzare e coordinare direttamente, oltre che dal contatto con singoli individui e con le organizzazioni sindacali che li tutelano. In questi casi non vi sono persone che rappresentano delle "risorse umane", con le quali si hanno rapporti collaborativi o conflittuali e su cui si sono investite energie organizzative ed economiche (ad esempio per fini formativi). In tale contesto il lavoro viene considerato esclusivamente nella sua dimensione di fattore produttivo e non quale espressione di un' "individualità". Questa situazione rende l'impresa molto meno sensibile agli effetti che le proprie scelte organizzative possono avere sui lavoratori e stimola strategie meno orientate alla salvaguardia del lavoro, inteso sia come occupazione, che come risorsa organizzativa ed umana.

D) In ogni caso i processi di segmentazione dell'impresa producono lo *spiazzamento* delle discipline di protezione del lavoro subordinato. Infatti, l'impianto complessivo delle norme a tutela del lavoratore si basa sulla relazione diretta con il datore di lavoro, mentre i diritti sindacali sono strettamente collegati all'esistenza di un'impresa che concentra nello stesso ambito spaziale tutte le sue funzioni fondamentali. Questa struttura unitaria crea tra i lavoratori una comunanza di interessi e situazioni che giustificano la tutela di interessi collettivi e la connessa azione sindacale. Al contrario, i fenomeni analizzati entrano in conflitto proprio con le caratteristiche prima descritte sotto un duplice profilo. Da un lato segnano la dissociazione tra titolarità del rapporto di lavoro e sua effettiva utilizzazione come carattere fisiologico delle attività produttive. Dall'altro pongono in crisi il fenomeno dell'impresa come struttura unitaria nella quale sono presenti soggetti che condividono le medesime condizioni lavorative e mettono in discussione, quindi, la stessa essenza della rappresentanza sindacale (condizionata, oltretutto, da normative che legano al numero dei dipendenti l'esercizio di diritti collettivi).

---

[12] Salento, 2006, 471.

[13] De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 10.

[14] Salento, 2006, 489; Dockès, 2006, 2; Ratti, 2009, 839; Harrison, 1999.

I caratteri descritti devono essere presi in considerazione per valutare le costanti strutturali dei fenomeni di esternalizzazione e gli interessi in gioco. Essi, inoltre, sono il contesto indispensabile entro il quale svolgere un'analisi che si proponga di ricostruire la sostanza giuridica di questi fenomeni.

## 4. Il quadro internazionale in tema di disciplina del decentramento produttivo

La dimensione globale dell'economia e dei mercati favorisce processi di omogeneizzazione produttiva. Non vi è quindi da stupirsi se le esternalizzazioni sono uno strumento assai diffuso a livello internazionale. Gli stati europei ed extraeuropei hanno ovviamente cercato, in misura molto variegata, di regolare il fenomeno. Pur a fronte di differenze profonde, che rispecchiano diversi contesti politici e tradizioni giuridiche, è possibile anche in questo caso individuare alcune linee di tendenza comuni. Ovviamente mi soffermerò soltanto su alcuni aspetti che sono connessi al tema studiato.

Va in primo luogo osservato che, in ogni caso, tutti gli ordinamenti giuridici si preoccupano, con intensità e graduazioni diverse, di fornire tutele ai lavoratori coinvolti nei processi di *outsourcing*. Queste discipline si intersecano con differenti istituti, quali la somministrazione di manodopera tramite agenzie specializzate, i contratti di appalto o altri contratti commerciali, il lavoro nei gruppi di imprese e così via.

Una prima tecnica è quella di distinguere la mera interposizione di manodopera dall'appalto genuino. Quest'ultimo sussiste nei casi in cui l'appaltatore organizza a proprio rischio i mezzi necessari per il compimento dell'opera o del servizio e provvede a dirigere e coordinare i lavoratori utilizzati. In molti paesi, per individuare l'appalto lecito, sono valorizzati il potere direttivo e di controllo sui lavoratori o alcuni atti di gestione concreta del rapporto (ad esempio, si cerca di individuare chi effettivamente provvede all'assunzione o al licenziamento dei dipendenti)[15]. In altri casi, viene dato rilievo al fatto che l'appaltatore impiega propri capitali, macchinari ed equipaggiamenti, che sono un indice dell'esistenza di una reale organizzazione d'impresa[16]. La finalità di queste discipline è quella di affermare il principio «di 'trasparenza' o di 'supremazia' della realtà: in tal modo colui che sostanzialmente fruisce delle prestazioni lavorative viene anche onerato dalla qualità di datore di lavoro, con tutte le relative responsabilità». Questa tecnica di tutela non ostacola il decentramento produttivo o lo sviluppo di rapporti reticolari tra le imprese, perché la sua finalità è soltanto quella di impedire «che un soggetto possa coordinare, dirigere e utilizzare i lavoratori da altri assunti, derogando al principio di coincidenza tra titolarità del rapporto e di esercizio dei più tipici poteri datoriali»[17].

Molti sistemi giuridici prevedono la responsabilità solidale dell'appaltante nei confronti dei crediti

---

[15] De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 65 ss.; Dockès, 2006, 6 ss.; Mizumachi, 2006, 3 ss.; Frazer, 2006, 11 ss.; Feldman, Nadiv, 2006, 14 ss.; Yenisey, 2006, 7 ss. (rispettivamente in relazione alla Francia – Dockés - al Giappone, all'Australia, ad Israele ed alla Turchia gli altri a seguire). Situazioni analoghe in Perù e Brasile (in base a interpretazioni giurisprudenziali): De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 66.

[16] De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 66; De Luca Tamajo, 2007, 15; Mizumachi, 2006, 3 ss.; Castello, Mariezcurrena, 2006, 11 ss. 15 (gli ultimi tre per il Giappone e l'Uruguay)

[17] Entrambe le citazioni sono riferibili a De Luca Tamajo, 2007, 13.

dei dipendenti dell'appaltatore. Si è parlato di «codatorialità sostanziale»[18], con un termine a mio giudizio improprio (*infra* § 6). È interessante osservare come questa corresponsabilità abbia ambiti assai diversi: dalle misure di igiene e sicurezza per i lavoratori degli appaltatori e dei subappaltatori che operino all'interno (ma, a volte, anche all'esterno) dell'impresa, sino alla responsabilità solidale per le retribuzioni, per gli altri crediti o per le obbligazioni contributive e previdenziali[19].

In alcuni stati è prevista la parità di trattamento tra i dipendenti dell'appaltatore e del committente, che dovrebbe disincentivare le esternalizzazioni finalizzate esclusivamente al risparmio del costo del lavoro e stimolare quelle rivolte alla specializzazione produttiva[20].

La somministrazione di lavoro mediante l'agenzia è un istituto diffuso in una pluralità di ordinamenti giuridici. Si è osservato che la ragione di questa tipologia contrattuale è quella di garantire all'utilizzatore la possibilità di dirigere e coordinare i lavoratori dipendenti da altri imprenditori senza assumere le responsabilità che sono proprie del datore di lavoro. In questo caso, inoltre, «i lavoratori sono assimilati in qualche misura agli altri mezzi di produzione» che l'imprenditore si procura sul mercato con contratti commerciali[21]. Le differenze nei vari ordinamenti sono notevoli, con paesi che, ad esempio, pongono vincoli alla utilizzazione della fornitura di manodopera (tramite causali specifiche) ed altri molto più permissivi[22]. L'Unione Europea ha recentemente emanato la direttiva 2008/104/CE del 19 novembre 2008 sul lavoro «tramite agenzia interinale». Questa normativa, sul piano definitorio, si muove nell'ambito sopra indicato, con un'impresa pubblica o privata che assume lavoratori per inviarli in missione temporanea presso un utilizzatore che li dirige e li coordina. La parità di trattamento tra i dipendenti dell'impresa utilizzatrice e quelli inviati in missione non è una caratteristica presente in tutti Paesi[23]. I sistemi sanzionatori, nel caso di somministrazione irregolare, sono diversi e comprendono sia la trasformazione del rapporto in

---

[18] De Luca Tamajo, 2007, 16; Barbera, 2009, 23. Cfr. anche De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 67 ss. Di codatorialità «in senso ampio» (ma non di contitolarità del contratto di lavoro) parla M.T. Carinci, 2008, 14 e 118, n. 38.

[19] Per quanto riguarda la sicurezza cfr. De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 68; De Luca Tamajo, 2007, 17. La responsabilità si attiva solo per i lavoratori che operano all'interno della organizzazione della committente in Francia (Dockès, 2006, 17 ss., dove si prevede un obbligo di cooperazione per la predisposizione delle misure di sicurezza), Turchia (Yenisey, 2006, 6), Gran Bretagna (Collins, 2006, 6 ss.), Canada (Fudge, 2006, 12 ss.), Polonia (Lewandoswski, 2006, 3 ss.). Essa invece opera anche nel caso di appalti eseguiti all'esterno dell'impresa committente in Australia (Frazer, 2006, 9 ss.), Venezuela (Martinez, Meza Salas, 2006, 6 ss.), Cile (Lizama Portal, 2006, 12 ss.). In relazione alla responsabilità solidale per crediti e salari v. De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 67 ss.; De Luca Tamajo, 2007, 17 ss.; Ritzberger Moser, 2006, 5 ss. (Austria), Villalòn, 2006, 19 ss. (Spagna), oltre alla Turchia, Francia, Canada (Québec), Venezuela (già citati *supra*) Sudafrica e molti altri paesi ancora. La solidarietà per le obbligazioni contributive e previdenziali è prevista in Canada, Cile ed Italia (oltre che in Polonia e Francia a determinate condizioni): cfr De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 69; De Luca Tamajo, 2007, 19 ed i rapporti nazionali riferiti a questi paesi presentati al XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza sociale.

[20] De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 69 ss.; De Luca Tamajo, 2007, 19 ss.; Barbera, 2009, 23. La parità è peraltro prevista in pochi paesi (ad es. il Messico: Arciniega Avila, 2006, 6 ss.).

[21] De Luca Tamajo, 2007, 21.

[22] Si rinvia a De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 82 ss. (ed ai saggi relativi a Spagna, Venezuela, Messico, Polonia, Uruguay, Australia, Gran Bretagna, Svezia citati nelle nt. da 15 a 19). Sull'*agency work* in Inghilterra si veda anche Ratti, 2009, 835 ss. Cfr. anche gli altri paesi analizzati da De Luca Tamajo, Perulli, 2006. V. anche De Luca Tamajo, 2007, 21 ss. e Schuren, 2006, 1 ss. (per la Germania).

[23] Cfr. De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 98 ss. La stessa recente direttiva sul lavoro temporaneo, d'altra parte, consente di introdurre eccezioni alla parità di trattamento (art. 5). Sulla direttiva 2008/104/CE v. Ratti, 2009, 872 ss.

capo all'utilizzatore, sia sanzioni penali ed amministrative o di altro genere[24].

Tra le tecniche di tutela un rilievo particolare assume quella della codatorialità. Si è detto che «il tema è ancora assai poco esplorato»[25]. Una considerazione sicuramente condivisibile, anche se vi sono studi che hanno cercato di sviluppare teorie finalizzate a superare lo "schermo" della personalità giuridica, con l'imputazione del rapporto di lavoro a più soggetti[26].

Un caso particolarmente interessante è quello degli Stati Uniti, con lo sviluppo della *Joint Employment Doctrine*[27]. In sostanza, a prescindere dalla tipologia giuridica utilizzata dalle parti (somministrazione, appalto ecc.) e dalla qualifica formale posseduta, la figura del datore di lavoro é riconosciuta nei casi in cui «diversi imprenditori *codeterminano* le condizioni di svolgimento del rapporto di lavoro»[28]. La codeterminazione è individuata in base ad alcuni indici specifici, tra cui la fissazione delle condizioni di lavoro e della retribuzione, la supervisione quotidiana e l'esercizio del potere disciplinare[29]. La codatorialità produce effetti sui rapporti collettivi e individuali di lavoro. Nel primo caso, «entrambi i datori di lavoro possono essere chiamati a rispondere dei comportamenti antisindacali posti in essere da uno dei due imprenditori»[30]. Inoltre, le materie attinenti alle condizioni dei lavoratori utilizzati congiuntamente devono essere collettivamente negoziate con i *Joint Employers*. Sul piano del singolo contratto, la codatorialità opera in relazione ai minimi salariali, ai congedi per ragioni di salute e familiari, alla disciplina antidiscriminatoria e così via, con obblighi che sono imputati a tutti i codatori[31].

Situazioni analoghe sono riscontrabili in Australia, dove la figura dei datori di lavoro congiunti è stata impiegata «per superare lo schermo dell'autonoma personalità giuridica (*corporate veil*) e talora anche in ipotesi di appalti fraudolenti»[32]. Questa fattispecie è presente anche «in Uruguay», dove, «in mancanza di specifica indicazione legislativa, la giurisprudenza ha elaborato la figura di *empleador complejo* in presenza di una pluralità di imprese che organizzano, dirigono ed utilizzano simultaneamente le prestazioni di un lavoratore»[33].

In Francia è stata creata la nozione di «unità economica e sociale», caratterizzata dalla «concentrazione dei poteri direzionali all'interno del perimetro considerato e dalla similitudine o la complementarietà delle attività svolte dalle diverse entità, e, anche, da una comunità di lavoratori con

---

[24] La trasformazione del rapporto (per violazioni di vario genere delle normative nazionali) è prevista, ad esempio, in Germania (Schuren, 2006, 5 ss.), Francia (Dockès, 2006, 25 ss.), Polonia (Lewandowski, 2006, 14). Sulle sanzioni in genere (anche di tipo penale, pecuniario o amministrativo) cfr. De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 95 ss.

[25] Perulli, 2007b, 34, nt. 8; Morin, 1996, 115 ss.

[26] Teubner, 2008.

[27] Sulla *Joint Employment Doctrine* v. Corazza, 2004, 226 ss. (con ampi riferimenti bibliografici nella nota 19 a p. 228). Cfr. anche Ellery, 2004, 1 ss.; Burch, 2002, 393 ss.; DeSmet, 2008, 403 ss.; Cullen, 2003, 358; Frazer, 2006, 13; De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 67; De Luca Tamajo, 2007, 16

[28] Corazza, 2004, 227.

[29] Cfr. gli autori citati nelle nt. 27 e 28.

[30] Corazza, 2004, 228.

[31] Corazza, 2004, 228 ss.; De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 67 e gli altri autori citati *supra*.

[32] De Luca Tamajo, 2007, 16; Frazer, 2006, 13; Cullen, 2003.

[33] De Luca Tamajo, 2007, 16; Castello, Mariezcurrena, 2006, 11 ss.

la medesima posizione sociale e condizioni lavorative simili…»[34]. È interessante notare che la «concentrazione di potere direzionale» viene individuata in base ad indici diversi, considerati in modo alternativo o congiuntivo (tra cui la partecipazione finanziaria e il potere di controllo sulle società). La qualifica di datore di lavoro spetta a chi ha il potere di direzione sui lavoratori. La Corte di Cassazione francese ha stabilito che la «confusione di interessi, di attività e di direzione» esistente tra più soggetti imprenditoriali consente di attribuire la qualità e la responsabilità congiunta di datore di lavoro[35], mentre a volte questa responsabilità è prevista dalla legge[36]. La codatorialità, infine, può essere determinata in coerenza con la nozione commercialistica di gruppo di impresa ed in base a meccanismi diversi, quali la proprietà delle quote e le tecniche del controllo o della «influenza dominante»[37].

Nel Regno Unito, la legge prevede che, in determinati casi vi possano essere *associated employers*. Questa situazione si verifica quando una società è controllata, direttamente o indirettamente da un'altra, o due di esse sono soggette al medesimo controllo da parte di un terzo soggetto. La giurisprudenza ha individuato la nozione di controllo, specificando che, nell'ambito dei rapporti societari, occorre che la controllante abbia almeno il 51% delle azioni di un'altra società. In queste condizioni, il numero dei dipendenti necessari per l'esercizio di alcuni diritti del lavoratore viene calcolato con riferimento a tutti i datori di lavoro. Nel caso di passaggio da una società ad un'altra il rapporto viene considerato come continuativo. Inoltre, in presenza di un licenziamento ingiustificato il giudice può ordinare il *re–engagement* nei confronti dell'originario datore di lavoro o anche dell'*associated employers*. Infine, in relazione all'*Equal Pay Act*, il termine di paragone per la definizione del trattamento retributivo può essere riferito anche ai datori di lavoro congiunti[38].

La contitolarità del rapporto di lavoro è prevista anche in Spagna. A parte l'espressa previsione contrattuale di una prestazione di lavoro eseguita a favore di una pluralità di datori di lavoro, nell'ambito dei gruppi la codatorialità può sorgere per effetto di un accordo fra gli imprenditori che si qualificano come una struttura unitaria. Oppure quando, nella realtà concreta ed a prescindere da accordi espressi, il gruppo opera come una organizzazione unica «e i lavoratori svolgono di fatto le loro prestazioni a favore della pluralità degli imprenditori facenti parte del gruppo»[39].

---

[34] Dockés, 2006, 4 (alle cui nt. 3 e ss. si rinvia per la citazione delle sentenze della Cassazione francese); De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 23 ss.; Perulli, 2007b, 48 ss.

[35] Dockès, 2006, 6 (con citazioni della giurisprudenza francese).

[36] Dockès, 2006, 7, che sottolinea come «l'articolo L. 122 – 14 – 8 del Codice del lavoro ordina che un lavoratore inviato in affiancamento presso una filiale straniera sia rimpatriato e reintegrato dalla società madre, in caso di licenziamento ad opera della filiale straniera. Questo testo attribuisce una parte di responsabilità del datore di lavoro alla società madre, anche se la filiale straniera era formalmente, e forse anche realmente, l'unico detentore del potere direttivo sul lavoratore in questione».

[37] Perulli, 2007b, 47; Dockès, 2006, 7 – 8: La Francia, tra l'altro, conosce anche il «contratto di attività» (lavoro svolto a favore di più soggetti), che ha trovato una sua realizzazione concreta nei «*groupments d'employeurs*, associazioni locali tra imprenditori per l'assunzione su base collettiva di lavoratori» (Barbera, 2009, 29, 33). Ovviamente in questo caso non vi sono «codatori» ma un unico datore di lavoro «collettivo». Tuttavia si tratta di un ulteriore esempio del superamento del carattere «bidimensionale» del rapporto di lavoro.

[38] Collins, 2006, 2 – 3 (con indicazioni della giurisprudenza inglese); Razzolini, 2009, 287 ss. (cfr. in particolare la nt. 117); Collins, 1990, 739 ss.; Deakin, 2001, 79 ss.; Barbera, 2009, 24; De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 24; Perulli, 2007b, 48.

[39] Razzolini, 2009, 287; Baz Rodriguez, 2002, 54 ss.; Barbera, 2009, 24. Si veda anche Villalòn, 2006, 10 ss. e 16 ss.

In tutte le ipotesi indicate vi è la responsabilità solidale per gli obblighi che derivano dal contratto di lavoro.

Anche in Canada, più società possono essere considerate come un soggetto giuridico unitario «in base ad una serie di indicatori» quali il *management*, la proprietà, il marchio e gli *assets* comuni, la condivisione dello stesso mercato e della medesima clientela, la mobilità dei lavoratori all'interno del gruppo[40]. In questo caso gli imprenditori sono solidamente responsabili delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

La realtà dei vari paesi esaminati dimostra che la codatorialità è una tecnica ormai diffusa in molti ordinamenti giuridici evoluti. L'intensità delle tutele garantite varia nelle diverse realtà, e, in alcuni casi, è rinvenibile una vera e propria contitolarità del rapporto di lavoro. È interessante notare, inoltre, che la codatorialità si fonda su disposizioni legislative, o nasce da elaborazioni giurisprudenziali o dalla combinazione di entrambi questi fattori. Tra l'altro, i criteri di individuazione della contitolarità del rapporto sono i più vari. Alcuni hanno un contenuto tipicamente "lavoristico", come l'esercizio congiunto del potere direttivo, lo svolgimento dell'attività a favore di diversi datori di lavoro o la codeterminazione delle condizioni contrattuali. In altri casi, invece, è sufficiente il controllo azionario o societario, senza che assuma rilievo l'effettiva gestione del rapporto di lavoro.

Gli ordinamenti analizzati, dunque, reagiscono alla "scomposizione" della figura del datore di lavoro - che rispecchia nuove forme di organizzazione dell'impresa - con l'imputazione in capo a più soggetti dei contratti di lavoro. Una tecnica che prescinde dalla titolarità formale del rapporto e che si lega alle caratteristiche concrete con le quali si svolge il lavoro subordinato. In questo contesto è evidente che gli elementi fondamentali presi in considerazione sono due: a) la prestazione soddisfa interessi comuni a più soggetti (e l'esercizio del potere direttivo, se preso in considerazione, è funzionale alla realizzazione di tale esigenza); b) il lavoro si svolge all'interno di organizzazioni integrate, dove l'integrazione si basa su vincoli contrattuali o su rapporti tra società in coerenza con i principi propri del diritto commerciale.

## 5. La nozione di datore di lavoro

Il diritto del lavoro non conosce, salvo le eccezioni che saranno esaminate, una definizione espressa di datore di lavoro. Il codice civile, nell'art. 2094, si riferisce al prestatore di lavoro e all'imprenditore, che viene poi individuato negli artt. 2082 e 2083. Molte altre disposizioni del codice fanno sempre riferimento a «chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata…» (art. 2082)[41]. La legislazione speciale utilizza il termine datore di lavoro, imprenditore e non, o rinvia, ancora una volta, a colui che é titolare di un'impresa, senza mai specificare i caratteri costitutivi di questa figura[42]. In altri casi si parla di imprese (l. 223/1991; n. 68/1999; d.lgs. 198/2006) o di società (d.lgs. 188/2005 sulla società europea). È interessante notare che anche le leggi più recenti, di implementazione di Direttive comunitarie, contengono varie definizioni, ma non quella di datore di lavoro (d.lgs. 66/2003; d.lgs. 61/2000; d.lgs. 72/2000).

---

[40] Perulli, 2007b, 49; Fudge, 2006, 3 ss.

[41] È il caso, ad es., degli artt. 2096, 2101, c. 3, 2104, 2105, 2109, c. 3, 2110, c. 2, 2115, c. 1 e 2, e molti altri ancora.

[42] Tra le leggi si segnalano lo statuto dei lavoratori, le normative sui licenziamenti individuali e collettivi, in tema di tutela del lavoro dei bambini ed adolescenti. In tempi più recenti si vedano il d.lgs. 368/2001 e il d.lgs. 276/2003, dove, tra l'altro, nell'art. 2 vi sono varie definizioni (inclusa quella di «lavoratore»), ma manca quella di datore di lavoro.

La situazione non muta a livello comunitario, dove si parla di società (direttiva 2001/86/CE), impresa (direttiva 94/45/CE), datore di lavoro (direttive 1993/104/CE e 2000/34/CE; 1997/81/CE; 1999/70/CE), o di soggetti equivalenti (ad esempio «armatore») (direttiva 1996/63/CE), senza mai spiegare i significati di queste espressioni. E questo silenzio acquista un particolare valore se si considera che queste fonti normative contengono molte definizioni espresse o rinviano a quelle proprie degli ordinamenti giuridici nazionali (in relazione al lavoratore o ad altri istituti). Si veda, ad esempio, la recente direttiva 2008/104/CE sul lavoro interinale, che, all'art. 3, c. 2, stabilisce che essa «lascia impregiudicate le definizioni di retribuzione, contratto di lavoro, rapporto di lavoro o lavoratore contenute nella legislazione nazionale». In alcuni casi vi è anche qui il riferimento all'impresa.

Il datore di lavoro, dunque, deve essere individuato indirettamente tramite la nozione di lavoro subordinato (come nel caso dell'art. 2094)[43], secondo una tecnica utilizzata anche in ambito internazionale[44]. Nella stragrande maggioranza dei casi, essa coincide con chi ha la titolarità del contratto di lavoro ed esercita il potere direttivo (v. §§ 15 e 17). Anche l'inserimento in un contesto organizzativo nel quale la prestazione viene resa può avere un valore determinante, insieme ad altri indici. Ovviamente questa qualificazione comporta la imputazione degli effetti propri della subordinazione, con regole diverse a seconda della natura imprenditoriale o meno del datore di lavoro, del suo ambito dimensionale, della dislocazione territoriale (ad es. regionale, nazionale o europea), delle caratteristiche organizzative, della struttura sovranazionale e così via[45].

In alcuni casi la legge prevede delle definizioni espresse. La direttiva 2002/ 114/CE sulla informazione e consultazione dei lavoratori qualifica il datore di lavoro come «la persona fisica o giuridica parte dei contratti o rapporti di lavoro con i lavoratori, conformemente alle leggi o prassi nazionali» (art. 2). In questo caso, oltre all'ovvio riferimento alla qualifica di «parte» di un rapporto giuridico, vi è un evidente rinvio alle discipline nazionali. Il d.lgs. 6 febbraio 2007 n. 25, che recepisce la direttiva, specifica che il datore di lavoro è «la persona fisica o giuridica che esercita un'attività economica organizzata in forma di impresa, anche non a fine di lucro, conformemente alle leggi e ai contratti collettivi» (art. 2). Il decreto legislativo, inoltre, definisce il lavoratore come «chiunque si obblighi mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro, intellettuale o manuale, alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore» (art. 2). La combinazione tra le due nozioni porta ad una definizione che è assolutamente coerente con quella dell'art. 2094. Inoltre, il riferimento alla legge e ai contratti collettivi ha il valore di un rinvio al sistema del diritto del lavoro, che certo non è in grado di mutare i caratteri fondamentali della figura.

Si è affermato che le direttive di seconda generazione e la normativa nazionale in tema di tutela

---

[43] Barbera, 2009, 2. Si è già rilevato come il datore di lavoro è un «elemento strutturale» per la identificazione della subordinazione (Pedrazzoli, 1985, 374). Un rilievo che può anche essere rovesciato: sono i caratteri costitutivi del lavoro subordinato ad identificare la figura.

[44] Maretti, 2003, 31 ss. In relazione alla nozione di subordinazione nell'ordinamento comunitario v. § 17.

[45] V. Maretti, 2003, 31 ss., 137 – 145.

antidiscriminatoria estendono la nozione di datore di lavoro anche al titolare di un contratto autonomo[46]. In realtà, la disciplina in materia si limita ad ampliare la protezione contro le discriminazioni anche oltre il lavoro subordinato, ma senza che il committente si trasformi in un "datore del lavoro"[47].

Maggior rilievo assume la definizione di datore di lavoro contenuta nel d.lgs. 81/2008 in tema di salute e sicurezza. La nozione introdotta dalla legge prevede sia una qualificazione formale (il «titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore»), sia un'altra molto più ampia di carattere sostanziale («il soggetto che ... ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa»)[48]. La definizione di lavoratore è assai più estesa anche rispetto alla stessa direttiva europea[49]. Essa coincide con la «persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito della organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione...». A tale figura vengono equiparati soggetti con rapporti societari (soci di cooperativa, associati in partecipazione), i contratti di lavoro autonomo, le tipologie di lavoro subordinato flessibili, il lavoro «fuori mercato», il volontariato dei vigili del fuoco e così via[50].

Si è giustamente parlato di un «datore di lavoro ex. d.lgs. 81 del 2008» che si distingue da quello «ex art. 2094 c.c.»[51]. La combinazione tra le definizioni sopradescritte ed altre disposizioni connesse all'ambito di applicazione del decreto legislativo consentono di affermare che la legge adotta un concetto di datore di lavoro del tutto peculiare. In sostanza questo soggetto si identifica con il titolare dell'organizzazione (non necessariamente un'impresa) nel cui contesto operano attività lavorative varie che, a prescindere dalla tipologia contrattuale e in conseguenza dell'inserimento in tale organizzazione, possono subire danni derivanti dal "contatto" con l'ambiente di lavoro e dall'esecuzione della prestazione[52]. Il titolare deve farsi carico dei rischi di tutti coloro che operano nel "suo ambiente", con obblighi modulati anche in base alle caratteristiche dell'integrazione organizzativa. Per il lavoratore a progetto o per le collaborazioni continuative e coordinate occorre che le prestazioni siano svolte «nei luoghi di lavoro del committente» (art. 3, c. 7, d.lgs. 81/2008).). In altri casi la responsabilità del datore di lavoro si estende anche a quelle attività che, pur non materialmente eseguite nello spazio in cui si esercita l'impresa, sono tuttavia «inserite (a diverso titolo e più o meno stabilmente) nell'organizzazione dello stesso datore di

---

[46] Barbera, 2009, 28 – 29.

[47] Si vedano, ad es., gli artt. 2 e 3 (lettera a e d) del d.lgs. 216/2003; gli artt. 25, 26 e, in particolare, 27 del d.lgs. 198/2006. Ad analoghe conclusioni si giunge con l'analisi delle fonti comunitarie (direttiva 2000/43/CE; 2000/78/CE).

[48] Su tale nozione v. Venturi, 2008, 153 ss.; F. Carinci, 2008, 985 ss.; Pascucci, 2008, 36; Id., 2009, 23; Soprani, 2008, 237 ss.; Natullo, 2009, 5, 9 e 11; Barbera, 2009, 28; Lassandari, 2009, 676; Albi, 2008, 178, 192 ss. Si è osservato che, rispetto al d.lgs. 626/1994, la nozione è stata ulteriormente ampliata, perché nella legge abrogata si faceva riferimento alla «titolarità» dei poteri di spesa, mentre oggi il dato qualificante è «l'esercizio» di tali poteri (Venturi, 2008, 154 ss.; Natullo, 2009, 11). Viene quindi accentuato il dato «sostanziale» della relazione giuridica rispetto a quello formale della titolarità del contratto di lavoro. Il criterio fondamentale, ai fini della qualificazione, è la gestione concreta dell'organizzazione produttiva (Brunelli, 2008, 240; Pascucci, 2009, 5, 23; Barbera, 2009, 28; F. Carinci, 2008, 985 ss., che sottolinea, peraltro, il rilievo ancora svolto dal «luogo di lavoro» per definire gli obblighi di protezione).

[49] Pascucci, 2008, 35-36; Id., 2009, 5; Natullo, 2009, 9; Venturi, 2008, 247; Lassandari, 2009, 673 ss.; Antonucci, 2008, 21 ss.; Albi, 2008, 203 ss.

[50] Pascucci, 2008, 37 ss.; Id., 2009, 6 ss.; Venturi, 2008, 248 ss.; Bonardi, Masera, 2008, 8 ss.; Antonucci, 2008, 22; Albi, 2008, 204.

[51] Pascucci, 2008, 43; Id., 2009, 23.

[52] Venturi, 2008, 154 ss., 247; Natullo, 2009, 9; F. Carinci, 2009, 986 ss.; Pascucci, 2008, 36; Id., 2009, 23.

lavoro, consentendo a quest'ultimo il perseguimento degli scopi per i quali svolge la propria attività»[53].

La creazione di un datore di lavoro che è responsabile della salute e sicurezza di tutti coloro che sono a lui legati da rapporti organizzativi si collega indubbiamente al rilievo fondamentale che Costituzione ed ordinamento comunitario attribuiscono alla tutela della salute e della integrità fisica e psichica del lavoratore. Il valore essenziale dei "beni" protetti impone di superare i confini della subordinazione e di estendere la responsabilità in capo al titolare di un'organizzazione che è la fonte principale di potenziali danni alla persona.

La peculiarità della disciplina europea e nazionale impedisce, ovviamente, di attribuire al d.lgs. 81/2008 un valore generale che ecceda gli ambiti della tutela della salute e sicurezza. Essa tuttavia è espressione di una tendenza assai precisa: la nozione di datore di lavoro non è necessariamente collegata alla titolarità formale del contratto ma al rapporto organizzativo che si instaura tra una persona fisica o giuridica e coloro che svolgono attività lavorativa a favore di tale organizzazione. L'integrazione nell'impresa viene individuata sia con riferimento al «luogo» di svolgimento del lavoro, sia in rapporto alla connessione con le finalità produttive del datore di lavoro ed in base, quindi, ad una relazione funzionale che prescinde dall'ambito spaziale in cui si trova il lavoratore[54].

Questo trend è rinvenibile anche nella disciplina specifica che il d.lgs. 81 del 2008 dedica agli appalti o ai contratti d'opera. La nuova normativa impone a carico del committente una serie di obblighi nei confronti degli appaltatori o dei lavoratori autonomi (verifica della idoneità tecnico professionale, comunicazione di informazioni dettagliate sui rischi specifici nell'ambiente e sulle misure di prevenzione e di emergenza e così via). In particolare, i datori di lavoro, ed i subappaltatori, devono cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dei rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto. Essi, inoltre, devono coordinare gli interventi di prevenzione e protezione dei rischi a cui sono esposti i lavoratori, informandosi reciprocamente al fine di eliminare quelli dovuti alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva. A tal fine, il committente elabora un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare o, ove ciò non sia possibile, ridurre al minimo quelli derivanti dall'integrazione delle organizzazioni[55].

Gli obblighi descritti sorgono nel caso di appalti o prestazioni di lavoro autonomo svolte all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva, oltre che «nell'ambito dell'intero ciclo

---

[53] Pascucci 2008, 37; Id., 2009, 23; Venturi, 2008, 248; Antonucci, 2008, 32. In senso parzialmente riduttivo del vincolo organizzativo e con enfatizzazione soprattutto della connessione tra «luogo di lavoro» ed obbligo di sicurezza v. F. Carinci, 2009, 984 – 985.

[54] In tal senso anche Barbera, 2009, 28, la quale, peraltro ritiene che, anche per «i preposti (ed) i delegati della sicurezza» si potrebbe parlare di «codatorialità». In realtà tale conclusione è smentita sia dalla definizione espressa di datore di lavoro contenuta nella legge (e dalle diverse nozioni di dirigente e preposto ivi previste), sia dal fatto che il d.lgs. 81/2008 si limita ad estendere ad altri soggetti alcune responsabilità che sono tipiche del datore di lavoro ma senza che vi sia un'equiparazione integrale con il titolare dell'organizzazione produttiva. La questione si pone in modo parzialmente diverso nel settore pubblico (per la necessità di distinguere responsabilità politica ed amministrativa). Su tali aspetti v., per tutti, Pascucci, 2008, 109 ss.; Id., 2009, 11 ss.; Natullo, 2009, 10 ss.

[55] Su tali aspetti v. Pascucci, 2008, 113 ss.; Id., 2009, 29 ss.; Bonardi, Masera, 2008, 13 ss.; Bacchini, 2008, 183 ss.; Magistrini, 2008, 161 ss.; Albi, 2008, 189 ss.

produttivo dell'azienda medesima» (art. 26, c. 1). Quest'ultima ipotesi, in base alla interpretazione letterale della disposizione ed anche alla finalità complessiva da essa perseguita, comporta che tutte le misure di prevenzione e sicurezza ivi previste si estendono anche agli appalti che sono compiuti all'esterno dei luoghi di effettuazione dell'attività dell'impresa, ma che comunque ineriscono al ciclo produttivo del committente ed anche se si svolgono in luoghi che non siano da lui direttamente controllabili[56]. Questa interpretazione è confermata dalla lettera della legge, che, con il termine «nonché», qualifica l'inerenza al ciclo come qualcosa di distinto e di aggiuntivo rispetto alle lavorazioni topograficamente interne[57]. Inoltre, è richiesta la «disponibilità giuridica» (in base ad un titolo contrattuale o un diritto reale) dei luoghi e non quindi una contiguità spaziale che renda possibile un controllo "fisico" delle lavorazioni. Il riferimento al ciclo, che era alla base della disciplina prevista dall'art. 3 della l. 1369/1960, continua ad avere una sua centralità nell'ambito degli appalti integrati.

Si è sottolineato come queste disposizioni sono proprie di un'impresa che, anche se segmentata e destrutturata, tende a ricomporsi «in un sistema contrattuale di integrazione imprenditoriale (più spesso verticale che orizzontale), sostanzialmente imperniato sull'appalto», proprio per i vantaggi che derivano da questa scomposizione di un ciclo produttivo unitario. In tale contesto, si è parlato di una «vera e propria regola di 'tutela codatoriale' (o multidatoriale) del prestatore di lavoro della e nella filiera di opere o servizi propri o accessori al ciclo produttivo»[58].

Ancora una volta la disciplina in tema di sicurezza, pur riconoscendo la distinzione tra i datori di lavoro, tende a considerare l'impresa reticolare come una struttura unitaria formata da organizzazioni distinte ma integrate. Da tale assetto organizzativo, fa scaturire obblighi che riguardano le singole imprese ed altri che sono invece congiunti perché derivano proprio dall'interconnessione tra le strutture produttive. La legge, dunque, non solo supera lo «schermo» della formale imputazione dei contratti di lavoro in capo ad un solo soggetto, ma considera le distinte organizzazioni in coerenza con le relazioni funzionali tra essi esistenti. In base a tale rapporto, introduce una disciplina particolare, che finisce anche per incidere sulle singole imprese, con alterazione «dell'autonoma sopportazione del rischio..., sia esso economico o infortunistico, che ad entrambe le organizzazioni aziendali necessariamente spetta di sopportare per essere tali»[59]. Le regole in tema di sicurezza si muovono dunque in una logica di superamento dell'autonomia giuridica ed organizzativa delle strutture produttive coinvolte. Esse, inoltre, dimostrano la non essenzialità del legame contrattuale tra soggetto protetto e titolare dell'organizzazione potenzialmente nociva e la sua sostituzione con una responsabilità fondata esclusivamente su nessi organizzativi[60].

---

[56] Pascucci, 2008, 115 (con altre indicazioni bibliografiche); Bonardi, Masera, 2008, 14; Magistrini, 2008, 168; Albi, 2008, 190, nt. 37. *Contra* Bacchini, 2008, 185, nt. 3, che, in senso analogo ad una Circolare del Ministero del Lavoro (24/2007), ritiene che la responsabilità si applichi solo in luoghi fisicamente interni all'organizzazione del committente.

[57] Pascucci, 2008, 114 – 115.

[58] Entrambe le citazioni nel testo sono ascrivibili a Bacchini, 2008, 185 e 186.

[59] Bacchini, 2008, 187.

[60] Un esempio ulteriore di quanto affermato nel testo è rinvenibile nell'art. 3, c. 4, del d.lgs. 81/2008, che, nella somministrazione, impone a carico dell'utilizzatore «tutti gli obblighi di prevenzione e protezione di cui al presente decreto». In sostanza, i lavoratori inviati in missione sono equiparati, per quanto riguarda la sicurezza, a quelli assunti dall'impresa utilizzatrice (Pascucci, 2008, 42 – 43). Ed è evidente che quest'ultima non è il datore di lavoro (v. *infra* §§ 7 e 16), né ha un rapporto contrattuale – ma solo *ex lege* - con i lavoratori e ne risponde in quanto titolare dell'organizzazione produttiva.

## 6. Segue. Le tutele rimediali e l'identificazione del datore di lavoro

Con alcune recenti riforme, il legislatore ha introdotto nuove tutele rimediali che, anche se operano per lo più sul terreno delle garanzie economiche, potrebbero influenzare il problema della individuazione del datore di lavoro. Tra queste, particolare rilievo assume la responsabilità solidale. Questo istituto è previsto dall'art. 1676 c.c.[61] ed era espressamente disciplinato dall'art. 3 della l. 1369/1960 (oggi abrogato) per gli appalti interni. Si tratta, quindi, di una tecnica nota nell'ambito del diritto del lavoro, che, peraltro, si è oggi notevolmente estesa tanto che si è ipotizzata una sua diversità funzionale rispetto al passato.

La norma fondamentale è costituita dall'art. 29, c. 2, del d.lgs. 276/2003 (obbligazione in solido tra committente, appaltatore e subappaltatori per i trattamenti retributivi e contributivi dei dipendenti delle imprese appaltatrici). Questa disposizione si applica anche nel caso di trasferimento di un ramo d'azienda seguito da un successivo contratto di appalto tra cedente e cessionario (art. 2112, ultimo comma, c.c.)[62]. Il legislatore aveva poi previsto una serie importante di disposizioni in materia di appalti che introducevano, oltre alla responsabilità solidale, anche altre tecniche finalizzate sempre a garantire i lavoratori coinvolti[63]. Tuttavia, in tempi recenti, molte di queste disposizioni sono state abrogate[64]. Attualmente è in vigore l'art. 35, c. 28, del d.l. 4 luglio 2006 n. 223 (convertito nella l. 4 agosto 2006 n. 248), che prevede la responsabilità in solido dell'appaltatore e del subappaltatore in materia di ritenute fiscali e versamento dei contributi previdenziali ed assicurativi. Inoltre, l'art. 26, c. 4, del d.lgs. 81/2008 stabilisce che committente, appaltatori e subappaltatori sono obbligati in solido a corrispondere ai lavoratori delle imprese appaltatrici (o subappaltatrici) i danni non indennizzati dall'Inail o dall'istituto di previdenza per il settore marittimo. La disposizione precisa che la responsabilità non opera nel caso di pregiudizi connessi a «rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici»[65].

Infine l'art. 23, c. 2, del d.lgs. 276 del 2003 ha introdotto una solidarietà tra somministratore ed utilizzatore per i trattamenti retributivi ed i contributi previdenziali dei lavoratori inviati in missione[66].

Si è parlato, in questi casi, di forme di "codatorialità"[67]. Ci si è chiesti, inoltre, se il «variegato sistema di rimedi, in cui committente ed appaltatore si affiancano per garantire il lavoratore di

---

[61] La disposizione, pur introducendo un'azione diretta dei lavoratori dell'appaltatore nei confronti del committente (Rubino, Iudica, 1992, 494 ss.) costituisce una forma di solidarietà passiva tra debitori (committente ed appaltatore): Cirri, 1990, 2201; Rubino, 1958, 77; Corazza, 1997, 87 ss.; Id., 2004, 174; M.T. Carinci, 2000, 477; Marinelli, 2002, 144; Imberti, 2008, 6; Cass. 27.9.2000 n. 12784; Cass. 6.3.1985 n. 1857. *Contra* Alvino, 2007, 518 ss.

[62] Sull'art. 29, c. 2, si rinvia, tra gli altri, ad Alvino, 2007, 509 ss.; Chieco, 2007, 2 ss.; Corazza, 2004, 165 ss.; Id., 2009, 103 ss.; M. T. Carinci, 2008, 124 ss.; Imberti, 2008, 9 ss.; Scarpelli, 2004a, 437 ss.; Ichino, 2004, 323 ss.; Ichino, Corazza, 2004, 15 ss.

[63] Per un'analisi delle disposizioni a cui si fa riferimento nel testo v. Chieco, 2007, 3 ss.; Corazza, 2009, 105 ss., 110 ss.; M. T. Carinci, 2008, 113 ss.; Imberti, 2008, 9 ss.; Pasquarella, 2007, 124 ss.

[64] In particolare l'art. 3, c. 8, del d.l. 97/2008 (convertito, con modifiche, nella legge 129/2008) ha abrogato i cc. da 29 a 34 dell'art. 35 del d. l. 223/2006 (convertito nella l. 248/2006), che contenevano forme di responsabilità solidale ed altre regole di garanzia per i dipendenti dell'appaltatore e del subappaltatore.

[65] Sulla disposizione del d.lgs. 81/2008, v. Pascucci, 2008, 118 ss.; Bacchini, 2008, 193; Imberti, 2008, 25 ss.

[66] Su tale disposizione v., per tutti, M.T. Carinci, 2008, 75; Chieco, 2006, 154 (con ulteriori indicazioni bibliografiche); Ichino, 2004, 299.

[67] Vedi *retro* il testo e gli autori citati nella nt. 18.

fronte ai rischi di sotto tutela rappresentati dalla frammentazione delle attività imprenditoriali» non sia tale da incidere «sullo stesso concetto di datore di lavoro»[68].

In realtà non vi è dubbio che la più ampia diffusione delle tutele rimediali vada connesso al fenomeno delle "responsabilità congiunte" come tecnica di regolazione delle esternalizzazioni e delle forme di decentramento produttivo[69]. In sostanza il legislatore ritiene di governare questi fenomeni con nuovi istituti e accetta l'idea che l'*outsourcing* è «una modalità fisiologica di organizzazione dei fattori produttivi»[70]. In questo contesto vengono utilizzate varie tecniche.

La prima è quella della penalizzazione delle esternalizzazioni che non si svolgono secondo le condizioni tassativamente previste dalla legge, con la creazione di un rapporto di lavoro in capo a chi utilizza effettivamente la prestazione lavorativa[71]. Si è osservato che, rispetto al precedente assetto normativo, caratterizzato dal divieto di intermediazione previsto dalla legge 1369 del 1960, l'imputazione del rapporto in capo a colui che effettivamente utilizza e coordina il lavoro non costituisce più la tecnica fondamentale per garantire il lavoratore[72]. L'osservazione è sicuramente condivisibile, con la precisazione peraltro che, come si cercherà di dimostrare in seguito, il divieto di intermediazione costituisce ancora un architrave fondamentale del nostro sistema giuridico. Esso, indubbiamente, non ha più quella centralità che aveva in precedenza, sia perché la legge ha legalizzato forme di intermediazione che prima erano assolutamente vietate, sia perché l'organizzazione produttiva non coincide necessariamente con un apparato di macchinari ed equipaggiamenti che, secondo la legge del 1960, costituiva il presupposto di individuazione di una genuina struttura di impresa[73]. Non vi è dubbio peraltro che il divieto di intermediazione conserva la sua attualità.

In altri casi si prevede una condivisione di responsabilità non esclusivamente economiche, come in materia di disciplina della sicurezza e salute dei lavoratori negli appalti o nell'affidamento di prestazioni a lavoratori autonomi da svolgersi all'interno della struttura produttiva o in connessione con il suo ciclo produttivo (v. *retro* il § 5).

Una tecnica ulteriore è quella della responsabilità solidale, che si «aggiunge» al divieto di interposizione e che diviene «il paradigma generale per tutelare il lavoratore coinvolto nelle operazioni di decentramento produttivo»[74]. La solidarietà svolge diverse funzioni. La prima è quella di accrescere la garanzia patrimoniale del lavoratore per propri crediti di varia natura. La seconda è quella di esercitare sui committenti una sorta di "coazione economica indiretta" alla selezione dei propri partners contrattuali. Il timore di poter essere chiamato a rispondere dei debiti di lavoratori di-

---

[68] Corazza, 2009, 109.

[69] Corazza, 2004, 217 ss; Id., 2009, 103 ss.; Del Punta, 2005, 634 ss. (part. 636).

[70] Romei, 2007, 7.

[71] Una tecnica che, come si è visto, è presente anche in molti paesi: v. *retro* § 4.

[72] Corazza, 2009, 110 ss.; Id., 2004, 51 ss.; Romei, 2007, 7 ss.; Del Punta, 2005, 635 – 636.

[73] In relazione a tale aspetto della l. 1369/1960 cfr., per tutti, M.T. Carinci, 2000, 82 ss.; Del Punta, 1995, 638 ss.; De Simone, 1995, 63 ss.; Corazza, 2004, 30 ss.

[74] Entrambe le citazioni sono di Corazza, 2009, rispettivamente 109 e 104.

pendenti da altri dovrebbe stimolare la scelta di imprese appaltatrici affidabili sotto il profilo economico ed organizzativo[75]. E questo in relazione non solo ai profili patrimoniali ma anche per quanto riguarda la sicurezza (perché si è responsabili dei danni non risarciti dall'assicurazione obbligatoria), con un evidente e positivo stimolo a garantire i più elevati standards di protezione della salute dei lavoratori.

Tuttavia la responsabilità congiunta e solidale non è sufficiente ad attribuire la qualifica di datore di lavoro[76]. Nel nostro sistema - ma anche in altri ordinamenti giuridici - il datore di lavoro è colui al quale la legge imputa tutti gli effetti della subordinazione in base a caratteri specifici del contratto, alle modalità esecutive della prestazione ed agli interessi che quest'ultima è concretamente destinata a soddisfare[77]. La disciplina in tema di responsabilità solidale si limita a trasformare alcune posizioni debitorie in obbligazioni soggettivamente complesse, senza incidere su altri aspetti del vincolo di subordinazione e sullo stesso profilo causale del contratto. Anche le altre forme di responsabilità congiunta, pur ampliando l'area del debito a soggetti formalmente non titolari del rapporto di lavoro e per aspetti di carattere non patrimoniale o pecuniario, non necessariamente incidono sui caratteri costitutivi della subordinazione in relazione alla causa del contratto, agli interessi coinvolti nel rapporto ed agli altri elementi essenziali che sono caratteristici del tipo negoziale previsto dall'art. 2094 c.c.[78]. In sostanza, si tratta di «tecniche di corresponsabilizzazione … nella funzione di tutela»[79]. Le disposizioni esaminate, dunque, non sono *di per sé* sufficienti a determinare una fattispecie di codatorialità. Per verificare se questa situazione sia concretamente ipotizzabile occorrono elementi ulteriori che devono essere individuati nei principi in tema di lavoro subordinato ed in altri istituti rinvenibili nel sistema giuridico[80].

Queste disposizioni, peraltro, sono espressioni di nuove tendenze, che sono state già in parte esaminate. In particolare, va sottolineata la considerazione unitaria, a determinati fini, di organizzazioni autonome e integrate. Essa implica una modifica normativa dei tradizionali criteri di imputazione giuridica di rischi che sarebbe incomprensibile nella lettura atomistica del singolo contratto di appalto o di lavoro autonomo o subordinato. Si prende inoltre atto che il rapporto di integrazione tra soggetti diversi incide anche sull'assetto degli interessi giuridici che connotano i contratti commerciali e di lavoro che sono coinvolti. Nel caso della somministrazione, ad esempio, la responsabilità solidale tra agenzia ed utilizzatore esprime la connessione tra interessi differenti (quelli che hanno fondamento nel contratto di lavoro e nel contratto commerciale) che, anche se distinti, in base al collegamento negoziale, si compenetrano gli uni negli altri (v. *infra* § 7).

Il rapporto di solidarietà passiva che lega il committente con l'appaltatore ed i subappaltatori si giustifica in base al medesimo fenomeno di correlazione tra organizzazioni ed interessi perseguiti

---

[75] Corazza, 2009, 104 ss.; Id., 2004, 217 ss.; Romei, 2007, 7.

[76] In senso analogo M. T. Carinci, 2008, che rileva come le responsabilità congiunte in capo a più soggetti possano dare vita a forme di «pluridatorialità o codatorialità solo in senso lato o atecnico» (15) e senza che vi siano «più soggetti contemporaneamente dotati della titolarità del rapporto di lavoro» (14).

[77] Per un quadro comparato dei caratteri costitutivi del lavoro subordinato v. Perulli, 2007a, 34 ss.; ILO, 2005, 1 ss.; ILO, 2007, 1 ss.; Giubboni, 2009, 35 ss. (con riferimento all'ordinamento comunitario).

[78] Su tali aspetti v. *infra* §§ 7, 14 e 15.

[79] Del Punta, 2005, 635; conf. M.T. Carinci, 2008, 15, nt. 52.

[80] In particolare, i caratteri costitutivi della subordinazione esistenti nell'ordinamento nazionale ed in quelli di altri paesi impongono di identificare il datore di lavoro in base ad elementi che prescindono da forme di responsabilità congiunta di tipo patrimoniale o di altro genere.

dalla "catena contrattuale".

Si è in presenza di elementi importanti che devono essere considerati ai fini di una nuova qualificazione giuridica dei fenomeni di integrazione contrattuale che si stanno esaminando.

## 7. La disciplina in tema di utilizzazione indiretta del lavoro ed i caratteri del datore di lavoro

La scissione tra titolarità del contratto di lavoro e soggetto destinatario della prestazione è stata formalizzata dal legislatore con alcune fattispecie tipiche (distacco, somministrazione ed appalto) che, insieme all'abrogazione della legge 1369/1960, hanno profondamente mutato il sistema. La finalità è stata quella di garantire strumenti per un compiuto "governo" dei fenomeni di segmentazione del processo produttivo.

Queste nuove forme di utilizzazione indiretta del lavoro[81] sono state approfonditamente studiate nei profili giuridici e nelle implicazioni di politica del diritto e non possono certo essere esaminate in questa sede. Alcune considerazioni, connesse al tema studiato, sono però necessarie.

Le tecniche utilizzate sono, in primo luogo, coerenti con le discipline esistenti in altri paesi europei ed extraeuropei. Istituti analoghi a quelli italiani sono presenti in altri ordinamenti giuridici, con differenze peraltro rilevanti (v. *retro* § 4).

La recente direttiva sul lavoro interinale (2008/104/CE), ad esempio, conferma l'attuale assetto della somministrazione già prevista in Italia, anche se la fonte europea presuppone l'esecuzione di prestazioni temporanee, che, secondo l'opinione prevalente, non sono invece caratteristiche del contratto previsto dall'art. 20, c. 4, del d.lgs. 276/2003[82]. Questa nuova normativa, gerarchicamente sovraordinata rispetto a quelle nazionali, dovrebbe sollecitare un'interpretazione "adeguatrice" della disciplina italiana della somministrazione nel senso della temporaneità, o sollecitare un intervento legislativo correttivo che espressamente si riferisca ad esigenze temporanee. Inoltre, la parità di trattamento tra lavoratori inviati in missione e dipendenti dell'utilizzatore, introdotta dal legislatore italiano in modo incondizionato, viene considerata dalla direttiva come un principio derogabile (anche se tramite l'intervento dell'autonomia collettiva) (art. 5). Non vi è dubbio, comunque che, a parte le diverse discipline giuridiche, il lavoro somministrato tramite agenzia, i contratti di appalto di fornitura di beni o servizi ed il distacco sono diffusi anche al di fuori dei nostri confini. Il legislatore italiano, in questo caso, ha seguito un *trend* di carattere internazionale in materia di esternalizzazioni.

Il d.lgs. 276 del 2003, poi, consente che con l'appalto di opere di servizi si realizzino forme di esternalizzazione che abbiano la finalità principale od esclusiva di ridurre gli oneri economici a carico del committente. Infatti, è stato escluso l'obbligo della parità di trattamento, che «indirizza l'operatore economico a perseguire una competitività basata su costi diversi da quelli del lavoro, incentivando ottimizzazioni organizzative, innovazioni di processo e di prodotto, specializzazioni produttive e miglioramento della qualità del lavoro; uniche leve in grado di reggere davvero la

---

[81] Secondo la terminologia utilizzata, tra gli altri, da M.T. Carinci, 2008, 1; Corazza, 1999, 59.

[82] La tesi, da me sostenuta, sulla temporaneità (Speziale, 2004, 318 ss.), è stata affermata anche da altri autori. Tuttavia l'opinione contraria è prevalente. Si rinvia, sul punto a Chieco, 2006, 118 ss. (che ribadisce la tesi della non temporaneità e cita gli autori favorevoli e contrari); Romei, 2006, 424 ss; Lamberti, 2008, 13 (entrambi a favore del carattere non temporaneo).

concorrenza globalizzata, dal momento che, per quanto i costi del lavoro possono essere abbassati, non può esservi competizione con Paesi dediti allo sfruttamento intensivo della manodopera»[83]. Queste osservazioni, ampiamente condivisibili, dimostrano come si sia scelta la strada del modello di competitività puramente di costo, che ha riflessi negativi ben noti[84]. In questo contesto, tra l'altro, la nuova disciplina del ramo di azienda (liberamente identificabile dalle parti al momento del trasferimento) e la possibilità di appaltare le attività svolte dalla frazione di azienda ceduta possono incrementare le esternalizzazioni "non virtuose" perché finalizzate solo al risparmio ed alla eliminazione dei vincoli derivanti da rapporti di lavoro gestiti direttamente[85]. Si può concordare, quindi, con chi ha osservato che la nostra legislazione è «complessivamente rivolta ad agevolare i processi di esternalizzazione genuini, privandoli di eccessive bardature garantistiche»[86].

A parte queste considerazioni, le riforme introdotte contengono importanti innovazioni che riguardano la nozione di datore di lavoro e le stesse caratteristiche della subordinazione.

Il titolare del contratto di lavoro subordinato è espressamente individuato dalla legge nell'agenzia per il lavoro (nella somministrazione) e nel distaccante, anche in questo caso in coerenza con quanto previsto da altri ordinamenti giuridici. A parte la chiara indicazione contenuta nell'art. 22, cc. 1 e 2, del d.lgs. 276/2003 per la fornitura di sola mano d'opera, a conclusioni del tutto analoghe si giunge per il distacco. L'art. 30, cc. 1 e 2, del decreto legislativo non consente equivoci sul punto, perché è la stessa legge a fare riferimento ad un datore di lavoro che pone i propri lavoratori (di cui conserva la responsabilità del trattamento economico e normativo) a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di attività lavorativa. In tema di appalto di opere di servizi, la legge richiama la definizione del codice civile (art. 1655) e specifica poi alcuni profili di carattere tipicamente lavoristico. Nessun dubbio, peraltro, può sussistere sul fatto che l'appaltatore, quale titolare dell'organizzazione produttiva, è anche il datore di lavoro, perché le prestazioni lavorative sono tra i «mezzi necessari» per l'esecuzione del contratto di diritto civile[87]. Ovviamente, le attività lavorative non necessariamente devono essere svolte in regime di subordinazione (ad esempio vi potrebbero essere anche contratti di lavoro a progetto). Tuttavia é l'appaltatore il titolare dei rapporti (inclusi quelli subordinati). Da tale punto di vista, il riferimento all'esercizio del potere direttivo ed organizzativo nei confronti dei lavoratori utilizzati è un altro indice significativo del fatto che l'appaltatore è il datore di lavoro (art. 29, c. 1, d.lgs. 276/2003).

Nella somministrazione e nel distacco i poteri di direzione e controllo del lavoro non sono più un elemento costitutivo della subordinazione. Queste prerogative sono esercitate solo in misura assai ridotta dal titolare del contratto e sono collocate dalla legge in capo a soggetti che non sono

---

[83] De Luca Tamajo, 2007, 25.

[84] Mi permetto di rinviare a Speziale, 2006, 18 ss. e 22 ss. (con bibliografia economica).

[85] La questione è stata da me già analizzata, quando ho rilevato che, dopo aver individuato *ad hoc* un ramo di azienda, «i dipendenti transitati al cessionario potrebbero, con un contratto di appalto, essere utilizzati dall'ex datore di lavoro cedente. Quest'ultimo avrebbe a disposizione gli stessi lavoratori che aveva in precedenza ma senza vincolo di subordinazione (e senza i limiti in materia di licenziamenti, trasferimenti e così via), con un costo potenzialmente uguale o inferiore (se si ottengono dall'appaltatore consistenti riduzioni delle retribuzioni)» (Speziale, 2006, 16, nt. 48).

[86] De Luca Tamajo, 2007, 19.

[87] Si rinvia, per tutti, a Rubino, Iudica, 1992, 14.

il datore di lavoro[88]. Si tratta di un elemento molto significativo che dimostra come le esigenze che nascono dalle nuove forme di organizzazione del lavoro e della produzione impongono una revisione delle categorie giuridiche fondamentali enucleate intorno all'art. 2094 c.c. Su tale aspetto, ed anche sulla "crisi" del potere direttivo come indice sempre e comunque presente nel lavoro subordinato si tornerà in seguito (v. *infra* §§ 14 e 15).

Per ora è importante sottolineare come la non essenzialità, ai fini della subordinazione, del potere direttivo è espressamente prevista dalla legge[89].

In questo ambito, la disciplina dell'appalto, invece, non introduce elementi innovativi. La direzione del lavoro, ovviamente, è una delle modalità tipiche del contratto previsto dall'art. 2094 del codice civile ed anche dell'art. 1655 c.c., nella misura in cui può essere funzionale a garantire una «organizzazione di mezzi necessari» per l'esecuzione dell'opera o del servizio. Nell'art. 29 del d.lgs. 276/2003, la disposizione richiama implicitamente il potere direttivo dell'appaltatore, in coerenza con l'art. 1655 c.c., ed anche per distinguere questo contratto dalla somministrazione, dove viene tipizzata una figura di datore senza direzione del lavoro. La disposizione, inoltre, intende solo fornire un criterio identificativo degli appalti "dematerializzati" ed a bassa intensità organizzativa. In sostanza, il potere direttivo è considerato come espressione di una realtà organizzativa peculiare - priva di *assets* consistenti - e non come un indice esclusivo o predominante della subordinazione. In definitiva, da questo punto di vista, l'art. 29 si limita a richiamare la nozione tradizionale di appalto per distinguerla dalla somministrazione, oppure vuole individuare le caratteristiche di una forma particolare di questa tipologia contrattuale (quella con prevalenza di lavoro), ma nulla aggiunge o toglie al problema dei caratteri costitutivi del lavoro subordinato.

Gli istituti analizzati, inoltre, mettono in discussione il principio della identità tra posizione del datore di lavoro ed esclusivo creditore della prestazione di opere[90]. Questa identità, come è noto, è stata considerata come indissolubilmente legata alla nozione di datore. Infatti, a tal fine, «non è sufficiente… la titolarità della posizione formale di un rapporto di lavoro. La qualifica di datore esige normalmente che il soggetto investito del credito di lavoro sia anche l'effettivo utilizzatore della prestazione di attività lavorativa»[91]. La coincidenza tra creditore che riceve la prestazione e figura del datore di lavoro deriva dai principi generali.

L'obbligazione «… presuppone che l'obbligo del debitore trovi un suo punto di riferimento sog-

---

[88] La bibliografia su questi temi (l'attribuzione del potere direttivo e di controllo a soggetti diversi dal datore di lavoro formale) è sterminata. Cfr., almeno, De Simone, 1995, 281 ss.; Tiraboschi, 1999, 319 ss.; Corazza, 1999, 59 ss.; M.T. Carinci, 2000, 180 ss., 425 ss.; Id., 2008, 73 ss., 93 ss.; Esposito, 2002, 119 ss.; Niccolai, 2003, 390 ss.; Tullini, 2003, 90 ss.; Alleva, 2004, 180 ss.; Bonardi, 2004, 136 ss.; Ciucciovino, 2004, 98 ss.; Ichino, 2004, 294 ss.; Chieco, 2006, 130 ss., 149 ss.; Mazzotta, 2009, 934 ss., 950 ss.

[89] Si è infatti rilevato che ipotesi quali il lavoro temporaneo o il distacco «pongono inevitabilmente in gioco il "dogma" della titolarità del potere direttivo come elemento tipizzante, ineliminabile, del rapporto di lavoro subordinato, sul duplice versante attivo e passivo» (Tullini, 2003, 91). Cfr. anche Ratti, 2009, 850.

[90] Su tali aspetti, v. Tullini, 2003, 91 ss.; Esposito, 2002, 39 ss. (in relazione al lavoro temporaneo).

[91] Grandi, 1990, 4; Id., 1972, 197, 199 – 200, 223; Mengoni, 1965, 465 ss. Questa tesi è al centro del lavoro di Mazzotta (1979, 270 ss., 319 ss) ed era stata già espressa da Cessari, 1959, 87 ss. Al contrario Bellocchi (2001, 172,) esclude che «l'utilizzazione materiale o diretta della prestazione di lavoro corrisponda ad un'esigenza essenziale del contratto di lavoro».

gettivo nell'interesse di un soggetto determinato che di tale obbligo risulti l'immediato destinatario»[92]. Nel contratto di lavoro l'obbligazione lavorativa soddisfa l'interesse del datore di lavoro all'esecuzione del lavoro ed al suo coordinamento con gli altri fattori produttivi e lo qualifica quale creditore di *operae*[93]. Questo è lo schema contrattuale «classico», che, peraltro, è stato sottoposto a notevoli tensioni da parte di innovazioni legislative[94]. Nella somministrazione e nel distacco, infatti, la legge attribuisce a soggetti diversi dal datore di lavoro l'interesse a ricevere il lavoro ed influenza quindi la connessa posizione creditoria[95]. Nella disciplina prevista dagli artt. 20 e ss. del d.lgs. 276/2003, l'esecuzione della prestazione costituisce adempimento del contratto di lavoro e di quello commerciale[96] e sia l'agenzia per il lavoro, sia l'impresa utilizzatrice hanno entrambi interesse allo svolgimento dell'attività. L'imprenditore, nel cui contesto organizzativo il lavoratore si inserisce, dirige e controlla il lavoro e si avvantaggia direttamente dei risultati produttivi realizzati dal prestatore, di cui è creditore di opere. Il credito trova qui fondamento nella legge che appunto prevede una prestazione che soddisfa l'interesse dell'impresa utilizzatrice. Quest'ultima, inoltre, è, in base al contratto commerciale, creditrice di lavoro anche nei confronti del somministratore, che si è obbligato a fornirgli un soggetto che svolga attività professionale nella sua impresa. L'agenzia, tuttavia, è anch'essa titolare del credito connesso alla prestazione, perché l'attività effettuata presso il terzo perfeziona gli effetti prodotti dal contratto di lavoro subordinato. Somministratore e impresa, inoltre, utilizzano entrambi lavoro. Il beneficiario dell'attività da lui diretta e controllata la utilizza direttamente. Il datore di lavoro formale, acquisendo in via mediata l'attività prestata, la fa propria come presupposto per l'adempimento del contratto commerciale e di quello subordinato[97].

Una situazione analoga si verifica nel distacco. Anche qui vi è una duplicazione della posizione attiva del rapporto. Il distaccatario riceve l'attività lavorativa ed è quindi creditore, perché essa soddisfa un suo interesse specifico all'esecuzione della prestazione ed al suo coordinamento nella propria organizzazione produttiva. Ma anche il distaccante si trova nella stessa situazione. Infatti, l'esecuzione del lavoro a favore del terzo è un presupposto indispensabile per realizzare «l'interesse» che, ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. 276/2003, legittima la messa a disposizione di un proprio dipendente. Egli, dunque, è creditore delle opere, la cui effettuazione consente il perfezionamento della fattispecie complessa prevista dalla legge. Ed anche in questo caso, si verifica quel duplice livello di utilizzazione del lavoro che caratterizza la somministrazione.

---

[92] Di Majo, 1985, 257; Id., 1990, 20 – 22; Rescigno, 1979, 145; Bianca, 1990, 41 ss., 50 ss.; Gazzoni, 1996, 527 ss.; Galgano, 2009, 5 ss. Mi permetto di rinviare, sul punto, a Speziale, 1992, 17 ss. (con ampi riferimenti bibliografici).

[93] Su tali aspetti cfr. Speziale, 1992, 223 ss. (con citazioni bibliografiche). In tempi più recenti si veda, per tutti, Mazzotta, 2008, 310 ss. (con indicazione di molti autori).

[94] In senso contrario Barbera (2009, 13), secondo la quale «nello schema contrattualistico classico, non è necessario che il creditore di lavoro sia il soggetto che si appropria *effettivamente* dell'utilità della prestazione». In realtà, come si è cercato di dimostrare, la situazione, almeno ai sensi dell'art. 2094, è diversa. La dissociazione tra titolarità del contratto ed utilizzazione della prestazione lavorativa, a parte le ipotesi speciali lecite (somministrazione, distacco) o quelle fraudolente, è configurabile solo nel caso del contratto a favore terzi (su cui v. Speziale, 1998, 298 ss; Esposito, 2002, 90 ss.). Un'ipotesi teoricamente possibile ma, dopo il d.lgs. 276/2003, del tutto residuale.

[95] Barbera, 2009, 18.

[96] Mi permetto di rinviare, sul punto, a Speziale, 2004, 304 ss.

[97] La duplicazione della posizione creditoria nella fornitura di lavoro è sostenuta, tra gli altri, da Ichino, 2004, 296 ss.; Id., 2000, 494 ss. Tiraboschi, 1999, 287 ss. (gli ultimi due in relazione al lavoro temporaneo).

È importante notare come la duplicazione delle posizioni creditorie non altera la qualificazione formale di datore di lavoro in capo al somministratore ed al distaccante e non consente di affermare che vi è una situazione di "codatorialità". In queste ipotesi è la legge stessa ad escludere espressamente che i diversi creditori di *operae* siano entrambi datori di lavoro. (v. *infra* § 16).

Esse, peraltro, sono caratterizzate da una "complicazione" delle posizioni giuridiche soggettive del contratto di lavoro che devono essere prese in considerazione in particolari situazioni.

Un altro elemento rilevante, che scaturisce da queste nuove fattispecie, è il valore attribuito dalla legge al collegamento negoziale come strumento fisiologico di gestione dei fenomeni di segmentazione dell'impresa[98]. Il rapporto tra il contratto commerciale e quello di lavoro diventa, in primo luogo, il presupposto per realizzare una connessione che giustifica l'attribuzione *ex lege* ad un terzo estraneo di alcuni poteri (e di posizioni di debito e credito) che sono invece tipici del datore di lavoro. Inoltre, la legge prevede un contenuto comune dei contratti collegati, con posizioni attive e passive che sono parte integrante di essi[99]. Il collegamento, anche se più attenuato rispetto al lavoro temporaneo, trova solide basi normative ed è stato riconosciuto dalla dottrina prevalente[100]. Tuttavia, in deroga ai principi in tema di collegamento negoziale, alcune vicende specifiche del contratto di lavoro non si riflettono necessariamente sulla dinamica di quello commerciale. In caso di malattia, di gravidanza od infortunio, ad esempio, l'utilizzatore, in base ad una precisa clausola contrattuale, potrà anche chiedere la sostituzione del lavoratore, il quale, peraltro, nell'ambito del contratto con il somministratore manterrà i propri diritti connessi al vincolo di subordinazione (conservazione del rapporto, corresponsione del trattamento economico previdenziale e così via). L'insoddisfazione del committente per la scarsa qualità del lavoro somministrato non consentirà di ridurre il trattamento economico e normativo garantito dall'art. 23, c. primo, del d.lgs. 276/2003. L'utilizzatore potrà, in questo caso, anche chiedere la sostituzione del dipendente (in base a pattuizione espressa dalle parti), ma se non vi sono gli estremi di un licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo il rapporto rimarrà in vita[101]. Altri esempi potrebbero essere fatti[102]. In questa sede è importante notare che questa "relativa insensibilità" tra i due contratti si giustifica per le tutele inderogabili del lavoro subordinato. Infatti la disciplina lavoristica (con il suo fondamento costituzionale e comunitario) e le esigenze protettive da essa

---

[98] Sul collegamento negoziale nella somministrazione v. Speziale, 2004, 303 ss.; Ciucciovino, 2004, 98 ss.; Bonardi, 2004, 136 ss.; Chieco, 2006, 111 (con ulteriore bibliografia); Romei, 2006, 417 ss.; Mazzotta, 2009, 948 ss.

[99] Speziale, 2004, 305 ss. (con indicazione della disciplina comune ad entrambi i contratti); Ciucciovino, 2004, 97 ss.

[100] Cfr. gli autori citati nella nt. 98 (a cui si rinvia per ulteriore bibliografia). Il collegamento è contestato da Ichino, 2004, 291 ss.; Bonardi, 2004, 137 ss. Non posso argomentare in questa sede il mio dissenso. Si vedano comunque le convincenti critiche a queste tesi espresse da Romei, 2006, 417 ss. La dottrina prevalente riteneva che il collegamento negoziale fosse un carattere essenziale anche del lavoro interinale previsto dalla l. 196/1997 (v. Speziale, 1998, 323 ss. e M.T. Carinci, 2000, 461 ss. per le indicazioni bibliografiche), anche se non mancavano opinioni contrarie (Niccolai, 2003, 195 ss.).

[101] Per gli aspetti indicati nel testo v. Speziale, 2004, 307 ss.; Romei, 2006, 418 ss.

[102] Si pensi all'inadempimento, da parte dell'utilizzatore, del pagamento del corrispettivo del contratto commerciale. In base alle regole del collegamento negoziale, questa situazione dovrebbe determinare la sospensione o l'interruzione del contratto di lavoro con il quale si realizza l'impegno contrattuale tra le imprese (visto che l'uno costituisce presupposto e condizione dell'altro). Invece, le vicende della somministrazione non si rifletterebbero sul rapporto di lavoro, che rimarrebbe in vita con tutti i diritti ed obblighi connessi.

espresse devono necessariamente prevalere sulle regole civilistiche in materia di contratti[103].

Come si vede, i nuovi istituti introducono innovazioni importanti e modificano alcuni caratteri essenziali della subordinazione e dell'assetto di interessi prefigurato da questa tipologia contrattuale. Tali novità sono essenziali per comprendere gli sviluppi che la stessa nozione di contratto di lavoro subordinato assume in determinati contesti organizzativi.

## 8. L'art. 2094 c.c. e la codatorialità

L'analisi fino ad ora svolta ha messo in evidenza che sono state introdotte numerose discipline che incidono sulla nozione di datore di lavoro, che mutano la distribuzione dei poteri che sono tipici del rapporto o estendono obblighi che tradizionalmente erano propri del soggetto attivo del contratto di lavoro[104]. Gli eventi presi in considerazione dimostrano che sono maturi i tempi per ipotizzare, in alcune specifiche situazioni, vere e proprie forme di codatorialità.

Tuttavia, occorre chiedersi se l'art. 2094 precluda, in linea astratta, la possibile configurazione di più datori di lavoro nei confronti del medesimo lavoratore. La norma del codice civile, che riveste ovviamente carattere essenziale, costituisce ancora il fondamento della intera disciplina del lavoro subordinato. Essa, peraltro, è da tempo sottoposta a notevoli tensioni, in quanto il suo contenuto è espressione di un preciso modello social tipico di lavoro nell'impresa che è stato radicalmente messo in discussione da profonde modificazioni nei modi di produrre e lavorare. Questi aspetti verranno successivamente esaminati (v. *infra* §§ 14 e 15).

Per ragioni teorico descrittive ed allo scopo di verificare se la disposizione del codice civile sia compatibile con la codatorialità, è utile fare riferimento all'interpretazione classica dell'art. 2094. A quella, cioè, che individua nel potere direttivo ed in altri elementi (la collaborazione, la dipendenza e così via) i caratteri fondanti della fattispecie. Sulla idoneità di queste caratteristiche a definire un modello generale ed onnicomprensivo di subordinazione si tornerà in seguito (v. *infra* § 14).

A me sembra che gli indici della subordinazione sopra descritti - ora assunti nella loro interezza - non presuppongono necessariamente un solo datore di lavoro. Ovviamente, per giungere a questa conclusione, è necessario che vi siano alcuni elementi essenziali.

In primo luogo, lo svolgimento di un'attività lavorativa di carattere personale da parte di uno specifico soggetto. Poi, l'assoggettamento di questa prestazione alla eterodirezione e la presenza

---

[103] *Contra* Romei, 2006, 418 ss., che ritiene invece che tale "insensibilità" nel regime degli effetti dipende dalla rigorosa applicazione della disciplina dei contratti. Mi sembra, al contrario, che negli esempi sopra specificati (ma anche in quelli espressi da questo a., 419 ss.) la puntuale applicazione dei principi in tema di collegamento (su cui v. *infra* § 11) comporterebbe che tutte le vicende del contratto commerciale relative ad uno specifico lavoratore dovrebbero necessariamente influenzare il rapporto di lavoro collegato. Invece, come si é visto, questo non accade, perchè il diritto del lavoro deroga il diritto civile.

[104] Si è rilevato che «la legge sul lavoro interinale prima e sulla somministrazione poi, la disciplina dell'appalto e del trasferimento di azienda, le norme sul distacco, le disposizioni in tema di salute e sicurezza del lavoro, la tutela antidiscriminatoria dei lavoratori atipici forniscono esempi diversi di come il diritto del lavoro si stia indirizzando verso *canoni funzionalistici* di individuazione della figura del datore di lavoro, *che si connota diversamente a seconda del contesto e dei fini che l'ordinamento intende realizzare*» (Barbera, 2009, 20 – 21). L'osservazione è sicuramente condivisibile, soprattutto in relazione alla sicurezza sul lavoro. Non mi sembra, invece, che si possa parlare di veri e propri "datori di lavoro" o di "codatorialità" in alcune ipotesi individuate dall'a. (come, ad esempio, in relazione alle responsabilità solidali congiunte o alla somministrazione e distacco).

degli altri caratteri sopradescritti. Infine, vi deve essere un ulteriore decisivo elemento: l'attitudine dell'attività professionale a soddisfare, *nel medesimo tempo*, gli interessi di diversi datori. Il contratto di lavoro, infatti, determina una struttura complessa dove, intorno ad un rapporto fondamentale - costituito dalle due principali obbligazioni di lavoro e retributiva - si addensano altre posizioni di dovere, di onere, non riconducibili a quelle principali[105]. Le posizioni creditorie e debitorie sono individuate in base alle due obbligazioni fondamentali ed in rapporto all'interesse che ciascuno di essa è in grado di realizzare. Non vi è dubbio che il datore di lavoro ha l'interesse specifico a ricevere una prestazione lavorativa e che tale situazione lo qualifica come creditore di opere[106]. Si è anche visto che le recenti riforme mettono in discussione la unicità della posizione creditoria, e forniscono un'ulteriore conferma di diritto positivo a quanto si sta sostenendo. Ad ogni buon conto, la struttura del rapporto non esclude che una medesima attività lavorativa possa soddisfare contemporaneamente gli interessi di due (o più) datori di lavoro. In tale ambito fattori essenziali sono la unicità della prestazione e il fatto che il suo svolgimento realizzi nello stesso tempo di esecuzione gli interessi di più soggetti. Se, infatti, mancano queste caratteristiche, vi saranno due (o plurime) prestazioni di lavoro, nelle quali ciascuna di esse soddisfa uno specifico interesse, con la costituzione di distinti rapporti di lavoro.

È opportuno a questo punto fare qualche esempio. L'ipotesi tradizionale è quella di un lavoratore che, nell'arco della medesima giornata, svolge distinte prestazioni part-time a favore di diversi soggetti. In questo caso vi saranno due differenti rapporti di lavoro, perché ciascuna attività è finalizzata *esclusivamente* a soddisfare l'interesse di un creditore di opere. Si pensi, al contrario, alla situazione di più imprese, giuridicamente e produttivamente distinte, che peraltro appartengono ai medesimi soci (anche con partecipazioni azionarie di quote totalmente o parzialmente incrociate). Queste società, che possono operare all'interno di un gruppo od avere soltanto soci comuni, hanno rapporti finanziari separati ma anche interconnessi, legati a processi di reciproco finanziamento ed a comuni condizioni di accesso al credito (attribuito, da parte dei soggetti erogatori, in base ad una considerazione "accorpata" delle due entità). Un lavoratore è assunto dalla società A che lo dirige e coordina. Egli peraltro viene ad essere eterodiretto, congiuntamente o in tempi diversi, dalla società B, con gli assetti proprietari condivisi sopra descritti. La prestazione di lavoro che egli svolge ha ad oggetto l'analisi e la gestione della situazione finanziaria delle società, nei rapporti interni tra esse ed in quelli esterni con i finanziatori. L'effettuazione della sua attività soddisfa, nel medesimo tempo, gli interessi - comuni e distinti - delle società A e B che coordinano e controllano la sua prestazione. Il lavoratore, dunque, "collabora" con entrambe, è alle loro "dipendenze" e la sua prestazione è "inserita" nelle due organizzazioni produttive. In questo caso, dunque, il contratto di lavoro dà vita ad un rapporto giuridico fondamentale in capo a due creditori della stessa prestazione lavorativa.

Al contrario, immaginiamo che le due società A e B, con partecipazioni comuni o incrociate, abbiano necessità che un solo lavoratore curi gli aspetti finanziari di ciascuna di esse in modo sepa-

---

[105] Su tali aspetti cfr. Speziale, 1992, 210 ss. (con ampia bibliografia). In tempi più recenti la struttura complessa del rapporto è ribadita da Mazzotta, 2008, 310 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.
[106] V. *retro* § 7, testo e nt. 91 ss.

rato ed autonomo. Esse daranno allora vita a due distinti rapporti part time, in cui l'attività lavorativa soddisfa ora l'interesse di A ora quello di B e mai contemporaneamente quello di entrambi.

L'art. 2094, dunque, non esclude, in linea di principio, una possibile codatorialità. E non è un caso che, in passato, la dottrina abbia già preso in considerazione l'ipotesi della contitolarità del contratto di lavoro, per la quale «non è frapposto, in astratto, alcun ostacolo logico»[107]. La stessa giurisprudenza, d'altra parte, ha parlato di responsabilità solidale nel caso della «contemporanea prestazione di attività lavorativa a favore di due società strettamente collegate in senso economico, senza che sia possibile distinguere la parte di attività di cui si avvale ciascuna società»[108]. Si è anche detto che «il rapporto di lavoro può vedere da un lato un solo prestatore d'opera e, dall'altro, una pluralità di soggetti che fruiscono delle sue prestazioni; può altresì accadere che uno stesso lavoratore presti contemporaneamente servizio per due datori di lavoro con modalità tali da non poter distinguere quale parte dell'opera sia svolta nell'interesse di un datore di lavoro e quale nell'interesse dell'altro...»[109] O si è affermata l'esistenza di «una impresa unitaria» con attività esercitate da soggetti giuridici diversi e con la configurazione di «un rapporto di lavoro che vede nella posizione del lavoratore un'unica persona e nella posizione del datore di lavoro più persone, rendendo così solidale l'obbligazione del datore di lavoro»[110].

Non va dimenticato, poi, che l'art. 2094 parla di collaborazione nell'impresa. Si tratta di un concetto che, debitamente attualizzato, è di grande modernità, perché consente di collegare il contratto di lavoro non ad un «soggetto», ma ad una realtà produttiva «oggettiva» anche se suddivisa tra più imprenditori. In questo caso la subordinazione può essere ricostruita con l'identificazione di coloro che, a prescindere dalla titolarità del contratto, esercitano sul lavoratore quei poteri organizzativi che sono la sostanza del lavoro subordinato.

La codatorialità, peraltro, apre numerosi problemi di ordine teorico e pratico, che saranno successivamente analizzati.

## 9. Segue. Il divieto di intermediazione e la unicità o pluralità dei datori di lavoro

Le conclusioni a cui si è giunti potrebbero essere messe radicalmente in discussione dalla tesi autorevolmente sostenuta dalle Sezioni Unite della Cassazione. La Corte, chiamata a risolvere il contrasto interpretativo tra diversi orientamenti espressi al suo interno, ha affermato che «*l'imputazione del rapporto di lavoro in capo all'intermediario e la sua configurazione come unico soggetto obbligato nei confronti del lavoratore è espressione della regola generale giuslavoristica che dispone che in relazione ad identiche - anche per quanto attiene ai periodi temporali - prestazioni lavorative deve essere esclusa la configurabilità di due diversi datori di lavoro, dovendosi configurare come parte datoriale solo colui su cui in concreto fa carico il rischio economico dell'impresa, nonché l'organizzazione produttiva nella quale è di fatto inserito con carattere di subordinazione*

---

[107] Magrini, 1980, 51. Conf. De Simone, 1995, 276.

[108] Cass. 24.3.1982 n. 1863, *RIDL*, 1983, II, 379. In relazione ai gruppi di imprese a conclusioni analoghe giungono Cass. 24.3.1982 n. 1863, *Dir. fall.*, 1982, II, 1034; Cass. 6.11.1982 n. 5825, *OGL*, 1983, 1255.

[109] Cass. 17.5.2003 n. 7727, *OGL*, 2003, I, 385.

[110] Cass. 24.3.2003 n. 4274, *LG*, 2003, 1033. V. anche Cass. 10.6.1986 n. 3844, che ribadisce i principi espressi da Cass. n. 7727/2003 citata nel testo.

*il lavoratore, e l'interesse soddisfatto in concreto dalle prestazioni di quest'ultimo, con la conseguenza che chi utilizza dette prestazioni deve adempiere a tutte le obbligazioni a qualsiasi titolo nascenti dal rapporto di lavoro*»[111].

Il principio è stato enucleato in relazione alla l. 1369/1960 oggi abrogata. Tuttavia esso potrebbe mantenere la sua attualità anche nella disciplina vigente se si afferma la permanenza del divieto di intermediazione. Ed infatti la stessa Corte si affretta ad affermare che il "principio di carattere generale" (compresa l'impossibilità di configurare «due diversi datori di lavoro» in rapporto alla medesima prestazione) rimane immutato, in quanto, secondo la Cassazione, il divieto di interposizione di manodopera continua a sussistere anche dopo il d.lgs. 276/2003[112].

La tesi descritta, che è affermata solo incidentalmente dalla Corte in relazione ad un caso del tutto peculiare, ha trovato il consenso di autorevole dottrina[113] e deve certamente essere esaminata. L'interpretazione, come si è visto, si lega al problema della persistenza o meno del divieto di intermediazione, che richiede quindi un'analisi specifica.

L'abrogazione della l. 1369/1960 e le innovazioni introdotte dal d.lgs. 276/2003 hanno aperto il dibattito su questo tema. L'opinione prevalente ritiene che il divieto di interposizione del rapporto di lavoro sia tuttora vigente[114]. Non mancano importanti opinioni contrarie, con accenti ed argomentazioni diverse[115] e, in tale contesto, vi è chi ha affermato che, nella situazione attuale, «non sembra possibile pervenire a valutazioni stabili sulla permanenza nell'ordinamento di un principio generale che vieta l'interposizione nelle prestazioni di lavoro»[116].

La questione, certamente complessa, non può in questa sede essere esaminata in tutti i suoi aspetti. A me sembra, peraltro, che l'opinione prevalente trovi numerosi riscontri nel diritto positivo. L'abrogazione della l. 1369/1960 è connessa al fatto che la scissione tra titolarità formale del contratto ed utilizzazione del lavoro, prima sempre vietata (salvo eccezioni)[117], è oggi espressamente tipizzata in casi specifici. Pertanto, il divieto di interposizione non può avere la valenza generale che aveva in passato e questo spiega l'eliminazione di una normativa che era connessa ad una realtà giuridica oggi molto cambiata[118]. Tuttavia tale divieto è ancora un elemento centrale del sistema. Gli indici normativi che conducono a tale conclusione sono diversi. In primo luogo il sistema sanzionatorio, in base al quale il distacco, la somministrazione o l'appalto effettuati senza

---

111 Cass., S.U., 26.10.2006 n. 22910, *ADL*, 2007, II, 1011 ss. Sulla unicità del datore di lavoro enunciata in questa sentenza v. M.T. Carinci, 2007, 1019 ss.; Id., 2008, 14 ss.; Del Punta, 2008, 332 ss.; Corazza, 2009, 106 ss.; Barbera, 2009, 26.

112 Cass., S.U., n. 22910/2006, cit. a nt. 111, 1017 – 1018.

113 Cfr M.T. Carinci e Del Punta citati *supra* nella nt. 111.

114 Del Punta, 2005, 630 ss.; Id., 2008, 321 ss.; M.T. Carinci, 2007, 1027 ss.; Id., 2008, 38 ss.; Ichino, 2004, 320; Scarpelli, 2004b, 411 ss.; Mazzotta, 2009, 925 ss.

115 Romei, 2005, 734 ss.; Id., 2006, 435 – 436; Id., 2007, 3 ss.; Chieco, 2006, 172.

116 Corazza, 2009, 102.

117 Il riferimento è alla legge sul lavoro temporaneo che costituiva una espressa deroga al divieto di intermediazione.

118 L'abrogazione espressa della l. 1369/1960, dunque, si spiega in questa logica e non può assumere il valore di eliminazione del divieto di intermediazione (così Romei, 2007, 2). Anche perché, dal punto di vista formale, l'abrogazione della legge in questione è stata accompagnata da nuove disposizioni che hanno ristabilito, in altre forme, la proibizione dell'interposizione di mano d'opera (v. *infra* nel testo).

il rispetto dei requisiti formali e sostanziali imposti dalla legge determinano, su richiesta dell'interessato, la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore della prestazione o al committente[119]. Non vanno dimenticati, inoltre, il riferimento all'interposizione illecita contenuta nell'art. 84, c. 2, del d.lgs. 276/2003 e la previsione - qualora non vi siano i presupposti tassativi imposti dalla legge - di specifiche sanzioni anche penali. Queste ultime, tra l'altro, hanno ispirato quella giurisprudenza che sottolinea la continuità tra il vecchio sistema (basato sulla l. 1369/1960) ed il nuovo, con l'affermazione del principio di «un'abrogazione con effetto solo parzialmente abolitivo» e la persistenza del divieto di interposizione[120].

D'altra parte, la tipizzazione delle ipotesi lecite e la previsione delle sanzioni sono tali da non lasciare spazio a situazioni diverse da quelle espressamente previste. In linea generale, la mera fornitura, temporanea o meno, di manodopera deve essere effettuata con un distacco o con la somministrazione (nel rispetto delle condizioni previste dalla legge). Se mancano i presupposti legali, distaccante e somministrante vengono considerati come "soggetti interposti" ed il rapporto viene imputato in capo all'effettivo utilizzatore (distaccatario e impresa utilizzatrice). L'appalto, inoltre, richiede gli elementi individuati dall'art. 29 e, in mancanza, diventa interposizione illecita, con costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del committente. È vero, inoltre, che somministrazione irregolare ed appalto illecito non sono perfettamente coincidenti[121]. In ogni caso, peraltro, la illegittimità del contratto previsto dall'art. 29 comporta che l'appaltatore sia l'interposto ed il committente si trasformi nel datore di lavoro. Dunque, l'abrogazione della l. 1369 del 1960 si giustifica anche perché, concretamente, con i nuovi istituti non vi è spazio per fattispecie che, al di fuori di quelle espressamente indicate, consentono di separare titolarità formale del contratto ed utilizzazione della prestazione.

Tuttavia questa realtà non ha nulla a che vedere con l'unicità del datore di lavoro. Divieto di interposizione e codatorialità operano su piani del tutto diversi. Per comprendere questa affermazione è sufficiente considerare l'esempio in precedenza analizzato: un lavoratore svolge attività a favore di due datori di lavoro per soddisfare interessi tipici di ciascuno di essi e con prestazioni da entrambi eterodirette, anche in tempi diversi. In questo caso non vi è, in primo luogo, somministrazione illecita. Manca, infatti, un soggetto che si limiti esclusivamente a mettere forza lavoro a disposizione di un altro che la organizza e dirige. Il dipendente, in questo caso, è coordinato da due datori a favore dei quali lavora e nessuno dei due opera quale mero fornitore di un servizio relativo ad un'attività professionale. Analoghe considerazioni possono essere fatte per il distacco. Anche in questo caso vi è una sola persona (il distaccatario) che dirige lavoro e che fa proprio, in via immediata, il risultato della prestazione, mentre l'altro (il distaccante) rimane solo il titolare formale del contratto. Al contrario, nel nostro esempio, la prestazione è eterodiretta dai codatori che ricevono dal lavoro un beneficio immediato e contestuale. Non vi è, inoltre, neanche un ap-

---

[119] Su tali aspetti si rinvia agli a. citati nelle precedenti nt. 114 e 115.

[120] Cass. pen. 20.4.2006 n. 20758, *LG*, 2007, II, 33; Cass. Pen. 18.4.2007 n. 21789; Cass. pen. 30.11.2005 n. 4454. Per un'efficace analisi della pluralità di ragioni che confermano la permanenza del divieto di intermediazione v., per tutti, Del Punta, 2008, 321 ss.; Mazzotta, 2009, 925 ss.

[121] Questo accade quando l'appaltatore diriga effettivamente i lavoratori, ma non abbia una propria organizzazione (Del Punta, 2008, 327, che riprende un'opinione di De Luca Tamajo, 2005, 485) o non si accolli il rischio di impresa (Romei, 2007, 6). Il contratto, in questi casi, sarà sicuramente illegittimo anche se il committente non eserciti direttamente il potere direttivo, che è il presupposto dell'appalto irregolare.

palto illecito, in primo luogo, per mancanza di un contratto commerciale finalizzato alla realizzazione di opere o servizi. Inoltre, la prestazione di lavoro non è diretta solo dal committente, senza alcun intervento dell'appaltatore. Né vi è la situazione in cui quest'ultimo è privo di qualsiasi consistenza organizzativa o, negli appalti dematerializzati, non eserciti neanche il potere organizzativo o direttivo. Nella ipotesi sopra descritta, invece, il potere direttivo è coesercitato ed il dipendente svolge le sue prestazioni a favore di due diversi organizzazioni produttive - che sono entrambi reali e non fittizie - nelle quali è «inserito».

D'altra parte, secondo le Sezioni Unite, il datore di lavoro coincide con: a) colui su cui in concreto fa carico il rischio di impresa; b) chi dispone di un'organizzazione produttiva al cui interno del lavoratore si inserisce «con carattere di subordinazione»; c) il soggetto che è titolare dell'interesse giuridico «soddisfatto dalle prestazioni»; d) colui che utilizza il lavoro. Ebbene, nel nostro esempio, queste condizioni sono rinvenibili in due entità, ciascuna delle quali possiede tutti i requisiti sopra indicati, sia in rapporto ai profili organizzativi (sono due "vere" imprese con tutte le annesse caratteristiche, anche in relazione al rischio imprenditoriale), sia per quanto attiene al "carattere subordinato" del lavoro, in base agli indici di cui all'art. 2094. Esse, inoltre, utilizzano congiuntamente le prestazioni lavorative che soddisfano specifici interessi giuridici dei codatori.

Non è corretto, dunque, affermare che la «struttura del rapporto di lavoro subordinato, quale risulta dalla normativa sostanziale (art. 2094 c.c.) è bilaterale e non plurilaterale»[122]. La bilateralità è certamente la caratteristica fisiologica ed ordinaria del contratto di lavoro subordinato. Tuttavia, la disposizione del codice civile non esclude, in astratto, la possibilità di un unico contratto di lavoro con diversi datori. E, in tale contesto, la permanenza del divieto di interposizione non esercita alcuna influenza su questo possibile assetto del rapporto di lavoro.

## 10. Organizzazioni imprenditoriali integrate e impresa unitaria

La prospettiva della codatorialità, che, come si è visto, non è preclusa dall'art. 2094 c.c., può assumere caratteri particolari nelle organizzazioni produttive o distributive integrate. Per analizzare gli aspetti giuridici di questi fenomeni – che incidono anche sui caratteri costitutivi della subordinazione – è opportuno ricostruire sinteticamente le caratteristiche di queste nuove realtà imprenditoriali. Queste innovazioni sono state ampiamente studiate da un'imponente letteratura giuridica, economica e sociologica che deve essere utilizzata per coglierne gli aspetti più significativi.

I processi di integrazione tra imprese sono connessi all'*outsourcing* ed al fenomeno della "disintegrazione verticale" dell'impresa tradizionale. Quest'ultima, caratterizzata dalla concentrazione in un'unica struttura del processo produttivo, viene sostituita da una rete di imprese, ciascuna delle quali assume il compito di svolgere una fase del ciclo e con lo scopo di realizzare un prodotto finito da destinare al mercato (v. *retro* § 1).

Il carattere essenziale di queste realtà produttive è l'integrazione organizzativa, che può essere più o meno forte a seconda del modello utilizzato, ma che costituisce l'essenza stessa del fenomeno. I rapporti all'interno della rete possono comportare che i soggetti che la compongano ope-

[122] Cass., S. U., n. 22910/2006, cit. a nt. 111, 1016.

rino in luoghi distinti dal punto di vista spaziale (e siano collegati tra loro soprattutto tramite strumenti informatici). Oppure, secondo il fenomeno della esternalizzazione *intra moenia*, le imprese operano in uno stesso ambiente, «il cui effetto è quello di far lavorare in stretta contiguità spaziale lavoratori dipendenti da datori di lavoro giuridicamente differenti, con quanto ne consegue in termini di difficoltà di discernere dove iniziano e dove finiscono le organizzazioni dell'uno o dell'altro datore»[123].

Alcuni esempi possono essere utili per meglio comprendere queste realtà. Una impresa proprietaria di un famoso marchio di prodotti di abbigliamento svolge tutte le attività connesse alla realizzazione e commercializzazione del prodotto. Nella propria sede operativa essa provvede alla ideazione dei nuovi modelli, alla realizzazione del *design* ed alla gestione dei flussi finanziari dell'impresa, utilizzando dipendenti addetti a queste funzioni. Sono esternalizzate ad altri soggetti attività importanti quali il *marketing* ed i rapporti con i distributori commerciali. L'impresa è anche manifatturiera, perché produce i capi di abbigliamento. Essa, tuttavia, non possiede neanche un reparto produttivo. La produzione è realizzata da imprenditori esterni con i quali sono stipulati contratti di appalto di opere e che realizzano vere e proprie forme di sub fornitura, ai sensi della l. 192/1998. Il fornitore è vincolato ad una serie dettagliata di obblighi che condizionano in modo penetrante la sua attività. Il committente impone prescrizioni assai puntuali che riguardano le varie fasi produttive («taglio», «confezione», «lavaggio e/o tintura», «ricamo», «stampa», «stiro e packaging»). Per ciascuna di esse l'appaltatore dovrà essere coerente «per stile e standard qualitativo» con il «campione di riferimento» approvato dalla committente e dovrà eseguire «le specifiche tecniche della scheda» che, per ogni fase, gli è stata fornita. La «scheda» contiene una minuziosa descrizione delle operazioni che debbono essere compiute, delle caratteristiche necessarie per essere coerenti con il modello e dei risultati tecnici e qualitativi che vanno conseguiti. La committente, inoltre, si riserva di dare «ulteriori istruzioni opportunamente documentate e specificatamente impartite … in seguito alle verifiche effettuate negli stabilimenti e/o laboratori del fornitore». A volte l'appaltante è in collegamento informatico con il fornitore, al quale trasmette istruzioni *on line* e controlla, tramite computer, le varie fasi della produzione. Il produttore è autorizzato, a sua volta, a servirsi di subappaltatori, che operano alle stesse condizioni contrattuali ed organizzative. La committente può esercitare controlli sui prodotti finiti (secondo una modalità tipica dell'appalto) e, se vi dovessero essere «dubbi e/o difficoltà in ordine alla esecuzione delle singole fasi di lavorazione, dovrà essere evitato l'avanzamento della produzione e richiesto immediatamente l'intervento del personale tecnico della (committente)»[124]. Nel contratto di appalto non si fa alcun espresso riferimento alle caratteristiche tecniche delle linee produttive. Tuttavia, per prassi consolidata, l'affidamento della fornitura è condizionato alla verifica della idoneità dei macchinari a soddisfare gli standards qualitativi richiesti dall'appaltante. Se l'efficienza delle linee di produzione non è quella richiesta, si impone all'appaltatore di adeguarsi ad essa con l'acquisto di nuove attrezzature o con la modifica di quelle esistenti e, se il fornitore non dispone delle risorse finanziarie, queste vengono finanziate dal committente (con scomputo graduale di esse dai crediti via via maturati dal produttore). L'appaltatore è obbligato a corrispondere i trattamenti retributivi previsti dalla contrattazione collettiva di settore ed a versare i relativi

---

[123] Carabelli, 2004, 78. Su queste forme di esternalizzazione si rinvia, per tutti, a De Luca Tamajo, 2002, 54 ss.; Id., 1999, 49 ss.

[124] Le frasi riportate nel testo sono contenute in contratti di appalto che, per ragioni di riservatezza, non possono essere citati espressamente con individuazione dei soggetti stipulanti. Lo stesso discorso vale per il contratto di *franchising* e per le altre tipologie contrattuali analizzate successivamente.

contributi previdenziali. Tuttavia, il fornitore non ha l'obbligo di applicare il ccnl per le imprese tessili firmato dai sindacati "storici" del settore, ma utilizza i contratti collettivi stipulati con organizzazioni sindacali scarsamente rappresentative a livello nazionale. In base agli accordi raggiunti, la retribuzione media per un operaio addetto alla produzione oscilla tra i 600/700 euro mensili per oltre 40 ore di lavoro settimanale.

In una importante fabbrica di automobili italiana, un'impresa di servizi logistici, dotata di proprie attrezzature ed equipaggiamenti, mette a disposizione squadre di «carrellisti» che riforniscono costantemente una «unità tecnologica» del committente e che operano all'interno della sua struttura produttiva. «Sebbene i membri della squadra siano formalmente dipendenti (dell'appaltatore), essi sono pienamente inseriti... nella sfera di coordinamento dell'imprenditore automobilistico: lo svolgimento delle loro prestazioni risponde pienamente, modulandosi 'in tempo reale', alle esigenze che si manifestano durante il montaggio delle autovetture (esigenze che vengono comunicate agli esecutori per il tramite di un loro superiore gerarchico formalmente dipendente dalla stessa impresa di servizi logistici)»[125]. Un imprenditore decide di esternalizzare il proprio reparto paghe e contributi. Individua, insieme ad un altro soggetto, un ramo di azienda, costituito da propri uomini, macchinari, attrezzature, *software* ecc. Quindi trasferisce la struttura produttiva ad un cessionario (lo stesso che ne ha definito, insieme al cedente, le caratteristiche tecniche ed organizzative). Stipula poi con questo imprenditore un contratto di appalto per la fornitura del servizio. I lavoratori non hanno mai cambiato luogo di lavoro e, con un altro datore, continueranno a lavorare nello stesso ambito spaziale e con le medesime apparecchiature e beni immateriali. Il committente comunica le proprie disposizioni sui contenuti e le modalità esecutive delle prestazioni ad un dipendente dell'appaltatore, che, senza variazioni sostanziali, le ritrasmette ai lavoratori. Questi ultimi sono totalmente integrati nella struttura dell'appaltante e, quali ex dipendenti, ne conoscono tutte le caratteristiche organizzative in relazione ai tempi, al coordinamento con il resto dell'impresa, agli standards di qualità richiesti e così via. Ai lavoratori, che svolgono mansioni identiche a quelle in precedenza effettuate, non viene applicato il ccnl industriale prima utilizzato dall'impresa committente, ma quello, per loro meno conveniente, del terziario. Quest'ultimo infatti, ai sensi dell'art. 2112 c.c., si sostituisce automaticamente a quello precedente, in assenza oltretutto della parità di trattamento con i dipendenti dell'appaltante.

Una impresa produttrice leader a livello nazionale crea una rete di distributori associati sull'intero territorio italiano. Il *franchisor* cede ai *franchisee* affiliati, previo corrispettivo, la disponibilità «di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale» (art. 1, l. 129/2004). In alcuni casi, il *franchisee* paga un "diritto di ingresso" che costituisce il corrispettivo per l'utilizzo dei marchi, del *know how* e della consulenza tecnica. L'affiliato, inoltre, corrisponde al *franchisor* delle *royalties* per l'assistenza continuativa e la cessione del diritto di immagine, con il pagamento di una somma fissa o di una percentuale sui prodotti acquistati o con un sovraprezzo. L'affiliato, oltre a garantire un quantitativo minimo di vendita, deve seguire specifiche istruzioni e condizioni contenute in un «manuale operativo». Le direttive condizionano in modo rilevante l'organizzazione del distributore, per quanto riguarda aspetti strutturali (insegne, dimensioni del locale, distribuzione ed utilizzazione degli spazi, allestimento della vetrina) ed anche in relazione ad attività operative ed alla gestione di

[125] Salento, 2006, 488.

beni immateriali (*know how*, diritti di autore, tenuta della contabilità e dei rapporti commerciali ecc.). Le istruzioni inoltre riguardano, in determinati casi, anche i requisiti professionali del personale dipendente (ad es. in relazione all'esperienza e capacità possedute), prescrivono l'abbigliamento che essi devono avere, predeterminano le spese di formazione professionale (a carico del *franchisor*) ed il tipo di relazioni che i lavoratori e l'affiliato devono tenere con la clientela[126].

I modelli organizzativi descritti, nei quali un soggetto imprenditoriale svolge una funzione economica «preminente» sugli altri, non sono l'unica forma di integrazione economica tra imprese. Ve ne sono altre basate su strutture meno gerarchiche e più cooperative. Tra queste, un particolare rilievo assumono i distretti industriali, caratterizzati da servizi ed infrastrutture comuni e, talvolta, dalla condivisone del *know how*[127]. Uno sviluppo ulteriore nel senso indicato è stato di recente introdotto dalla l. 9 aprile 2009, n. 33, che ha previsto la figura del «contratto di rete». Con questa tipologia negoziale «due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato». L'individuazione di un «programma di rete», delle «attività comuni poste a base» della stessa, la creazione di un «fondo patrimoniale» congiunto e di un «organo comune incaricato di eseguire il programma» (con poteri anche di rappresentanza) costituiscono i caratteri distintivi del nuovo contratto (art. 3, c. 4 ter). Anche se non è possibile escludere che si determinino rapporti gerarchici tra i partecipanti alla rete, la *joint venture* ipotizzata dalla legge sembra fondarsi su relazioni paritarie[128].

L'esame delle organizzazioni produttive «gerarchiche» integrate prima considerate sollecita alcune riflessioni. Si tratta, in primo luogo, di soggetti indipendenti dal punto di vista giuridico ed economico. Qui, in sostanza, non si è in presenza di pseudo imprenditori privi di apparati organizzativi, capitali ed attrezzature, ma di «vere» imprese. I fornitori dei prodotti o dei servizi molto spesso operano in regime di «monocommittenza» o lavorano, al più, per un numero assai ridotto di clienti. Tra committente e appaltatore, poi, si determinano rapporti stabili e destinati a perdurare nel tempo. Inoltre, l'integrazione organizzativa tra di essi è determinata anche dagli investimenti idiosincratici derivanti da tali relazioni[129]. L'appaltatore, ad esempio, investe nell'acquisto di attrezzature e macchinari che soddisfino gli standards richiesti dal committente. Egli, inoltre, utilizza risorse economiche per la formazione del proprio personale in modo da garantire la qualità dei beni e servizi da fornire e per l'adozione delle tecniche organizzative che favoriscano l'integrazione produttiva con il committente. Anche quest'ultimo, peraltro, realizza investimenti che sono finalizzati a migliorare la qualità del prodotto finale. Si va dalle specifiche produttive (di cui si è visto il contenuto dettagliato) a tutte quelle indicazioni e regole organizzative che servono ad assicurare la massima sinergia tra le due imprese in relazione ai tempi di consegna, alla qualità del bene e del servizio, ai controlli sull'attività e così via. Tutte queste risorse, inserite da entrambi gli imprenditori nelle proprie organizzazioni, non sono sempre facilmente riutilizzabili in diversi

---

[126] Sul *franchising* cfr., per tutti, Frignani, 1999; Id., 2004; Bortolotti, 2004; Dassi, 2006; Baldi, Venezia, 2008, 147 ss.; Sciarra, 1994, 491 ss. (in particolare 512 ss.); Rosboch, 2005, 12 ss. (gli ultimi due a. in particolare per i profili lavoristici).

[127] De Luca Tamajo, Perulli 2006, 14 -15. Cfr. anche Cafaggi, 2009, 1.

[128] Sul «contratto di rete» v. Cafaggi, 2009, 1 ss.

[129] Corazza, 2004, 86 ss.

contesti produttivi e determinano una situazione di "dipendenza organizzativa" più accentuata nell'appaltatore, ma che coinvolge anche il committente. Essa costituisce un incentivo ulteriore a consolidare il rapporto economico tra le imprese, per evitare i rischi derivanti dalla interruzione delle relazioni contrattuali e dalla conseguente perdita, totale o parziale, degli investimenti effettuati[130].

Si è giustamente sottolineato che in questi casi, tramite le relazioni contrattuali tra le imprese, «si può parlare di un modello intermedio tra gerarchia e mercato: vicino al mercato, perché si tratta di contratti stipulati tra imprese giuridicamente indipendenti; non distante dai meccanismi gerarchici in forza della dipendenza economica che si instaura tra le imprese»[131]. Anzi, si può affermare che, in queste situazioni, le strutture che svolgono con continuità un'attività di produzione di beni o di servizi o di distribuzione a favore di un'altra diventano un segmento della organizzazione produttiva del committente. L'impresa che fornisce i "carrellisti" nella produzione automobilistica, la società che gestisce "paghe e contributi" all'interno della struttura dell'ex datore di lavoro, l'appaltatore che realizza l'attività manifatturiera per una società specializzata nella moda sono veri e propri "reparti" delle committenti. Sia nei casi di esternalizzazioni *intra moenia*, sia in quelle esterne, i rapporti di integrazione organizzativa – anche grazie agli straordinari sviluppi delle tecnologie informatiche – sono assolutamente analoghi a quelli tipici di una struttura produttiva che, all'interno della impresa "verticale", realizza le medesime funzioni ed appartiene ad un unico imprenditore. Anzi, in alcuni casi, queste relazioni tra imprese sono addirittura più "stringenti" di quelle che intercorrono, ad esempio, tra la sede di una società ed uno stabilimento autonomo localizzato a parecchie centinaia di chilometri di distanza, che gode di una maggiore autonomia organizzativa. Senza dimenticare la completa omogeneità strutturale tra un esercizio commerciale gestito direttamente da una casa di produzione di moda su tutto il territorio nazionale - con propri dipendenti da essa direttamente assunti e con insegne, vetrine, rifornimento di merci e strutture organizzative analoghe - ed un altro punto vendita gestito da un *franchisee*. L'unica differenza è sul piano giuridico, perché in quest'ultimo caso, con il contratto commerciale di distribuzione, vi sono due soggetti giuridicamente indipendenti, mentre nell'altra situazione tutto è riconducibile allo stesso imprenditore[132].

La qualificazione sociologica ed economica del fenomeno analizzato può essere mutuata dagli studiosi di economia aziendale e con riferimento al gruppo di imprese. In tale contesto il gruppo viene definito come «un'impresa le cui unità economiche relative sono dotate di indipendenza giuridica»[133]. A me sembra che anche in questo caso vi sono gli elementi per giungere alla stessa conclusione. In base a precisi vincoli contrattuali ed organizzativi, si è determinata – dal punto di vista economico – un'impresa unitaria formata da diversi soggetti giuridicamente indipendenti che svolgono un'attività con fini di lucro realizzata con strutture imprenditoriali autonome ed integrate. Senza dimenticare, inoltre, che, anche sotto il profilo giuridico, «una medesima impresa

---

[130] Su questi aspetti v. Speziale, 2006, 41 ss.

[131] Corazza, 2004, 103. Conf. De Luca Tamajo, Perulli, 2006, 14; Barbera, 2009, 22; Sciarra, 1994, 511 (in relazione al *franchising*). Si veda anche Lo Faro, 2003, 57 ss.

[132] Si rinvia alle osservazioni di Rosboch (2005, 13 ss.), che sottolinea il grado di profonda integrazione organizzativa tra franchisee e franchisor pur in presenza della autonomia giuridica e di impresa dell'affiliato. Cfr. anche Sciarra, 1994, 509 ss.

[133] Azzini, 1975, 26.

(può) essere scomposta nelle sue diverse funzioni e (può) essere esercitata da una pluralità di imprenditori, ciascuno dei quali operante in una separata funzione imprenditoriale»[134].

In questo contesto, i lavoratori delle imprese fornitrici sono "terminali organizzativi" di quella del committente o dell'impresa affiliante. Questa situazione, che ha una sua evidenza anche dal punto di vista fisico e spaziale negli appalti interni ma che è propria anche di quelli svolti al di fuori del luogo geografico di produzione dell'imprenditore principale, deriva direttamente dai rapporti di integrazione prima descritti. Le prestazioni lavorative svolte alle dipendenze degli appaltatori e dei *franchisee* sono conformate, dal punto di vista organizzativo, dal committente o dal *franchisor*. Questo processo si verifica in modo espresso, come nel caso, ad esempio, delle disposizioni impartite dal committente ad un dipendente dell'appaltatore, che si limita a riportarle senza variazioni ai lavoratori coinvolti. Ma la conformazione delle attività lavorative può realizzarsi anche in modo implicito e per effetto della integrazione produttiva. Questo accade nelle attività svolte *intra moenia* dai carrellisti, dove il lavoro si modula «'in tempo reale', alle esigenze che si manifestano durante il montaggio delle autovetture»[135]. In questo caso i dipendenti dell'appaltatore sanno cosa devono fare anche senza esercizio del potere direttivo, perché sono le dinamiche produttive e le regole tecniche a predefinire l'attività da svolgere. E lo stesso può dirsi per le prestazioni compiute in collegamento informatico *on line*, ed eseguite in base a *software* che, pur in assenza di espresse disposizioni, predetermina il contenuto del lavoro. Tuttavia, anche nei casi in cui il rapporto di integrazione non è così stretto, le "specifiche tecniche ed organizzative" condizionano in modo penetrante la struttura produttiva del fornitore o del distributore e, di riflesso, le concrete modalità di svolgimento del lavoro. La direzione delle prestazioni, i tempi in cui esse sono svolte, i contenuti delle attività professionali non sono liberamente fissate dal datore di lavoro - fornitore, ma sono al contrario fortemente condizionate dai vincoli imposti dalle imprese clienti.

## 11. I profili giuridici dell'impresa integrata. Il collegamento negoziale

Le dinamiche organizzative analizzate si realizzano per mezzo di specifici strumenti giuridici e producono effetti rilevanti per il diritto.

Va in primo luogo rilevato che l'integrazione tra imprese è attuata per mezzo di contratti commerciali di vario tipo (appalto, *franchising*, contratti di distribuzione commerciale, somministrazione ecc.) che sono finalizzati a determinare rapporti stabili e duraturi. La teoria dei "contratti relazionali" ha da tempo studiato questo fenomeno che, oltre alla perduranza nel tempo, si caratterizza per "l'incompletezza" (ossia per l'impossibilità di definire in anticipo tutte le prestazioni che scaturiscono dai rapporti tra le parti). La creazione di relazioni contrattuali stabili consente di definire, all'interno di un unico contratto, le variabili che di volta in volta si presentano e che non sono prevedibili al momento della stipulazione. Ne deriva, a favore del committente o dell'impresa principale, una flessibilità assai accentuata dei fattori produttivi[136]. Si determina, inoltre, una "integrazione contrattuale" tra imprese che diventa uno strumento essenziale ai fini della

---

[134] Galgano, 2005, 30; Cass. 24.3.2003 n. 4274, cit a nt. 110.

[135] Salento, 2006, 488.

[136] Sui *Relational contracts* la bibliografia è sterminata. Si vedano, almeno, Macaulay 1963, 55 ss.; Macneil, 1974, 691 ss.; Id., 1978, 854 ss.; Id., 1980; Goetz, Scott. 1981, 1089 ss.; Collins, 1999 (in particolare 140 ss.); AA.VV., 2000, 737 ss. Per la dottrina italiana che ha approfondito questo tema v. Sciarra, 1994, 498 ss.; Lo Faro, 2003, 61 ss.; Corazza, 2004, 79 ss.

costituzione di un particolare assetto organizzativo. Nella *contractual integration* il contratto commerciale non dà vita ad una semplice relazione negoziale tra due soggetti ma crea un'organizzazione integrata, «che consente all'impresa di procurarsi i fattori della produzione» e «regola le condizioni e le modalità di utilizzo di tali fattori». Anche il lavoro è tra i fattori produttivi che vengono organizzati e ciò avviene «senza necessità di esercitare direttamente il potere direttivo sui lavoratori alle dipendenze dell'impresa decentrata, ma, piuttosto, attraverso l'esercizio di poteri gerarchici nei confronti di altre imprese»[137].

In questo contesto le prestazioni dei lavoratori del fornitore sono direttamente funzionali alla soddisfazione delle esigenze economiche del committente. Il contratto commerciale attua i suoi scopi anche per mezzo del collegamento negoziale tra il primo ed i contratti di lavoro dei dipendenti del fornitore. Questa relazione tra più contratti tra loro connessi è *un elemento costitutivo* per la realizzazione della integrazione organizzativa. In questa situazione, «*entrambi* gli imprenditori [hanno] un ruolo nel plasmare l'organizzazione: il collegamento negoziale realizza l'operazione economica, che determina il risultato, il quale a sua volta reagisce sul rapporto di lavoro e dà forma all'organizzazione»[138]. Il contratto di lavoro, nel suo svolgimento all'interno della struttura produttiva del datore, è fortemente condizionato dai profili organizzativi ad essa inerenti[139]. I poteri imprenditoriali sono certamente anche funzionali a coordinare il singolo adempimento alle esigenze della organizzazione[140]. Il rilievo dell'assetto organizzativo, d'altra parte, è espressamente codificato da disposizioni che legano l'esercizio di alcuni poteri alle necessità dell'impresa nel suo complesso (come nel caso del licenziamento o del trasferimento)[141]. Senza dimenticare la disciplina in materia di ambiente di lavoro (che è un aspetto essenziale dell'organizzazione) ed il riflesso che essa determina sul contratto. La stessa nozione di «interesse dell'impresa», depurata di qualsiasi connotato "comunitario" o "istituzionale", va intesa in senso soggettivo e «non come generico interesse del creditore all'esatto adempimento dell'obbligazione da parte del debitore, bensì come specifico interesse dell'imprenditore all'esercizio della propria attività di organizzazione del lavoro alle proprie dipendenze»[142]. In questo ambito, mi sembra corretto sostenere che è possibile identificare un «interesse organizzativo aziendale» alla cui realizzazione è finalizzato l'esercizio delle posizioni di potere attribuite all'imprenditore[143]. Quando tra le imprese si realizza una integrazione produttiva tale da attribuire a ciascuna di esse il ruolo di «parte» di un'unica

---

137 Corazza, 2004, rispettivamente 123 e 156.

138 Corazza, 2004, 251.

139 Secondo le diverse prospettazioni date dalla dottrina italiana (tra cui Mancini, Mengoni, Persiani) al rapporto tra contratto ed organizzazione. Per un'analisi delle varie teorie cfr. Liso, 1982, 30 ss. La questione è stata recentemente approfondita (con impostazioni diverse) da Carabelli, 2004, 8 ss. e Marazza, 2002.

140 Carabelli, 2004, 41 ss.; Chieco, 1996, 11 ss.; Perulli, 1992, 64 ss.; (tutti in relazione al potere direttivo); Vardaro, 1986, 17 ss.; Mancini, 1957, 23 ss.; Chieco, 1996, 222 ss. (con ulteriore bibliografia) per il potere disciplinare; F. Santoro Passarelli, 1973, 180; mengoni, 2000, 186; De Simone, 2007, 255 ss. Marazza (2009, 700) ritiene che, con il potere di organizzazione della prestazione «prende forma il pieno coordinamento del lavoro altrui alle esigenze dell'organizzazione».

141 Su tali aspetti v. Liso, 1982, 61 ss.; Perulli, 1992, 80; Carabelli, 2004, 40, 45.

142 Ghera, 2006a, 85. Su tale aspetto, cfr. anche Perulli, 1992, 79 ss. e Carabelli (2004, 47) che identifica l'interesse dell'impresa con «l'interesse organizzativo del datore di lavoro».

143 Corazza, 2004, 115 ss. Carabelli (2004, 43) parla di un «interesse organizzativo del lavoro», che «è perseguito dal datore di lavoro attraverso l'esercizio del potere direttivo».

struttura, senza dubbio l'interesse organizzativo aziendale è «*condiviso* da più imprese»[144]. Il collegamento negoziale è lo strumento che concretamente consente questa condivisione e che, ovviamente, influenza in modo particolare l'attività dei lavoratori. Inoltre, l'integrazione organizzativa realizzata con il collegamento tra contratto commerciale e contratti di lavoro interagisce anche sulla dinamica degli interessi sottesi ai negozi, con i contenuti che saranno successivamente esaminati.

Il rilievo del collegamento negoziale tra i contratti assume, come si vede, un valore fondamentale[145]. Questo istituto, risalente nel tempo, ha subito una evoluzione connessa anche al fatto che sono state introdotte specifiche norme che ne hanno tipizzato la rilevanza giuridica (oggi, in sostanza, il collegamento non è soltanto una costruzione teorica legata ad alcune tipologie contrattuali, ma ha un preciso riscontro nel diritto positivo basato su una pluralità di disposizioni)[146]. Nella sua impostazione tradizionale, il collegamento è stato preso in considerazione soltanto in relazione alle "patologie contrattuali", per cui il rapporto di interdipendenza fa si che «le vicende dell'uno debbono ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia...»[147], in relazione alla nullità, alla risoluzione per inadempimento o per impossibilità sopravvenuta e così via[148]. Tuttavia a questa prospettiva, sempre presente, si affianca oggi quella che considera il collegamento negoziale anche nella sua dimensione "fisiologica", quale regolamento concreto di interessi che influenza sia le vicende circolatorie (ad es. per quanto attiene alla cessione del contratto), sia il contenuto della complessa vicenda negoziale[149]. In tale ambito particolare rilievo assume l'art. 34 del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (c.d. «codice del consumo»), secondo il quale «la vessatorietà di una clausola è valutata… facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende». La disposizione (che riproduce l'art. 1469 *ter* c.c. oggi abrogato) è la chiara espressione del fatto che il collegamento determina una unitaria operazione contrattuale, che deve essere considerata in questa sua struttura globale anche ai fini della individuazione degli effetti che essa produce nella fase dell'adempimento dei contratti.

Il collegamento può operare sia nella fase genetica che in quella funzionale del rapporto ed è imposto dalla legge o è frutto della volontà delle parti. Esso è compatibile con contratti equiordinati, ma opera anche nel caso in cui uno dei contratti sia subordinato all'altro e non viceversa.

---

144 Corazza, 2004, 116.

145 Sui contratti collegati la bibliografia è vastissima. Si vedano, almeno, Giorgianni, 1937, 275 ss.; Gasperoni, 1955, 357 ss.; Scognamiglio, 1960, 375 ss.; Messineo, 1962, 48 ss.; Schizzerotto, 1983; Bianca, 1984, 454 ss.; Orlando Cascio, Argiroffi, 1988, 1 ss.; Sacco, 1993, 465 ss.; Lener, 1999; Colombo, 1999; Ferrando, 2000, 127 ss.; Roppo, 2001, 387 ss.; Addante, 2004, 1038 ss.; Perchinunno, 2005, 304 ss.; Barba, 2008, 25 ss.; M. Nuzzo, 2008, 1227 ss.; Galgano, 2009, 216 ss.

146 Si vedano, ad es., l'art. 42 del d.lgs. 6.09.2005 n. 206 in materia di credito al consumo; l'art. 77 del d.lgs. 206/2005 sulla risoluzione di diritto del contratto di concessione del credito. Sul contenuto di questi articoli v., per tutti, Ferrando, 2000, 137 ss. (che analizza le disposizioni previgenti, oggi abrogate e sostituite con altre identiche dal d.lgs. 206/2005); M. Nuzzo, 2008, 1232 ss.; Galgano, 2009, 221 ss.

147 Cass. 27.3.2007 n. 7524; Cass. 16.5.2003 n. 7640; Cass. 21.12.1999 n. 14372 e molte altre.

148 Su tali aspetti v. Giorgianni, 1937, 58, 77; Scognamiglio, 1960, 378; Messineo, 1962, 52 ss.; Orlando Cascio, Argiroffi, 1988, 1; Bianca, 1984, 457 ss.; Sacco, 1993, 467; Ferrando, 2000, 129; Addante, 2004, 1046 ss.; Perchinunno, 2005, 320 ss., 328; Barba, 2008, 57 ss.; M. Nuzzo, 2008, 1233 ss.; Galgano, 2009, 218.

149 Per un'analisi dei profili non "patologici" connessi al collegamento negoziale (tra cui la cessione del contratto) v. Addante, 2004, 1050 ss.

Può riguardare le medesime parti contrattuali o anche soggetti diversi. La dottrina e giurisprudenza più recenti sottolineano che il collegamento, che deve avere carattere non occasionale ma strutturale, deve essere desunto da elementi oggettivi, consistenti nella individuazione dell'assetto di interessi perseguito dalle parti e del programma unitario alla realizzazione del quale i diversi contratti sono coordinati[150]. Gli elementi indicati sono sicuramente tutti presenti nelle relazioni contrattuali «integrate» sopra esaminate.

Ai nostri fini, ciò che rileva è la struttura del collegamento negoziale, dove i contratti «nel loro insieme mirano ad attuare una unitaria e complessa operazione economica»[151], nella quale «l'accordo di collegamento rappresenta lo strumento per il quale distinte cause negoziali vengono preordinate alla realizzazione di uno scopo economico unitario»[152]. Il collegamento è stato considerato secondo prospettive diverse. In tale contesto si è detto che i contratti collegati realizzano «un unico contratto» e che esso è divisibile in «frammenti contrattuali», ciascuno dei quali «si presta a rivestirsi di una qualificazione in termini di 'tipo'» ed a cui si applicano le disposizioni previste dalla legge per ciascuno di essi. Si sostiene, inoltre, che «il frammento di contratto non ha una causa sua propria» e che essa, intesa come «gruppo di effetti», deve essere riferita al contratto unitariamente inteso[153]. Si è anche affermato che, nell'ambito della propria autonomia contrattuale, le parti possono «rendere fra loro collegati contratti altrimenti indipendenti». Oppure, possono «scomporre in più contratti una operazione economica altrimenti realizzabile mediante un unico contratto, dotato di una causa unitaria, tipica o atipica»[154]. In una prospettiva parzialmente diversa, si afferma che «il collegamento funzionale comporta l'unitarietà dell'interesse globalmente perseguito, ma ciò non esclude che tale interesse si è realizzato attraverso contratti diversi, che si caratterizzano con un interesse immediato, autonomamente identificabile, che è tuttavia strumentale o parziale rispetto all'interesse unitario perseguito attraverso l'insieme dei contratti. Nei contratti collegati deve pertanto identificarsi la causa parziale dei singoli contratti e la causa complessiva dell'operazione»[155]. La configurazione dei contratti collegati come un negozio unico rende difficile distinguere questa figura dal contratto misto, anche se è possibile tentare una soluzione del problema[156]. Comunque, la tesi della pluralità dei contratti tra loro integrati è quella prevalente[157].

---

[150] Le diverse caratteristiche descritte nel testo sono sottolineate, con diverse accentuazioni, dagli autori citati nella nt. 145 e da Lener, 1999, 18 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. 12.12.1995 n. 12733, *GC*, 1996, I, 2649; Cass. 27.3.2007 n. 7524, cit. a nt. 147; Cass. 25.11.2008 n. 28053; Cass. 10.7.2008 n. 18884 e le molte altre indicate da Pescatore, Ruperto, 2007, 1774 ss.

[151] Galgano, 2009, 216.

[152] E. Gabrielli, 1999, 52, a cui si rinvia per l'approfondimento della nozione di operazione economica.

[153] Sacco, 1993, 468; conf. Barba, 2008, 56 ss. Ma già Carnelutti, 1937, 458 – 459.

[154] Galgano, 2009, 223.

[155] Bianca, 1984, 457. Roppo (2001, 427) parla di «causa integrata».

[156] Si ha contratto misto quando le parti non collegano contratti con cause autonome per realizzare una operazione unitaria, ma "fondono" cause di diversi contratti in un negozio unico (sul contratto misto cfr., per tutti, Galgano, 2009, 216 ss.; Sacco, 1993, 428; Bianca, 1984, 450 ss., Orlando Cascio, Argiroffi, 1988, 4 ss.; M. Nuzzo, 2008, 1230 ss.; Barba, 2008, 52 ss.) Nel collegamento il contratto unico non esclude l'autonomia dei singoli contratti, sotto il profilo della disciplina e della causa, ed è l'effetto della interdipendenza tra essi, che crea una struttura contrattuale unitaria che si aggiunge a quella dei singoli negozi. Nel contratto misto, l'unicità nasce, per volontà delle parti, dalla combinazione e fusione di negozi diversi in un rapporto contrattuale unico.

[157] Si vedano gli a. citati nella nt. 145.

A mio giudizio, il livello di integrazione già descritto e realizzato con l'appalto o con altre tipologie negoziali è così forte da consentire di affermare che il contratto commerciale ed i rapporti di lavoro – dotati di cause e discipline autonome - sono in collegamento negoziale e danno vita o ad un unico contratto con una sola causa o ad un'unica operazione economica realizzata con diversi contratti con una causa complessiva che si aggiunge a quelle dei singoli negozi[158]. Il collegamento, inoltre, potrebbe esprimere la "scomposizione" in più parti di un'operazione economica unitaria. Questa ricostruzione del fenomeno non può non esercitare una influenza importante ai fini della individuazione dei soggetti a cui imputare i contratti di lavoro subordinato e degli effetti che da essi possono scaturire.

## 12. La tutela dei lavoratori nelle organizzazioni integrate e la codatorialità

Nei processi integrati di produzione o di distribuzione analizzati in precedenza vi possono essere riduzioni delle tutele dei lavoratori. Il fenomeno diventa evidente nei casi in cui, per mezzo del decentramento, si diminuiscono i livelli salariali in conseguenza dell'applicazione di diversi contratti collettivi, con situazioni che possono raggiungere condizioni di vero e proprio sfruttamento (come nel caso del settore tessile prima descritto). Inoltre, l'assenza della parità di trattamento quale criterio generale di disciplina delle esternalizzazioni (a parte l'ipotesi della somministrazione) incentiva la stipulazione di contratti commerciali giustificati principalmente della riduzione del costo del lavoro e, quindi, delle retribuzioni. Il decentramento *intra moenia* può determinare la totale equiparazione funzionale dei dipendenti del fornitore ai lavoratori dell'impresa cliente (con i quali si lavora in contatto costante), senza peraltro che i primi usufruiscano delle medesime tutele legali (ad esempio in tema di licenziamento) o sindacali, per mancanza dei necessari requisiti dimensionali dell'impresa. Inoltre, nel caso di contratti di sub fornitura in regime di monocommittenza o con pochi clienti, il dipendente, anche quando non vada incontro ai problemi prima descritti, può subire gli eventi connessi alla "debolezza economica" dell'impresa. In questo caso, infatti, l'interruzione del rapporto contrattuale può ridurre in modo drastico la stessa possibilità di sopravvivenza del proprio datore di lavoro, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Più in generale, si può dire che la segmentazione del processo produttivo determina un effetto paradossale. Nell'impresa tradizionale organizzata in senso "verticale", la relazione diretta con l'imprenditore assicura al dipendente una serie di diritti individuali e collettivi. Questi ultimi non sono sempre di uguale consistenza e sono modulati a seconda delle caratteristiche del datore di lavoro o delle dimensioni dell'impresa, ma sono comunque garantiti da discipline legali e dalla contrattazione collettiva. Le esternalizzazioni e l'integrazione contrattuale consentono all'impresa di avere la medesima sinergia organizzativa che scaturisce dalla concentrazione della produzione in un'unica "tecnostruttura" senza peraltro subire gli effetti che conseguono alla subordinazione. Questa situazione, oltre ad incentivare decentramenti finalizzati esclusivamente a ridurre costi diretti ed indiretti (con gli effetti negativi già analizzati), pone alcune questioni cruciali. Il diritto del lavoro ha lo scopo di tutelare la persona del lavoratore per impedire che la sua "gestione" quale fattore della produzione si traduca nella lesione di diritti fondamentali, oltre che per limitare e razionalizzare poteri finalizzati a soddisfare le esigenze organizzative delle imprese. In tale ambito poco importa che il fornitore sia un "imprenditore genuino" o che esistano reali

[158] Senza dimenticare che di «contratto unico» Sacco (1993, 468) parla a prescindere dal grado di integrazione dei contratti collegati e per effetto del collegamento in sé e per sé considerato.

rapporti commerciali che mettano in relazione imprese distinte. Lo "schermo" delle differenti personalità giuridiche e la effettività delle rispettive realtà imprenditoriali non escludono che, dal punto di vista degli interessi organizzativi, vi sia quella identità delle posizioni giuridiche dei lavoratori che rispecchia le medesime esigenze di protezione. Al contrario, l'impresa "orizzontale", organizzata con contratti commerciali, può frustrare queste finalità protettive nei confronti di lavoratori in condizioni del tutto analoghe, dal punto di vista della dipendenza economica ed organizzativa, rispetto a quelli assunti da un unico imprenditore. Il che, a ben vedere, pone delicati aspetti di eguaglianza sostanziale a cui il diritto del lavoro non può rimanere insensibile.

D'altra parte, i lavoratori coinvolti nei processi di decentramento e strettamente integrati con un'impresa principale vedono "affievolirsi" alcune tutele costituzionali. Queste ultime non sono completamente estromesse, perché collegate al rapporto di lavoro con il fornitore. Tuttavia, se essi fossero dipendenti del committente o del distributore, gli stessi diritti previsti dalla Costituzione potrebbero non essere esclusi (come accade nel caso in cui il decentramento si realizza con le imprese che non hanno i requisiti dimensionali minimi per l'organizzazione l'azione sindacale). Oppure, potrebbero avere contenuti più incisivi, perché esercitabili nei confronti di soggetti di ben altra consistenza economica (si pensi, da tale punto di vista, alla retribuzione sufficiente ed al diverso parametro costituito dal C.C.N.L. applicato dall'impresa principale rispetto a quello della fornitrice). Senza dimenticare, infine, il problema della eguaglianza sostanziale. È ragionevole, e giustifica quindi le differenze, ritenere che per il solo fatto di lavorare in un'impresa integrata e senza un diretto rapporto di subordinazione con l'imprenditore principale si abbia un trattamento economico e normativo inferiore a quello di cui si godrebbe con un contratto di lavoro subordinato con il datore di lavoro che promuove l'esternalizzazione? E questo in una realtà che vede i dipendenti del fornitore svolgere funzioni del tutto equivalenti a quelle che realizzerebbero in una relazione diretta con il committente o il distributore e nell'ambito di analoghi vincoli organizzativi. La libertà di iniziativa di cui all'art. 41 della Costituzione, che legittima il decentramento tramite contratti commerciali, è compatibile con questa differenza che lede in modo consistente l'art. 3 della legge fondamentale? Sono questioni molto complesse che, senza pretendere di fornire qui una risposta certa, non possono essere eluse.

A me sembra che la codatorialità possa essere una soluzione efficace per questi problemi. Pur con tutti i limiti che saranno successivamente analizzati, essa può costituire una risposta non solo alle forme di decentramento patologico, ma anche a quelle genuine per superare il fenomeno di "spiazzamento" delle tutele lavoristiche di cui si è già parlato (v. § 3). Da questo punto di vista, la diffusione della contitolarità formale e sostanziale del rapporto in importanti ordinamenti giuridici anche extraeuropei (cfr. § 4) è un segno di grande rilievo. La codatorialità, da me già analizzata come proposta di riforma[159], non è una tecnica inconciliabile con la subordinazione o uno strumento incompatibile con mercati globali e competitivi, ma costituisce, al contrario, una risposta già sperimentata per contrastare la "perdita di senso" del diritto del lavoro a fronte dei nuovi processi di segmentazione dei processi produttivi.

D'altra parte non va dimenticato che, oltre alla compatibilità tra l'art. 2094 c.c. e la presenza di più datori (v. § 5), nel nostro ordinamento sono presenti molteplici segnali che si muovono nella direzione di superare la tradizionale struttura del contratto di lavoro.

---

[159] Speziale, 2006, 37 ss., 56 ss.

Si pensi, ad esempio, alla materia della sicurezza, dove il datore è individuato a prescindere dalla natura, subordinata o meno, del contratto e la cui responsabilità è connessa al rapporto organizzativo con coloro che operano in collegamento funzionale con la struttura produttiva (cfr. § 5). Si consideri, poi, il rilievo che la legge attribuisce ad organizzazioni integrate, con la condivisione di obblighi giuridici e l'accollo di rischi che superano i confini tradizionali dei rispettivi ambiti contrattuali e si legano alla connessione tra interessi giuridici distinti e collegati. Non va dimenticata, inoltre, la non necessaria identità tra datore di lavoro ed esclusivo creditore di opere o utilizzatore della prestazione, che è oggi tipizzata in alcuni specifici istituti giuridici. Oppure la creazione di contratti di lavoro subordinato senza l'esercizio del potere direttivo da parte del datore di lavoro.

Tutti gli elementi indicati dimostrano che il diritto del lavoro ha già modificato alcuni caratteri costitutivi che sono tipici della sua storia. Si tratta, adesso, di verificare se la codatorialità é concettualmente ipotizzabile nell'ambito di imprese integrate. In definitiva, occorre comprendere se, sul piano del diritto, è possibile attribuire a soggetti estranei ai rapporti di lavoro la titolarità formale e sostanziale del contratto. Nell'ipotesi di integrazione organizzativa prima analizzate i lavoratori dell'impresa fornitrice operano in condizioni di "dipendenza" ed "inserimento" in un'unica struttura imprenditoriale e sono in una situazione di "subordinazione di fatto" nei riguardi anche dell'impresa che promuove il decentramento e la rete. Bisogna verificare, adesso, se a questa realtà possa corrispondere, dal punto di vista giuridico, la codatorialità.

## 13. La prospettiva civilistica: la codatorialità deriva dal collegamento negoziale

Una prima opzione teorica può essere fondata sui principi civilistici in tema di collegamento negoziale. Si è già visto (§ 11) che, secondo alcune autorevoli interpretazioni, un'unica operazione economica può essere realizzata mediante più negozi, che creano «un unico contratto» dotato di una causa unitaria o di una «causa complessiva» che si distingue da quelle dei singoli vincoli negoziali[160]. I contratti o i «frammenti contrattuali» mantengono una loro individualità (con applicazione delle relative discipline giuridiche), ma ad essi deve poi essere applicate anche le regole – individuate dalla legge o dalle parti – che sono proprie del diverso programma negoziale che esse stesse hanno definito. Queste regole, infatti, che si aggiungono a quelle proprie di ogni singolo contratto, esprimono la sostanza di quel programma unitario alla cui realizzazione è finalizzato il collegamento.

Il carattere unitario (o complesso) della causa determina una sorta di compenetrazione degli effetti legali previsti dalle due tipologie contrattuali, anche se esse restano formalmente autonome. Questa interrelazione così stringente determina la traslazione degli effetti legali di un contratto anche sull'altro regolamento contrattuale, con conseguente trasferimento della disciplina legale della subordinazione in capo al contraente che ha la veste di imprenditore principale. D'altra parte, se è unica la causa «complessiva» o «unitaria», da essa deve scaturire una disciplina giuri-

[160] Nella dottrina francese si è parlato di un insieme di contratti caratterizzati da uno scopo comune, con una causa unica ed indivisibile. In questo caso, il "gruppo" di accordi determina una "attrazione" nei confronti del contratto principale e crea rapporti anche tra soggetti che non hanno un legame negoziale diretto (Teyssie,1975).

dica che sia la combinazione delle singole regole che fanno capo ad ogni negozio e che corrispondano alla nuova «funzione economico sociale» o «ragione pratica» che le parti hanno creato[161]. Non va dimenticato, infatti, che la causa costituisce uno dei principali (secondo alcuni l'unico) fattore di individuazione degli effetti legali del contratto[162].

La combinazione delle specifiche regole di ogni contratto e la finalità ulteriore a cui l'operazione di collegamento è finalizzata (la causa unitaria o complessa, consistente nel garantire all'impresa principale prestazioni lavorative costanti nel tempo che soddisfano suoi specifici interessi giuridici) determinano dunque la imputazione degli effetti legali dei contratti di lavoro anche in capo al committente o al distributore. Inoltre, la tutela costituzionale e comunitaria del lavoro, la posizione del lavoratore quale contraente debole ed il carattere inderogabile della disciplina lavoristica impediscono che le regole giuridiche (di fonte legale o contrattuale) del contratto commerciale possano incidere sulla disciplina dei rapporti di lavoro. Questa "impermeabilità" degli effetti giuridici è d'altra parte espressamente prevista nella somministrazione, che costituisce la più importante forma di collegamento negoziale tipizzata dall'ordinamento (v. § 7) e che conferma quindi l'interpretazione qui proposta.

Il collegamento tra il contratto commerciale e quelli di lavoro, con la creazione di un interesse organizzativo aziendale condiviso, incide anche sugli interessi giuridici ad essi sottesi. Le prestazioni dei dipendenti dell'appaltatore non soddisfano soltanto l'interesse del datore di lavoro, secondo la tradizionale struttura che vede nel titolare del contratto anche il creditore di opere. I lavoratori dell'impresa fornitrice sono un terminale organizzativo costante dell'imprenditore principale, che garantisce nel tempo un flusso produttivo o distributivo continuato e consente la realizzazione dei suoi fini di impresa. I lavoratori, dunque, con le proprie prestazioni realizzano anche un interesse specifico del committente o dell'affiliante al ricevimento della attività ed alla sua costante organizzazione. Questo interesse, che è distinto da quello al risultato finale (l'opera o il servizio) che è tipico del contratto commerciale, con il collegamento negoziale penetra nei rapporti contrattuali tra le imprese e diventa parte integrante di essi.

La traslazione degli effetti e la compenetrazione degli interessi non si verificano in conseguenza del solo collegamento negoziale. Occorre anche un requisito ulteriore: le prestazioni lavorative devono essere destinate a soddisfare in via esclusiva o rilevante gli interessi economici ed organizzativi del committente o del distributore (come accade nel caso della subfornitura a favore di un solo soggetto o nei contratti di distribuzione commerciale in regime di esclusiva). Questa esclusività o rilevanza presuppone che i lavoratori interessati dedichino tutto il loro tempo di lavoro, o una quantità consistente di esso, alla effettuazione delle prestazioni funzionali alle esigenze pro-

---

[161] La prima definizione di causa, che risale a Betti, è quella prevalente in dottrina e giurisprudenza (ed è accolta da Galgano, 2009, 206 ss.). La seconda è espressa da Bianca, 1984, 419 ss. e richiama quella di «funzione economico – individuale» di G. B. Ferri, 1966, 256. Per una analisi delle diverse teorie intorno alla causa cfr., oltre a questi autori, Alpa, 1999, 483 ss.

[162] La tesi della causa come fattore esclusivo di individuazione del tipo legale (e di applicazione della relativa disciplina giuridica) è espressa, ad esempio, da Betti, 1960, 171 ss.; G. B. Ferri, 1966, 249 ss.; Cataudella, 1998, 141 ss. e 259 ss.; Bianca, 1984, 447 ss; E. Gabrielli, 1999, 42. Al contrario secondo altri autori il tipo va identificato in base ad una pluralità di elementi e non solo con la causa (De Nova, 1974, 59 ss., 111; Costanza, 1981, 185 ss.; Sacco, 1993, 435 ss.; Beduschi, 1986, 358 ss.). Il che non esclude, peraltro, che, a mio giudizio, la causa sia tra gli elementi da considerare.

duttive dell'impresa principale. Soltanto in queste ipotesi, infatti, il rapporto di integrazione contrattuale raggiunge quel livello qualitativo e quantitativo che consente di parlare di una «causa unica» o «complessiva» che giustifica un'operazione economica unitaria, gestita con un solo contratto o con più contratti e che produce le conseguenze giuridiche prima analizzate. In sostanza, solo in queste condizioni, la volontà delle parti crea quel grado di integrazione che permette di configurare un'unica operazione economica che persegue un interesse unitario. La volontà dei contraenti di realizzare, tramite il collegamento, un «fine ulteriore» oltre a quelli connessi ai singoli contratti («intento soggettivo») è, secondo un indirizzo giurisprudenziale, un elemento essenziale dell'istituto[163]. Questa intenzione, peraltro, può essere espressa in «forma tacita»[164] o risultare da presunzioni[165]. Può anche essere desunta da «indici obiettivi» collegati alle caratteristiche intrinseche dei contratti[166] ed alla «unitarietà dell'interesse globalmente perseguito» piuttosto che in rapporto «all'elemento soggettivo»[167]. Mi sembra che, quando il collegamento abbia le caratteristiche sopra descritte, la volontà di tutti i contraenti (inclusi i lavoratori) di realizzare tale interesse unitario sia indiscutibile e sia oggettivamente ricavabile dal tipo di operazione effettuata[168]. Quando, al contrario, questi requisiti sono assenti, il collegamento negoziale, pur potendo esprimere l'unitarietà dell'operazione economica, non raggiungerà, dal punto di vista lavoristico, l'obiettivo di determinare la traslazione degli effetti sopra descritta. In questo caso, infatti, il contratto sarà «unico» o «complesso» solo a fini civilistici (in relazione ai profili di contenuto, validità, efficacia ecc.) (v. § 11) ma non anche in relazione ai rapporti di lavoro.

Ovviamente, l'ipotesi descritta si attaglia soprattutto alle ipotesi di monocommittenza. Tuttavia, essa non è esclusa dal fatto che vi sia più di una impresa principale. La codatorialità potrà diventare pluridatorialità nelle ipotesi in cui – in presenza delle altre condizioni – sia possibile identificare il tempo di lavoro dedicato in proporzione a ciascun imprenditore, come nel caso di prestazioni realizzate soltanto nei confronti di due soggetti e per l'intero arco della giornata lavorativa (perché qui il 50% del lavoro è rivolto esclusivamente ad ognuno di essi). Soltanto nelle situazioni dove il fornitore lavori contemporaneamente per una pluralità di imprese mancherà il rapporto di integrazione organizzativa che, come si è visto, è il presupposto della contitolarità del contratto di lavoro.

Quando sono presenti le condizioni descritte, anche se il rapporto di lavoro rimane in capo al fornitore, l'impresa principale si vedrà imputare i contratti quale vero e proprio codatore che si aggiunge al primo, con l'applicazione delle relative discipline giuridiche e secondo le modalità che saranno analizzate.

---

[163] Cass. 16.3.2006 n. 5851 e le altre indicate da Pescatore, Ruperto, 2007, 1774. In dottrina, v. Barba, 2008, 45 ss.; M. Nuzzo, 2008, 1232 ss.

[164] Cass. 23.6.2003 n. 9970; Cass. 27.1.1997 n. 827; Cass. 4.9.1996 n. 8070 e molte altre.

[165] Cass. 4.9.1996 n. 8070; Galgano, 2009, 219.

[166] Addante, 2004, 1045; Lener, 1999, 18.

[167] Cass. 12.12.1995 n. 12733, cit. a nt. 150. La svalutazione dell'elemento soggettivo è sostenuta anche da parte della dottrina: v. Barba, 2008, 45 ss. (a cui si rinvia per la bibliografia).

[168] D'altra parte, in relazione al profilo della volontà individuale, i dipendenti del fornitore sanno di lavorare esclusivamente (o in misura rilevante) per un'impresa principale. Questa consapevolezza e la continuità nel tempo del lavoro esprimono «l'intento soggettivo» di essere parte integrante dell'organizzazione del committente o del distributore e manifestano la volontà di realizzare quella finalità «ulteriore» perseguita dal collegamento tra contratto commerciale e contratti di lavoro.

## 14. La prospettiva lavoristica: la contitolarità del contratto di lavoro e la subordinazione nell'impresa integrata

La teoria del collegamento negoziale non è la sola che può giustificare la contitolarità del contratto di lavoro. Anche la qualificazione dell'impresa principale come datore di lavoro ai sensi dell'art. 2094 c.c. può condurre al medesimo risultato. In questo caso, dunque, la codatorialità scaturirebbe dai principi propri del diritto del lavoro.

Per verificare l'attendibilità di questa prospettiva è opportuno rinviare alle caratteristiche organizzative che sono tipiche dell'impresa integrata. Esse, come si è visto, determinano un rapporto di compenetrazione tra strutture produttive tale da trasformare l'attività del fornitore in un segmento di quella principale (una sorta di "reparto decentrato") e da attribuire ai lavoratori del primo il ruolo di dipendenti "di fatto" dell'impresa che promuove il decentramento, nell'ambito di un'impresa unitaria che condivide interessi organizzativi (cfr. § 10 e 11).

Occorre verificare se i caratteri descritti sono tali da consentire di affermare che il committente (o l'imprenditore principale) è un datore di lavoro. Ovviamente, in questa sede non è possibile ripercorrere il dibattito sulla subordinazione, sulla sua "crisi" e sulla inidoneità della disposizione chiave del codice civile a cogliere i mutamenti epocali che contrassegnano il lavoro subordinato. Tuttavia, proprio i cambiamenti radicali del quadro di riferimento produttivo a cui l'art. 2094 si ispira hanno sollecitato altre qualificazioni della subordinazione. E, in questo contesto, le produzioni "flessibili ed integrate" (tipiche del post fordismo) hanno certamente contribuito a queste nuove elaborazioni concettuali.

In tale ambito si è affermato che «accanto al modello tradizionale (di stampo taylorista – fordista) della subordinazione eterodirezione, caratterizzato da una divisione gerarchica e parcellizzata del lavoro, si avverte l'importanza di un modello organizzativo diverso, quello della subordinazione coordinamento, che si può definire flessibile perché caratterizzato dalla sottoposizione del lavoratore al mero controllo sul risultato finale, quantitativo qualitativo, della prestazione (e, non invece, sul modo di eseguire un determinato compito); e, in definitiva, compatibile con un livello anche elevato di autoregolazione o, come si è detto, di autonomia nella subordinazione»[169]. In questi casi, «la prestazione, ancorché autoregolata, è pur sempre organizzata a rischio dell'imprenditore e la subordinazione si presenta nella sua espressione minima (cioè come semplice dipendenza o vincolo di disponibilità continuativa al controllo del creditore)»[170]. Molte delle forme di integrazione contrattuale in precedenza esaminate prevedono – quale clausola espressamente pattuita - che il committente possa esercitare «ispezioni» presso l'azienda del fornitore per verificare la loro conformità alle «specifiche tecniche», e, qualora vi siano difficoltà «in ordine alla esecuzione delle singole fasi di lavorazione», si dovrà sospendere la produzione e intervenire per modificarla. Questo potere di verifica è indubbiamente tipico anche dell'appalto[171]. Tuttavia è evidente che, per le modalità pattuite, in questi casi l'impresa cliente si sia riservata un potere

---

[169] Ghera, 2006b, 133 – 134.

[170] Ghera, 2006b, 134. Ma cfr. già Carabelli, 2004, 62 – 63.

[171] In questo contratto, infatti, ai sensi dell'art. 1662 c.c., è possibile esercitare verifiche e controlli nel corso dell'esecuzione dell'opera ed è previsto, in caso di inadempimento, che il committente diffidi l'appaltatore a conformarsi alle condizioni contrattuali, pena altrimenti la risoluzione del contratto (cfr., per tutti, Rubino, Iudica, 1992, 280 ss.).

contrattuale di controllo sulla quantità e qualità delle singole prestazioni che è del tutto analogo a quello svolto da un normale datore di lavoro[172]. Pertanto, secondo la teoria sopra descritta – ed anche alla luce degli altri elementi di integrazione organizzativa già analizzati – nessun dubbio dovrebbe sussistere sul fatto che il committente è contitolare dei contratti di lavoro.

Ad analoghi risultati si perviene se si accettano le tesi della subordinazione come «dipendenza» o «inserimento» in una struttura produttiva da altri organizzata[173]. Tra queste, va ricordata l'interpretazione secondo la quale «è lavoratore subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a eseguire personalmente e continuativamente (durevolmente) un'attività professionale…nell'organizzazione predisposta e diretta dal datore di lavoro»[174]. Sono stati già sottolineati il carattere integrato delle strutture produttive con le quali si realizza il decentramento ed il forte condizionamento organizzativo esercitato dall'impresa principale su quelle collegate, che si manifesta anche in vincoli specifici sulle modalità esecutive delle prestazioni (in relazione, ad esempio, alle regole tecniche da seguire). In queste condizioni, i lavoratori del fornitore sono «dipendenti» o «inseriti» nell'organizzazione integrata che fa capo anche al committente o distributore, che diventa un vero e proprio datore di lavoro.

La codatorialità, peraltro, scaturisce anche dalla teoria della subordinazione come «doppia alienità». Questa tesi, già sostenuta in molti studi[175] è stata formalizzata dalla Corte Costituzionale in una famosa sentenza del 1996 (12.2.96 n. 30), il cui relatore era uno studioso che, a livello teorico, si era già espresso in tal senso[176]. In essa si afferma che la subordinazione «è determinata dal concorso di due condizioni che negli altri casi non si trovano mai congiunte: l'alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e l'alienità dell'organizzazione produttiva in cui si inserisce»[177]. L'interpretazione è stata recentemente ribadita anche alla luce di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2094 c.c.[178]. Si afferma, in sostanza, che «datore di lavoro è 'l'effettivo utilizzatore delle prestazioni di lavoro altrui', e cioè colui il quale trae di fatto giovamento, all'interno della propria organizzazione produttiva, della messa a disposizione delle energie altrui»[179]. In presenza di un'impresa unica segmentata in diversi imprenditori e dove i lavoratori sono i terminali produttivi dell'impresa principale, non vi è dubbio che quest'ultima sarebbe un datore di lavoro a tutti gli effetti.

Le teorie descritte hanno un riscontro anche nella prospettiva comparata. In Francia, ad esempio, si parla di «integrazione in un servizio organizzato», con una nozione, di origine giurisprudenziale,

---

[172] Infatti, le clausole inserite dalle parti consentono al committente di bloccare la produzione e di chiedere immediatamente di variare le lavorazioni secondo le specifiche del personale tecnico dell'appaltante (che può intervenire direttamente sulla produzione), in modo simile ad un capo reparto nei confronti dei dipendenti.

[173] Greco, 1939, 53 ss.; Romagnoli, 1967, 189 ss.; Mengoni, 1971, 42; Marazza, 2002, 48 ss.

[174] Napoli, 1995, 1136.

[175] Romagnoli, 1967, 189 ss., 197; Mengoni, 1971, 42; Mazziotti, 1974, 70 ss.; Mariucci, 1979, 89 - 90; Mazzotta, 1979, 263 ss., 324 – 325.

[176] Mengoni, 1971, 42. Le parole usate da Mengoni nella sentenza sono identiche a quelle espresse nel lavoro del 1971.

[177] C. Cost. 12.2.1996 n. 30, *NGL*, 504. Di recente, in senso analogo, Cass. 16.1.2007. n. 820, *RGL*, 2007, II, 654 ss.

[178] Roccella, 2007, 131 ss.; Id., 2008, 1 ss. Questa interpretazione è confermata anche da Mazzotta, 2008, 53 ss.; Perulli, 2007a, 16; Scognamiglio, 2000, 83 ss.

[179] Mazzotta, 2008, 59.

nella quale il lavoratore è alle dipendenze di una organizzazione prima ancora che di un datore che esercita il potere direttivo[180].

La questione potrebbe porsi in modo del tutto differente se, al contrario delle tesi esaminate, si considerasse la eterodirezione il requisito fondamentale che caratterizza la subordinazione. E questo soprattutto se si accoglie l'interpretazione secondo la quale il rapporto di lavoro presuppone direttive specifiche e puntuali sulle modalità intrinseche di svolgimento dell'attività. Sulla centralità dell'eterodirezione e sulla sua "crisi" come elemento di qualificazione del contratto si tornerà in seguito (§ 15). Non vi è dubbio che, ad una prima analisi (peraltro, come si vedrà, non decisiva), la codatorialità dovrebbe essere esclusa nelle situazioni di impresa integrata già esaminate.

A me sembra, tuttavia, che una soluzione al problema possa essere trovata in base alle acquisizioni interpretative enucleate dalla teoria generale del diritto e dallo stesso dibattito sulla subordinazione.

La ricostruzione di una fattispecie normativa non può confondersi con la realtà sociale che ne costituisce il presupposto fattuale indispensabile, ma non deve neanche chiudersi in una «logica interna» autosufficiente, che prescinda da essa[181]. Infatti, «ogni norma si esprime in parole e si riferisce ad una fattispecie. Perciò l'interprete continuamente costruisce una tipologia della realtà sociale in funzione dell'applicazione della norma... Alla *regola juris* che meramente riassume una normativa possiamo così contrapporre l'ordinamento tipologico della realtà in funzione dell'applicazione delle norme, ordinamento indipendentemente dal quale le norme non potrebbero essere interpretate ed applicate»[182]. In tale ambito, si è detto che «la subordinazione appartiene al genere dei concetti giuridici indeterminati per la cui concretizzazione il giudice (o l'interprete) è dal legislatore rinviato a tipi o modelli di comportamento e di valutazione sociale»[183]. A mio giudizio l'art. 2094 é la "fotografia" di una specifica struttura produttiva (il lavoro nell'impresa fordista). Tuttavia, il mutamento della realtà sociale di riferimento rende indispensabile una "rilettura" della disposizione che consenta di "catturare" le forme con le quali la subordinazione si esprime in un mutato contesto di organizzazione della produzione[184].

Questo processo di "adattamento" è particolarmente problematico se si adotta il metodo sussuntivo, il quale presuppone che le caratteristiche tipiche del caso concreto siano tutte presenti nella fattispecie astratta[185]. La sussunzione è stata accusata di "rigidità", perché la realtà concreta a cui deve essere applicata, molto tempo dopo, la regola giuridica può essere sostanzialmente diversa da quella originaria per la quale la disposizione è stata emanata. E si è detto che «non a

---

180 Supiot, 2000a, 131 ss.

181 Ascarelli, 1959, 51.

182 Ascarelli, 1959, 156.

183 Ghera, 2006b, 154.

184 In questo modo si determina quel fenomeno di ricongiunzione tra disposizioni giuridica e realtà sociale a cui fa riferimento Ascarelli (cit. nelle note precedenti).

185 D'Antona, 1995, 81; Nogler, 2000, 465; Id., 2002, 138.

caso il problema della qualificazione dei rapporti di lavoro è vigorosamente emerso con il passaggio dalla società industriale alla società post industriale»[186]. Una valida alternativa è costituita dal metodo tipologico[187]. In questo caso «non è necessario che sussistano sempre e comunque tutti gli elementi costitutivi della fattispecie…ma si deve invece fare riferimento all'intensità che ciascun tratto peculiare presenta nel caso specifico». In questo modo, oltre a superare le rigidità della sussunzione, «é possibile valutare con maggiore apertura la situazione di fatto tanto da riconoscere la subordinazione anche in assenza di alcuni caratteri delineati dall'enunciato normativo»[188]. Le critiche sull'eccessivo soggettivismo dell'interprete connesso a questo metodo[189] possono essere in primo luogo confutate ricordando che questa discrezionalità è propria anche della sussunzione nella fase di individuazione degli elementi sociali tipici di riferimento e degli indici normativi con i quali i primi devono coincidere[190]. Inoltre, come si vedrà, vi è una variante del metodo tipologico che riduce il margine di arbitrarietà connesso al giudizio dell'interprete.

Da tempo si è rilevato che la subordinazione si svolge con modalità diverse che mutano a seconda dei diversi contesti organizzativi in cui si effettua la prestazione lavorativa[191]. E tale consapevolezza è alla base della stessa giurisprudenza che «ha elaborato una nozione non solo articolata ma altresì plurale della subordinazione. Ed infatti, la pluralità dei modelli o tipi sociali della subordinazione è espressione della pluralità dei modi di lavorare e perciò, oggi soprattutto, della diffusione di forme di lavoro flessibile»[192]. La «storicità» dell'art. 2094 (legato ad una realtà produttiva molto diversa) e la flessibilità dei nuovi modi di produrre e lavorare rendono del tutto attuale l'adozione del metodo tipologico. Tuttavia, per ridurre gli ambiti di arbitrarietà nella selezione degli elementi di qualificazione, che sono a fondamento delle critiche che spesso gli sono state rivolte, è opportuno utilizzare la sua variante «funzionale»[193]. In base a questa interpretazione il «tipo» è «la figura capace di esprimere in modo unitario una realtà complessa, in virtù delle relazioni fondamentali (funzioni) intercorrenti tra i vari elementi che la compongono. Lo schema non viene più contrassegnato dalla semplice presenza di singoli elementi, ma dallo specifico ruolo che essi svolgono rispetto al contesto, sottolineando che anche elementi diversi possono svolgere la medesima funzione, o viceversa, che elementi identici possono svolgere funzioni diverse, a seconda del modo in cui sono correlati tra loro». Si tratta di valutare, in altre parole, la «incidenza che ciascun elemento del caso presenta rispetto agli altri, (e la) sua idoneità o meno a realizzare, congiuntamente agli altri, la funzione considerata (cosiddetto giudizio di sintesi)», anche perché «le caratteristiche dei casi possono variare e ciò nonostante individuare sempre lo stesso schema, se insieme svolgono la medesima funzione (cosiddetto principio di equivalenza)»[194].

---

[186] Nogler, 2000, 465; conf. D'Antona, 1995, 81. La validità del metodo sussuntivo è stata recentemente ribadita da Proia, 1997, 5 ss.; Id., 2002, 87 ss., in una prospettiva più attuale che ne esclude la rigidità metodologica.

[187] De Nova, 1974; Beduschi, 1984. Id,, 1986, 351 ss. Per l'analisi del metodo tipologico e per il suo accoglimento da parte della dottrina italiana v., per tutti, Nogler, 2002, 110 ss., 133 ss.

[188] Entrambe le citazioni in Perulli 2007a, 21; conf. D'Antona, 1995, 80. Critiche all'utilizzazione del metodo tipologico nel Diritto del lavoro sono state espresse da Mengoni, 1986, 5 ss. (part. 15) e più recentemente da Proia (cit. a nt. 186).

[189] Proia, 2002, 97; Persiani, 2005, 8; Marimpietri, 2009, 50.

[190] Infatti, «anche l'interprete che applica il metodo sillogistico-sussuntivo opera una valutazione, dovendo egli procedere, comunque, attraverso una fase necessaria di selezione degli aspetti del caso concreto rilevanti ai fini della qualificazione..» (Proia, 2002, 89).

[191] Spagnuolo Vigorita, 1967, 136 ss.; Nogler, 1990, 192.

[192] Ghera, 2006b, 136.

[193] Beduschi, 1984; Id., 1986, 351 ss.

[194] Nogler 2002, 145. A questo a. si deve lo sviluppo e la concretizzazione, nel Diritto del lavoro, della teoria di Beduschi.

L'applicazione di questa teoria alle ipotesi di impresa integrata consente di affermare che in questi casi il vincolo di subordinazione si costituisce in capo all'imprenditore principale anche se egli non esercita direttamente il potere di direzione del lavoro. Un primo elemento sintomatico - che svolge un ruolo importante nel giudizio di equivalenza - è rinvenibile nella stessa legge. Nelle nuove tipologie contrattuali che segnano la scissione tra titolarità del contratto e utilizzazione del lavoro, la normativa attribuisce la qualifica di datore di lavoro anche in assenza della eterodirezione (§ 7). Questa novità è particolarmente significativa se si considera che somministrazione e distacco sono forme tipiche di rapporti integrati tra soggetti imprenditoriali e per la realizzazione di "interessi condivisi" (§§ 7 e 11). Una situazione questa del tutto analoga a quelle che si stanno esaminando. L'ordinamento, dunque, fa capire che - nelle ipotesi di integrazione tra imprese - l'esercizio del potere direttivo non connota la subordinazione, la cui sussistenza può essere desunta anche da altri elementi che caratterizzano il tipo e svolgano la medesima funzione.

In tale contesto, valore determinante assumono la continuità nel tempo dell'esecuzione della prestazione, la sua etero organizzazione, la estraneità del lavoro sia al risultato complessivo della produzione che alla organizzazione imprenditoriale. Questi caratteri specifici dell'impresa integrata sono stati già ampiamente illustrati. Si è già visto che la struttura produttiva del fornitore è fortemente coordinata e condizionata da specifiche tecniche ed organizzative che la conformano e la connettono a quella dell'impresa principale, tanto da diventare un vero e proprio settore di quest'ultima. In alcuni casi, la contiguità spaziale tra le due organizzazioni comporta una relazione "ad incastro" tra le stesse, con una completa modulazione dell'impresa fornitrice alla soddisfazione - in tempo reale - delle esigenze produttive del committente. I lavoratori – nei rapporti di integrazione produttiva esaminati - diventano così terminali organizzativi dell'impresa principale, con una situazione del tutto analoga a quella che essi avrebbero se fossero direttamente assunti dalla prima, sia per il ruolo svolto nel contesto organizzativo, sia per il condizionamento che tale contesto esercita sulle concrete modalità di esecuzione del lavoro. Mi sembra che, pur in assenza del potere direttivo, gli elementi presenti siano tali da realizzare una "equivalenza funzionale" con le prestazioni svolte nell'ambito di un rapporto diretto di subordinazione.

Tuttavia, anche in questa ipotesi le caratteristiche di integrazione produttiva sopra descritte non sono sufficienti a configurare una codatorialità. Perché questa qualificazione sussista, è necessario che i lavoratori eseguano prestazioni destinate a soddisfare in via esclusiva o rilevante gli interessi dell'impresa principale, secondo le condizioni già analizzate in precedenza (§ 13). Soltanto in questi casi, infatti, il rapporto di integrazione tra gli imprenditori ha la necessaria intensità qualitativa e quantitativa, in relazione al tempo – ed alla entità di lavoro svolto – destinati a soddisfare le esigenze produttive del committente. Ed è proprio questa esclusività o rilevanza che realizza le condizioni di etero organizzazione, con la connessa continuità e disponibilità funzionale della prestazione, che sono necessarie per la sussistenza della subordinazione.

Mi sembra evidente che le varie teorie prima descritte e, soprattutto, l'applicazione del metodo tipologico funzionale siano tali da giustificare la codatorialità nell'impresa integrata.

Le situazioni analizzate - ma riflessioni analoghe possono essere fatte per la codatorialità derivante dai principi civilistici in tema di collegamento negoziale - non determinano nessuna forma di intermediazione illecita. In caso di appalto, è l'appaltatore che mette a disposizione i mezzi (se necessari) e il personale che egli dirige e coordina. Il committente, inoltre, non esercita direttamente alcun potere di direzione sui lavoratori, né "annulla", con la propria struttura, la consi-

stenza organizzativa dell'appaltatore (che rimane una vera impresa). Negli altri contratti commerciali finalizzati ad integrare le produzioni, il fornitore riceve le prestazioni e coordina il lavoro inserito anche nella propria organizzazione di impresa (che ha una sua specifica consistenza). Egli quindi non "somministra" ad un altro imprenditore dei dipendenti che non sono da lui utilizzati nella propria struttura produttiva. L'impresa principale, inoltre, non esercita *motu proprio* il potere direttivo sui lavoratori, ma si limita soltanto a ricevere un beneficio dalle prestazioni eseguite. In sostanza, non vi sono i requisiti per una somministrazione, un distacco o un appalto illeciti, ma l'esistenza di due (o più) datori di lavoro.

### 15. Segue. La codatorialità ed il potere direttivo nelle integrazioni produttive

L'analisi fino ad ora svolta non dovrebbe richiedere ulteriori approfondimenti sui caratteri della subordinazione nelle organizzazioni produttive integrate. Un esame specifico, peraltro, deve essere dedicato al rilievo del potere direttivo. L'importanza di questo elemento di qualificazione della subordinazione nel codice civile e nella giurisprudenza prevalente è assolutamente indiscutibile[195]. Inoltre, anche in una valutazione comparata, la direzione del lavoro è un connotato fondamentale della subordinazione in molti paesi europei e nella stessa giurisprudenza comunitaria[196]. Tuttavia, vi è anche l'assoluta consapevolezza che l'evoluzione tecnologica ed organizzativa delle imprese rende la direzione del lavoro sempre meno rilevante a connotare il vincolo di subordinazione[197]. In sostanza, esiste una discrasia molto forte tra valore giuridico attribuito al potere direttivo nei vari ordinamenti e la sua concreta idoneità, nei fatti, ad essere l'elemento essenziale di qualificazione del lavoro subordinato. L'Organizzazione Internazionale del Lavoro, in alcuni recenti studi e documenti, sottolinea l'insufficienza della direzione ad identificare la subordinazione e rileva che «nelle nuove forme di organizzazione del lavoro, c'è sempre meno controllo e sempre maggiore integrazione» dei lavoratori nelle strutture produttive[198]. L'OIL, inoltre, sottolinea come, tra i criteri per la individuazione della subordinazione, occorre dare rilievo alla dipendenza e non solo alla direzione del lavoro, con una tesi che conferma il "deperimento" del potere direttivo a fini qualificatori.

La subordinazione dunque - anche al di fuori dei confini nazionali - è sempre più caratterizzata dall'assenza di direzione del lavoro e questa realtà é all'origine degli sforzi interpretativi che tendono ad individuare il tipo negoziale a prescindere dal potere direttivo. In altro senso, questa situazione spiega le elaborazioni teoriche che parlano di una direzione del lavoro «non costante e puntuale» ma solo «generica» o «impressa» nella stessa struttura produttiva. Nella medesima

---

[195] Su questo aspetto qualunque citazione sarebbe sempre insufficiente o parziale. Sul rilievo del potere direttivo ai fini della subordinazione, anche in una prospettiva storica che trova il suo antecedente in Barassi, cfr. almeno Spagnuolo Vigorita, 1967, 45 ss.; Perulli, 1992, 6 ss., 261 ss.; Id., 2007a, 6 ss.; Ichino, 2000, 269 ss., 278 ss.; De Luca Tamajo, 2005, 467 ss.; Carabelli, 2004, 24 ss.; Ghera, 2006b, 123 ss. Per un recente riepilogo delle diverse opinioni v. Marimpietri, 2009, 30 ss. A questi a. si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali.

[196] Supiot, 2000b, 217 ss. (part. §. 2.2); Perulli, 2007a, 34 ss.; Giubboni, 2009, 44 ss. Entrambi questi ultimi due a. sottolineano che nella giurisprudenza europea manca una definizione generale di subordinazione e che le sentenze si sono espresse con riferimento alla libertà di circolazione prevista dall'art. 39 del Trattato.

[197] Supiot, 2003, 26; Id., 2000b (§ 3.2).

[198] ILO, 2007, rispettivamente 33 – 34 e 37.

linea di tendenza si muovono le tesi sulla «direzione attenuata» o sul fatto che, ai fini della subordinazione, non è necessario l'esercizio effettivo del potere - che può in concreto mancare - quanto piuttosto che la direzione possa in qualunque momento essere esercitata, perché il lavoratore, per preciso obbligo contrattuale, ha assunto il «vincolo di assoggettamento dell'attività dedotta in contratto al potere direttivo del creditore, cioè l'assunzione di un obbligo di obbedienza»[199]. Queste tesi, infatti, pur con diversità di toni e contenuti, sono accomunate dall'esigenza di "salvare" il potere direttivo a fini qualificatori pur in mancanza del suo esercizio concreto o puntuale.

Ai fini che qui interessano questo dibattito, che non può essere ovviamente analizzato approfonditamente, non ha alcuna importanza. Si è detto, infatti, che nell'impresa integrata il potere direttivo non è un elemento caratterizzante il vincolo di subordinazione nei confronti dell'impresa principale.

Tuttavia, anche per non dare l'impressione di voler sfuggire ad un tema concettuale così rilevante, alcune osservazioni devono essere fatte. Mi sembra che le varie interpretazioni sopradescritte sono caratterizzate quantomeno da un elemento comune: l'incidenza e le modalità di esercizio del potere direttivo devono essere valutate anche in relazione al contesto organizzativo nel quale la prestazione lavorativa viene eseguita. La direzione del lavoro, infatti, è una variabile dipendente da vari fattori, tra cui l'innovazione tecnologica (che può aumentare in modo rilevante l'autonomia dell'operatore), le caratteristiche dell'organizzazione produttiva e del lavoro e così via. Nell'ambito dell'impresa integrata, come si è visto, il rapporto contrattuale, nel plasmare l'organizzazione, determina un «interesse organizzativo aziendale... condiviso da più imprese», che condiziona l'esercizio dei poteri imprenditoriali, tra cui quello direttivo (§ 11).

A me sembra evidente che il fornitore, quando dirige il lavoro, lo fa *anche in nome e per conto* dell'impresa principale. Questa situazione si verifica in tutti i casi in cui sono le stesse regole tecniche di organizzazione della produzione ad imporre ai lavoratori "cosa fare", come negli esempi di esternalizzazioni *intra moenia* sopra esaminate. Non è una coincidenza, quindi, che qui il potere direttivo o non è materialmente esercitato – perché "connaturato" alla stessa struttura produttiva - o venga di fatto posto in essere dall'impresa fornitrice con la meccanica riproduzione delle istruzioni impartite dal committente. Sarebbe quindi paradossale affermare che, in queste ipotesi, la direzione non é esercitata anche nell'interesse dell'impresa principale, che materialmente ne determina il contenuto per mezzo di un altro soggetto, ed in sua rappresentanza.

Una situazione non dissimile si verifica anche quando il lavoro non è svolto nell'ambito di un medesimo luogo fisico. Si è già visto che le specifiche tecniche ed organizzative sono così stringenti da influenzare anche le modalità esecutive delle prestazioni. Rispetto agli esempi già fatti, qui il fornitore ha un maggior grado di autonomia nella direzione del lavoro. Ma non è questo il dato essenziale. Ciò che rileva è che l'appaltatore o il distributore non dirige le attività professionali per soddisfare un suo esclusivo interesse organizzativo, bensì anche per realizzare quello di un altro soggetto che codetermina l'organizzazione. Quest'ultimo, inoltre, ha un proprio specifico interesse alla prestazione lavorativa, che deve essere realizzata con i contenuti ed i tempi che egli concorre, indirettamente, a determinare. In queste ipotesi, il fornitore esercita il potere direttivo,

---

[199] Ichino, 2000, 279; conf. De Luca Tamajo, 2005, 474; Carabelli, 2004, 28; Bavaro, 2008, 171 ss.; Marimpietri, 2009, 34. Sui diversi contenuti del potere direttivo indicati nel testo ed adottati anche dalla giurisprudenza cfr., per tutti, De Luca Tamajo, 2005, 471 ss.; Ghera, 2006b, 214 ss.; Perulli, 2007b, 13 ss.; Marimpietri, 2009, 33 ss.

oltre che nel suo interesse, anche in rappresentanza delle esigenze dell'impresa principale, in base ad una delega da questi conferita.

La situazione, negli esempi fatti, non mi sembra molto diversa da quella che si realizza in un'impresa organizzata verticalmente. I capi reparto dirigono i dipendenti quali «collaboratori» dell'imprenditore e sulla base di disposizioni generiche formulate dai propri superiori gerarchici che certo non individuano, nel dettaglio, tutte le modalità esecutive del lavoro. Da un lato, dunque, il "collaboratore", a seconda delle caratteristiche produttive specifiche, ha un grado più o meno ampio di autonomia nella direzione del lavoro ed è comunque condizionato, nel suo contenuto, dai vincoli organizzativi e tecnici che sono propri della struttura. Dall'altro egli dirige il lavoro ai sensi dell'art. 2104 c.c. ed in base ad un potere di rappresentanza dell'imprenditore[200]. Non vedo quindi grandi differenze con le ipotesi di integrazione contrattuale studiate. Il fornitore può essere qualificato anche egli un "collaboratore" dell'impresa principale ed acquista questa qualità in forza del contratto commerciale e del collegamento negoziale con quelli di lavoro, che determinano una organizzazione integrata con interessi organizzativi condivisi. Ovviamente, nell'impresa "verticale" i capi reparto non sono titolari di un interesse organizzativo che condividono con quello di un altro imprenditore. Tuttavia, a parte questa differenza, le ipotesi sono assimilabili. Tra l'altro, a conferma della equivalenza funzionale dei fenomeni, va detto che il rapporto di collaborazione a cui fanno riferimento gli artt. 2086 e 2104 c.c. non necessariamente richiede un vincolo di subordinazione, ma potrebbe realizzarsi anche con altre tipologie contrattuali (ad es. un lavoro a progetto)[201].

L'esercizio delegato del potere direttivo non è neanche incompatibile con le categorie civilistiche. Il fornitore dirige i lavoratori in base ad un potere che gli deriva dal contratto di lavoro e dall'art. 2104 c.c. Egli, peraltro, esercita questo potere *anche* in nome e nell'interesse del committente e, quindi, ai sensi dell'art. 1388 c.c., gli effetti di questa attività sono imputabili in capo all'impresa principale, che è come se coordinasse direttamente i lavoratori[202]. Da tempo ormai dottrina e giurisprudenza hanno sottolineato come atti a contenuto negoziale o meri atti giuridici (anche unilaterali) per i quali non è richiesta la forma scritta *ad substantiam* possono essere delegati in forma tacita e con comportamenti concludenti[203]. Un principio questo, d'altra parte, espressamente desumibile dall'art. 1392 c.c.[204]. Inoltre, la *contemplatio domini* - e cioè la esteriorizzazione al terzo lavoratore che il potere direttivo è esercitato anche in nome e per conto dell'impresa

---

[200] Carabelli, 2004, 40; Sulla delega di poteri rappresentativi nell'ambito della gerarchia aziendale di cui all'art. 2086 c.c. v. Sandulli, 1974, 55 ss.

[201] Ciò che rileva, infatti, non è la tipologia del rapporto che lega il collaboratore al datore di lavoro, ma il fatto che egli lo "rappresenti" nell'esercizio dei poteri imprenditoriali (v. *retro* nt. 200).

[202] Il potere direttivo si esprime attraverso atti giuridici di direzione per i quali è possibile l'esercizio della rappresentanza (su atti giuridici e poteri rappresentativi v. Carnevali, 1990, 3; Santagata, 1985, 57; De Nova, 1993, 181; Galgano, 2009, 422, tutti in relazione al mandato e De Nova anche per la procura).

[203] Santagata, 1985, 114; Gazzoni, 1996, 1101 (entrambi in rapporto al mandato, su cui v. anche Cass. 27.1.1970 n. 171; Cass. 9.9.1963 n. 2454). Sulla procura tacita v. Galgano, 2009, 422; De Nova, 1993, 182; Roppo, 2001, 272; Cass. 20.3.1973 n. 782; Cass. 3.3.1976 n. 710.

[204] Questa disposizione prevede che la forma della procura è quella del contratto o dell'atto che il rappresentante deve porre in essere. Pertanto, in assenza di vincoli legali che impongono la forma *ad substantiam o ad probationem*, le parti possono scegliere anche una procura informale. Cfr., per tutti, Roppo, 2001, 272.

principale - «può desumersi anche da fatti univoci e concludenti»[205], che siano idonei «a portare a conoscenza dell'altro ... la circostanza che egli agisce per un soggetto diverso, nella cui sfera giuridica gli effetti ... sono destinati a prodursi direttamente»[206]. In sostanza, potere rappresentativo e "spendita del nome" del rappresentato possono essere espresse anche tramite comportamenti significativi.

Lo svolgimento di attività lavorativa all'interno di un'altra struttura produttiva esclusivamente a favore di questa impresa e dove il fornitore riproduce le istruzioni impartite dal committente sono elementi certamente tali da rendere evidente che il potere direttivo é esercitato anche nell'interesse ed in rappresentanza di quest'ultimo. Tuttavia, anche quando non vi sono queste condizioni, i «fatti univoci e concludenti» sono certamente rinvenibili. L'esecuzione del lavoro in via esclusiva o prevalente per una sola impresa principale. Il carattere continuativo di queste prestazioni che "alimentano" giornalmente la produzione (o la distribuzione) di un altro soggetto imprenditoriale e danno quindi la concreta percezione di essere una frazione di quell'organizzazione produttiva. Le prescrizioni dettagliate sulle singole fasi della produzione o dell'attività distributiva effettuate in esecuzione di specifiche tecniche, schede e manuali operativi realizzati dall'impresa principale. I controlli effettuati non solo sul prodotto finale ma anche sulle fasi della lavorazione e sulle caratteristiche organizzative del lavoro (v. § 10). Questi elementi rendono manifesto ai lavoratori che il potere direttivo del datore di lavoro è fortemente condizionato da un altro imprenditore, che in realtà è quello che decide gli elementi essenziali del contenuto del lavoro ed esercita il relativo controllo. In questo caso, dunque, la funzionalizzazione del potere direttivo alle esigenze dell'impresa principale e le modalità con cui si realizza ingenerano la convinzione che esso sia esercitato anche nell'interesse di tale impresa ed a suo nome. Le situazioni descritte non sono molto diverse dalla casistica della dottrina e giurisprudenza civilistica in relazione alla *contemplatio domini* (come nel caso degli atti compiuti da un minore o da collaboratori dell'imprenditore)[207]. Anzi, se si pongono a confronto queste ipotesi con quelle sopra descritte tipiche dell'impresa integrata, la "spendita" implicita del potere direttivo nel nome e nell'interesse altrui viene sicuramente confermata[208].

Se, dunque, in contrasto con le nuove realtà del lavoro e con l'evoluzione delle stesse interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali in materia si volesse attribuire al potere direttivo un rilievo essenziale ai fini della subordinazione, mi sembra che questa situazione non ostacoli la configurazione, nell'impresa integrata, della codatorialità anche in capo a soggetti diversi dal datore di

---

[205] De Nova, 1993, 182. Conf. Galgano, 2009, 420 – 421.

[206] Cass. 17.9.2005 n. 18441. Conf. Cass. 20.10.2003 n. 15691; Cass. 8. 11. 2000 n. 14530; Cass. 27.5.1982 n. 3290.

[207] Nel caso di attività contrattuale effettuata da un minore, la *contemplatio domini* «è presunta: L'altro contraente non ha bisogno di chiedere al minore se agisce in nome proprio (e in tal caso il contratto sarebbe invalido) oppure in nome dei genitori; è legittimo presumere questa seconda ipotesi in rapporto alla natura ed oggetto del contratto» (Galgano, 2009, 420). Altra ipotesi è quella di un collaboratore di un imprenditore, privo di poteri di rappresentanza ex lege, che mantiene contatti costanti con fornitori dell'impresa senza dichiarare che agisce in suo nome e per suo conto. I fornitori, in base alla continuità di relazioni ed alla mancanza di contestazione del rappresentato, riterranno che il collaboratore rappresenti l'impresa e le imputeranno i contratti.

[208] Dal punto di vista della «apparenza» giuridica non vedo molta differenza tra la contrattazione reiterata con un collaboratore dell'imprenditore (con le caratteristiche indicate nella nota precedente), che fa presumere che egli contratti in nome e per conto dell'impresa, e l'esercizio di un potere direttivo fortemente finalizzato (e condizionato nel suo contenuto) alle esigenze dell'impresa principale, che rende evidente che esso è svolto anche a suo nome e nel suo interesse.

lavoro formale.

Anche in questo caso non vi sono forme di intermediazione illecita. Infatti, nell'appalto o in altri contratti commerciali, il potere direttivo è esercitato effettivamente dall'appaltatore o dal fornitore. Egli, dunque, non viene "espropriato" della direzione del lavoro che non viene quindi attuata da un altro soggetto. Ciò non accade neanche quando il datore di lavoro riproduce le istruzioni del committente. La condivisione degli assetti organizzativi e degli interessi coinvolti giustifica l'identità o somiglianza tra disposizioni dell'impresa principale e direzione delle prestazioni lavorative, in quanto entrambe finalizzate a soddisfare esigenze comuni nell'impresa integrata. L'identità o somiglianza, peraltro, possono riguardare solo il contenuto. L'esercizio del potere direttivo, infatti, deve sempre essere espressione di un *know how* specifico[209], che ne impedisce la completa assimilazione con le istruzioni dell'impresa principale ed esclude che sia quest'ultima il soggetto che effettivamente dirige il lavoro. A maggior ragione, ovviamente, la "sottrazione" del potere di direzione non si verifica nel caso di suo esercizio autonomo da parte del datore di lavoro, anche se da altri condizionato. Nelle situazioni descritte non vi comunque è un appalto illecito, che presuppone un lavoro diretto ed organizzato *esclusivamente* dal committente o dove l'appaltatore esercita queste funzioni in modo solo formale e con figure di mera «facciata»[210]. In queste ipotesi, invece, il potere direttivo è esercitato sia dall'appaltatore sia dal committente per effetto della rappresentanza e per la realizzazione di interessi organizzativi condivisi. Vi è, quindi, una duplicazione dei soggetti che dirigono il lavoro per soddisfare reali esigenze produttive tra loro connesse e derivanti da imprese autonome ed integrate. Inoltre, non vi sono le altre condizioni che potrebbero legittimare una ipotesi di divieto di interposizione, come, ad es., la assenza, in capo al fornitore, di una reale organizzazione imprenditoriale (che è qui la contrario pienamente esistente) (v. § 14).

## 16. Somministrazione, distacco e codatorialità

La codatorialità non è configurabile nella somministrazione e nel distacco[211].

In questi casi la legge non solo dice espressamente chi é il titolare del contratto, ma gli imputa gli effetti tipici della subordinazione, limitandosi ad attribuire ad un altro soggetto alcuni poteri e responsabilità del datore di lavoro[212]. Tra l'altro, per quanto riguarda la fornitura di manodopera tramite agenzia, non mi sembra che sia possibile superare, in via interpretativa, la qualificazione formale della legge (che specifica espressamente chi sia il datore di lavoro) e la finalità specifica di una normativa che intende attribuire all'utilizzatore i vantaggi della subordinazione escludendo le tutte le responsabilità che ne derivano[213].

---

[209] Da intendere come «un preciso ed identificabile patrimonio di conoscenze, esperienze, professionalità di cui il committente sia privo» (Chieco, 2006, 202, a cui si rinvia per l'indicazione di altri autori favorevoli a questa tesi).

[210] Del Punta, 2008, 326 - 327

[211] In relazione al lavoro temporaneo ed alla somministrazione, la tesi della codatorialità è stata affermata da numerosi autori, che fondano le loro conclusioni particolarmente sulla esistenza di due creditori (agenzia ed utilizzatore). Tra questi si vedano, ad es., Ichino, 2004, 296 ss.; Id., 2000, 494 ss.; Tiraboschi, 1999, 287 ss., 340; Esposito, 2002, 50; Barbera, 2009, 24; Sciotti, 1999, 375 ss.

[212] In tal senso Niccolai, 2003, 375 per il lavoro temporaneo (con considerazioni che sono estensibili anche al nuovo istituto che, da questo punto di vista, ha identica struttura) e M.T. Carinci, 2008, 15 per la somministrazione.

[213] *Contra* Ratti, 2009, 843 ss, 854 ss., il quale sostiene in questo caso l'esistenza della codatorialità e sottovaluta l'inequivocabile individuazione, da parte della legge, dell'agenzia quale datore e la specifica finalità di politica del diritto perseguita dal legislatore italiano.

Analoghe considerazioni possono essere fatte per il distacco. La legge non intende attribuire al distaccattario la posizione di datore, ma solo consentirgli l'utilizzazione di lavoro formalmente dipendente da altri. D'altra parte, nel distacco: a) non vi è alcun collegamento negoziale tra un contratto commerciale ed il contratto di lavoro e manca, quindi, un elemento essenziale della codatorialità; b) l'invio del lavoratore presso un'altra impresa determina una compenetrazione organizzativa molto inferiore a quella propria delle forme di impresa integrata studiate. In sostanza, la duplicazione delle posizioni creditorie e dei soggetti che utilizzano dell'attività lavorativa non è di per sé tale da legittimare la creazione di due datori di lavoro a tutti gli effetti.

Nel caso dell'appalto di opere e servizi, occorre invece distinguere. Quando si realizza, con questa tipologia negoziale, una *contractual integration* con carattere stabile e duraturo, la codatorialità sussisterà in presenza degli elementi già analizzati. Se al contrario queste condizioni mancheranno o in ogni caso l'appalto non sarà tale da determinare un'organizzazione integrata, la disciplina rimarrà quella prevista dall'art. 29 del d.lgs. 276/2003. Analoghe conclusioni possono essere raggiunte per altri contratti commerciali che sono finalizzati a realizzare forme di integrazione produttiva e per i quali manca una espressa regolamentazione lavoristica.

## 17. La contitolarità del contratto di lavoro nelle "catene" di appalti. La codatorialità nella dimensione comunitaria

Il problema della contitolarità del contratto di lavoro è ulteriormente complicato da alcune particolari modalità con cui viene realizzata l'integrazione produttiva. Il fenomeno è quello delle "catene" di appalti, molto diffuso in vari settori economici. Può accadere, ad esempio, che un'impresa tessile decentri completamente le proprie produzioni ad un altro imprenditore, che è il suo unico "reparto" di manifattura. Quest'ultimo, peraltro, a sua volta subappalta ad un altro fornitore soltanto una particolare fase della lavorazione dei capi. Va ricordato che, in base a precise disposizioni normalmente contenute nel contratto commerciale tra committente e appaltatore, il sub appalto deve essere autorizzato dall'impresa principale ed il subappaltatore è tenuto al rispetto delle medesime specifiche tecniche ed organizzative imposte al primo fornitore (oltre che all'applicazione dei trattamenti retributivi e contributivi previsti dalla contrattazione collettiva e dalla legge). In genere, poi, l'appaltatore rilascia una dichiarazione con la quale si impegna al rispetto di tutte le disposizioni riguardanti la manifattura dei capi e si obbliga a far osservare, anche ai propri subfornitori, le direttive tecniche ed organizzative imposte dalla committente.

In questa situazione vi è, evidentemente, un ulteriore frazionamento del ciclo produttivo tra più soggetti. Il collegamento negoziale crea un'organizzazione integrata composta da diverse imprese autonome o si può parlare di un'impresa unica frazionata in più imprenditori ognuno dotato di una propria struttura produttiva. Vi sono dunque le condizioni già in precedenza analizzate. Se, oltre alla integrazione produttiva, si aggiunge che i dipendenti del subappaltatore lavorano in misura esclusiva o rilevante per l'esecuzione delle attività produttive del committente, si realizzerà la contitolarità dei contratti di lavoro. La codatorialità, in questo caso, si determinerà soltanto in capo al committente ed al subappaltatore e non nei confronti del primo fornitore (che assume la veste di subappaltante). Questa conclusione scaturisce dai principi civilistici e lavoristici già esaminati. Infatti, è l'impresa principale che, con i contratti a catena, promuove l'integrazione organizzativa, ne determina espressamente i contenuti tecnici ed i nessi funzionali e si appropria del beneficio principale realizzato dalle prestazioni lavorative che sono parte di un unico ciclo di produzione a lei riferibile.

Al contrario, la mancanza, nel sub fornitore, dei requisiti di integrazione produttiva o l'effettuazione delle attività lavorative per una pluralità di imprese clienti potrebbero rompere il nesso funzionale tra le varie organizzazioni. In questo caso, eventualmente, la codatorialità potrà essere sussistente tra alcuni "anelli intermedi" della catena contrattuale. E questo accadrà quando le condizioni sopra descritte si riproducono esclusivamente nelle relazioni tra un subappaltante ed un subappaltatore, in modo tale che essi possano essere considerati come un'impresa integrata.

Un'altra questione di difficile soluzione è quella della identificazione di una possibile codatorialità quando il rapporto di integrazione contrattuale ed organizzativa si realizzi tra imprese che non sono collocate in Italia o quando comunque sono coinvolti imprenditori di diversi paesi. Si immagini, ad esempio, che un'impresa italiana lavori in regime di monocommittenza per un imprenditore tedesco, di cui costituisce un vero e proprio segmento produttivo in base ad un contratto commerciale. La domanda è se l'indiscutibile integrazione organizzativa (e la presenza delle altre condizioni già analizzate) siano tali da poter configurare una codatorialità anche in capo all'impresa tedesca. E soprattutto quale sia la legge, nazionale o estera, in base alla quale occorrerebbe procedere alla identificazione del datore di lavoro. Senza contare la possibile influenza che sull'intera questione potrebbe avere la giurisprudenza comunitaria in materia di caratteri distintivi della subordinazione.

Il problema è talmente complesso da poter soltanto essere accennato in questa sede. A mio giudizio, un rilievo fondamentale deve essere attribuito alla Regolamento 593/2008/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, che ha di fatto assorbito il contenuto della Convenzione di Roma del 1980. L'art. 8 della fonte europea ribadisce i principi del Trattato del 1980. Il contratto individuale di lavoro è regolato dalla legge scelta dalle parti. In mancanza di tale scelta, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro o, se questo requisito è assente, da quella del paese nel quale si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore. La regola fondamentale é che, in ogni caso, anche quando vi sia stata una scelta espressa della legge applicabile, al lavoratore deve essere garantita la disciplina inderogabile più favorevole prevista nel luogo di esecuzione abituale del contratto.

Si è già visto che, a livello comunitario, manca una definizione espressa di datore di lavoro (salvo casi eccezionali) (v. § 5). Essa, dunque, deve essere desunta dagli ordinamenti nazionali e può mutare in modo consistente. L'art. 8 del Regolamento 593/2008/CE, nel momento in cui stabilisce quale sia la legge applicabile al rapporto di lavoro, implicitamente regola anche i criteri di identificazione del datore di lavoro, che in tali normative trovano la propria diretta o indiretta qualificazione (desumibile in genere dalla definizione di lavoro subordinato). Nell'esempio prima fatto (con un'impresa principale tedesca che si serve di un imprenditore italiano in regime di monocommittenza) i lavoratori italiani sono il terminale organizzativo della società estera. Essi, peraltro, per scelta o, in mancanza, poiché svolgono la loro attività sempre in Italia, avranno il proprio rapporto di lavoro regolato dalla legge italiana (art. 8, cc. 1 e 2). La identificazione del datore di lavoro, dunque, potrà seguire le regole nazionali e, se vi sono i presupposti, si potrà costituire una forma di codatorialità in capo all'impresa tedesca[214]. Ovviamente, per entrambi i datori di lavoro

[214] La codatorialità potrà essere identificata in base ai principi civilistici nazionali in tema di collegamento negoziale se le parti hanno scelto di far regolare il contratto commerciale dalla legge italiana (art. 3, Reg. 593/2008/CE). In mancanza di scelta, le regole italiane sul collegamento saranno comunque applicabili ai sensi dell'art. 4, c. 1, lettera b), della medesima fonte, secondo il quale «il contratto di prestazione di servizi è disciplinato dalla legge del paese nel quale il prestatore di servizi ha la residenza abituale».

e con esclusivo riferimento ai lavoratori che operano in Italia, il Regolamento 593 imporrà l'applicazione soltanto della legge italiana. La situazione potrebbe essere identica se l'impresa principale sia italiana e il decentramento produttivo avvenga nei confronti di un'impresa francese (che operi, ad esempio, come *franchesee*). In questo caso, il rapporto di lavoro dei dipendenti dell'affiliato sarà regolato dalla legge francese, che disciplinerà anche quello di *franchising* (art. 4, c. 1, lettera e) del Regolamento 593/2008/CE). La codatorialità nei confronti dei lavoratori francesi, in questo caso, potrà esservi soltanto se, in base alla disciplina lavoristica o a quella di diritto civile in tema di contratti collegati esistente in Francia, sia possibile estendere la qualifica di datore di lavoro anche all'impresa italiana.

La giurisprudenza comunitaria stabilisce che la «nozione di lavoratore nel diritto comunitario non è univoca, ma varia a seconda del settore di applicazione considerato»[215]. Si è anzi rilevata l'assenza, nell'ordinamento europeo, di una definizione di subordinazione assimilabile a quella dell'art. 2094 c.c. e l'esistenza di diverse nozioni riferite a differenti ambiti di applicazione di varie normative[216]. Tuttavia, in relazione all'art. 39 TCE sulla libera circolazione dei lavoratori, la Corte di Giustizia Europea ha enucleato una specifica definizione, che è l'unica «propriamente comunitaria» e «tende a proiettare la sua influenza anche su campi diversi da quelli di origine»[217]. La Corte ha inoltre affermato che questa nozione va determinata in base a criteri obiettivi e non può essere individuata dagli Stati membri, perché altrimenti vi sarebbe il rischio che questi ultimi, modificando la definizione, escluderebbero determinate categorie di lavoratori dalle garanzie offerte dal Trattato[218]. In tale contesto, «la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca prestazioni di indiscusso valore economico ad un'altra persona e sotto la direzione della stessa, ricevendo, come contropartita una retribuzione»[219]. La Corte, dunque, come si vede, introduce anche una definizione indiretta di datore di lavoro che potrebbe esercitare una notevole influenza anche in rapporto al problema della codatorialità.

Una prima osservazione è che questa giurisprudenza non ha un rilievo specifico con la questione della contitolarità del contratto di lavoro. Infatti, la definizione comunitaria descritta è legata ad uno specifico ambito settoriale (la libertà di circolazione dei lavoratori). Essa, anche se ha una "tendenza espansiva" in altre materie (ad es. in materia di parità di trattamento e di non discriminazione)[220], non ha certamente il rilievo proprio di quelle nazionali in relazione alla qualificazione del contratto ed alla imputazione di *tutti* gli effetti della subordinazione (come nel caso, appunto, dell'art. 2094 c.c.). La codatorialità, invece, va ricostruita in via interpretativa in base ad una nozione generale di subordinazione che abbia le caratteristiche sopra indicate e sia quindi quella fondamentale ai fini della individuazione della fattispecie e delle relative discipline giuridiche. Non mi sembra che questi elementi siano presenti nella definizione comunitaria. Inoltre, la

---

[215] Cgce 12.5.1998, *Martinez Sala c. Freystaat Bayern*, causa C – 85/96, Racc., 1998, I – 2691. Su tale decisione, e su altre simili, v. Giubboni, 2009, 41; Perulli, 2007a, 37 ss.

[216] Giubboni, 2009, 35 ss.; conf. Perulli, 2007a, 37 ss.

[217] Giubboni, 2009, 51 e 42.

[218] Cgce 19.3.1964, *Unger c. Bestuur der Bedriifsvereniging voor Detailbandel en Ambachten*, causa C-75/63, Racc., 1964, I – 351. Su tali principi cfr. Perulli, 2007a, 37 – 38; Giubboni, 2009, 44 ss.

[219] Cgce 3.7.1986, *Lawrie – Blum c. Land Baden - Wurttemberger*, causa C – 66/85, Racc., 1986, I – 2144). Si rinvia a Perulli, 2007a, 38 ss. ed a Giubboni, 2009, 44 ss. per l'indicazione di altre sentenze analoghe.

[220] Giubboni, 2009, 60 ss.

finalità perseguita dalla Corte di Giustizia è quella di evitare che vi possa essere, a danno dei lavoratori, una sottrazione di tutele garantite dal Trattato. Nel nostro caso, al contrario, si tratta di identificare un datore di lavoro ulteriore a quello che formalmente ha assunto il dipendente, senza che sia ipotizzabile alcun riduzione del livello di protezione (che rimarrebbe sempre quello fissato dalla disciplina comunitaria e da quella nazionale applicabile). Mi sembra pertanto che, alla luce di queste considerazioni, la disciplina del Regolamento 593/2008/CE, per il suo carattere di generalità, debba essere considerata la fonte prevalente che consente di identificare la legge applicabile e, di riflesso, i caratteri costitutivi del datore di lavoro.

Se, comunque, si volesse attribuire alla giurisprudenza della Corte di giustizia un valore determinante ai fini della individuazione del datore di lavoro, il risultato non sarebbe molto diverso. Infatti, si è già spiegato che, nelle forme di integrazione organizzativa analizzate, il fornitore esercita il potere direttivo anche in rappresentanza dell'imprenditore principale (v. § 15).

Pertanto, in base alla definizione enucleata dalla giurisprudenza comunitaria, sarebbe possibile identificare la codatorialità anche nei confronti della impresa che promuove il decentramento produttivo. Quest'ultima, infatti, tramite un altro soggetto, concretamente coordina le prestazioni lavorative.

Le regole descritte, ovviamente, non sono applicabili quando l'integrazione produttiva si realizza con un'impresa extracomunitaria. In questo caso la codatorialità non mi sembra possa trovare spazio per ragion di diritto sostanziale e per l'assenza di strumenti, anche processuali, che possano rendere effettiva l'applicazione delle discipline giuridiche che nascono dalla contitolarità del contratto di lavoro.

## 18. La struttura del rapporto di lavoro nelle ipotesi di codatorialità (diritti, obblighi, poteri, responsabilità solidale)

La presenza di più datori di lavoro determina una "complicazione" del rapporto che pone delicati problemi giuridici e richiede un'analisi delle rispettive posizioni debitorie e creditorie.

Il collegamento negoziale, come si è visto, è l'elemento fondamentale (nella prospettiva civilistica) o il presupposto sostanziale (in quella lavoristica) che determina la compenetrazione tra contratto commerciale e quelli di lavoro e la nascita della codatorialità. Questa situazione incide sulla struttura fondamentale del rapporto di lavoro, ma senza snaturarla[221]. Si è in presenza di un unico contratto, caratterizzato da un'obbligazione lavorativa che vede un solo debitore di lavoro e creditore di retribuzione (e degli altri obblighi scaturenti da legge e contratto). In senso speculare vi saranno più datori di lavoro, che, a fini di esemplificazione espositiva, si immaginano essere soltanto due. I codatori saranno a loro volta creditori della prestazione e debitori della remunerazione e delle obbligazioni ulteriori previste dalla legge o dalle fonti contrattuali (collettiva ed individuale)[222]. Dunque, il rapporto fondamentale nascente dal contratto di lavoro rimane invariato nei suoi obblighi principali (lavoro, retribuzione, sicurezza), ma incrementa il numero delle parti

[221] Sul rapporto fondamentale v. *retro* § 8, testo e nota 105.

[222] Infatti, un unico contratto può essere fonte di una pluralità di rapporti obbligatori (Bianca, 1990, 14).

coinvolte, determinando obbligazioni soggettivamente complesse[223]. La esistenza di prestazioni che coinvolgono, nelle rispettive posizioni di debito e credito, tre soggetti configura una forma di responsabilità solidale attiva e passiva in capo ai due datori di lavoro, ben conosciuta nel diritto civile e confermata dalla stessa giurisprudenza nei pochi casi in cui si è occupata del problema di più datori nel medesimo rapporto (v. § 8)[224]. Non è, viceversa, possibile parlare di obbligazioni alternative o facoltative, che presuppongono sempre una possibilità di scelta tra prestazioni diverse, che, nel nostro caso, non sussiste[225].

I presupposti della solidarietà attiva e passiva sono, oltre alla pluralità di debitori e creditori, l'esistenza della medesima prestazione e di una stessa fonte dell'obbligazione. La prestazione deve essere identica, nel senso che «ha lo stesso contenuto per tutti»[226]. Questa caratteristica, nel nostro caso, deriva innanzitutto dal carattere unitario del rapporto fondamentale. Una sola attività lavorativa soddisfa, nel medesimo tempo, gli interessi di entrambi i creditori (v. § 8) ed è quindi la «stessa prestazione». Questi ultimi, d'altra parte, sempre per la struttura unica alla base dei vari diritti ed obblighi, sono condebitori dei medesimi obblighi (retribuzione, sicurezza), ciascuno dei quali è – singolarmente considerato - in grado di realizzare l'interesse del lavoratore creditore. Le prestazioni sono quindi le «medesime» (art. 1292 c.c.), sia per l'unicità del contratto e del rapporto fondamentale, sia perché ognuna di esse è idonea a realizzare completamente l'interesse di chi, di volta in volta, riveste la posizione creditoria.

L'esistenza dalla stessa fonte è considerata da una parte della dottrina come carattere essenziale della solidarietà, ma vi sono anche opinioni diverse, seguite anche dalla giurisprudenza[227]. Vi è piena concordia, peraltro, su un punto essenziale. Il «fatto giuridico» che è fonte dell'obbligo può essere costituito anche da «fatti collegati con nessi tali che valgano a farli considerare come un complesso unitario all'effetto del vincolo che ne deriva»[228]. Nel nostro caso è il collegamento negoziale a determinare i «nessi» che creano una fonte unitaria da cui scaturisce la solidarietà.

Le posizioni di solidarietà attiva e passiva in capo ai datori di lavoro debbono essere esaminate separatamente. Un'attenzione particolare dovrà essere rivolta all'esercizio dei poteri che la legge attribuisce al creditore della prestazione lavorativa ed al possibile concorso/conflitto tra essi quando vi sono più soggetti abilitati.

---

[223] Sulle obbligazioni solidali, che rientrano nella categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse, cfr. almeno Branca, 1957; Rubino, 1968; Busnelli, 1974; Id., 1979, 329 ss.; Di Majo, 1979, 298 ss.; Giorgianni, 1988, 595 ss.; Bianca, 1990, 692 ss.; Breccia, 1991, 170 ss.; Orlandi, 1993; Mazzoni, 1999, 731 ss.; Galgano, 2009, 17 ss.

[224] L'esistenza di due creditori e di un solo debitore o di due debitori e di un unico creditore è tipica dell'obbligazione solidale: cfr, per tutti, Mazzoni, 1999, 741.

[225] Queste tipologie di obbligazioni richiedono che l'adempimento possa essere realizzato con prestazioni diverse rimesse alla scelta del debitore o del creditore (Bianca, 1990, 123 ss.; Breccia, 1991, 211 ss.; Galgano, 2009, 26 ss.). Al contrario, nell'ipotesi sopra indicata, le prestazioni, nei loro profili attivi e passivi, sono esattamente definite e non vi è possibilità di scelta.

[226] Bianca, 1990, 706; Mazzoni, 1999, 741; Busnelli, 1979, 331.

[227] Su tali aspetti, e con diverse opinioni, cfr. Di Majo, 1979, 300 ss.; Busnelli, 1979, 333 ss.; Bianca, 1990, 704 ss.; Mazzoni, 1999, 742 ss.; Razzolini, 2009, 283; Galgano, 2009, 18 ss. Di declino della *eadem causa obligandi* parla Orlandi, 1993, 75 ss. Cfr. anche, sul punto, Alvino, 2007, 519. Sulla non necessità di un unico atto o fatto giuridico come fonte dell'obbligazione solidale v. Cass. 14.3.1996 n. 2120.

[228] Rubino, 1968, 139. Conf. Bianca, 1990, 704; Di Majo, 1979, 300; Busnelli, 1979, 334; Mazzoni, 1999, 735, 743. Si rinvia anche a Busnelli, 1974, 141 ss. e Orlandi, 1993, 31 ss.

I codatori di lavoro sono responsabili delle obbligazioni nascenti dal rapporto (ad esempio la retribuzione o l'obbligo di sicurezza). In base ai principi in tema di solidarietà, il lavoratore potrà pretendere le intere prestazioni nei confronti di ciascun debitore, che, dopo aver adempiuto, potrà rivalersi nei confronti dell'altro. Il vincolo solidale nasce direttamente dall'art. 1294 c.c. e non richiede alcuna espressa manifestazione di volontà perché vi è un'unica fonte delle obbligazioni, nel senso già spiegato[229].

La legge regola alcune forme di solidarietà passiva in tema di appalto (art. 1676 c.c.; art. 29, c. 2, del d.lgs. 276/2003; art. 26, c. 4, del d.lgs. 81/2008) e di subappalto (art. 35, c. 28, legge 248/2006). L'art. 26 del d.lgs. 81/2008 prevede anche una regolazione dettagliata dell'obbligo di sicurezza nel caso di appalti interni (intesi in senso spaziale o con riferimento al ciclo produttivo). Queste obbligazioni solidali partono dal presupposto che il committente sia estraneo ai rapporti di lavoro, che sono imputabili soltanto all'appaltatore o al subappaltatore. Quando, invece, l'integrazione contrattuale è tale da determinare un'ipotesi di codatorialità, la responsabilità solidale dei contitolari del contratto di lavoro trova fondamento nelle regole di cui agli artt. 1292 ss. c.c. In questo caso, dunque, vi è una solidarietà "generale", mentre le disposizioni prima indicate, quando non sono in tutto o in parte ripetitive di quelle del codice, si applicano soltanto per gli appalti che non sono caratterizzati dall'esistenza di più datori di lavoro. La solidarietà prevista dal codice può determinare un'estensione delle responsabilità. Ad esempio, mentre l'art. 29 del d.lgs. 276/2003 prevede la solidarietà solo per «i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti», se vi è la codatorialità l'impresa principale risponderà anche del risarcimento di tutti i possibili danni subiti dal lavoratore, e non solo quindi di quelli «non indennizzati dall'Inail» (art. 26, c. 4, d.lgs. 81/2008). In questo ultimo ambito, il risarcimento riguarderà tutti i pregiudizi e non soltanto quelli indipendenti dai «rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici». Inoltre, il debito di sicurezza del committente, sempre nell'ipotesi di codatorialità, è quello generale che deriva dall'art. 2087 c.c. e dalle disposizioni speciali in materia che riguardano il datore di lavoro e non quello previsto dall'art. 26 del d.lgs. 81/2008. Nel caso di una "catena contrattuale", qualora sia ipotizzabile, nei confronti dei dipendenti del subappaltatore, una contitolarità dei contratti di lavoro anche con il committente e l'appaltatore (subappaltante), la responsabilità solidale generale prevarrà su quelle speciali. Pertanto, se i lavoratori non fossero pienamente garantiti dalle disposizioni specifiche in materia (art. 29, c. 2, d.lgs. 276/2003; art. 35, c. 28, l. 248/2006), potranno agire nei confronti di tutti i datori di lavoro ai sensi degli artt. 1292 ss. del codice. Al contrario, la disposizione in tema di somministrazione riferita alla responsabilità solidale sarà l'unica disciplina applicabile. Qui è la legge, nonostante la presenza della integrazione organizzativa, a qualificare espressamente come datore di lavoro il solo somministratore, senza che sia quindi possibile alcuna forma di codatorialità.

I contitolari del contratto sono anche creditori solidali dell'attività lavorativa. Ciascuno di essi potrà pretendere l'intera esecuzione del lavoro (art. 1292 c.c.), che, peraltro, soddisfa contemporaneamente i loro interessi. La prestazione, inoltre, viene eseguita all'interno della struttura pro-

---

[229] Si è sostenuto che la presunzione di solidarietà opera soltanto nel caso di fonte unica dell'obbligazione (Bianca, 1990, 704 ss.; Mazzoni, 1999, 748). Nel nostro caso, come si è spiegato nel testo, l'unicità della fonte scaturisce dal collegamento negoziale. La giurisprudenza, peraltro, tende a far operare la presunzione di solidarietà in presenza della medesima prestazione ed a prescindere dalla unicità o meno della fonte (Cass. 8. 5. 1965 n. 852; Cass. 28.1.1985 n. 488). E questo requisito è certamente presente negli obblighi sopra indicati a carico dei codatori.

duttiva del fornitore, che costituisce il suo *habitat* naturale per espressa volontà delle parti scaturente dal contratto commerciale (che fa dell'organizzazione dell'appaltatore o del distributore il suo segmento produttivo decentrato) e dai contratti di lavoro (che prevedono, come luogo di adempimento, l'impresa che li assume direttamente).

L'obbligazione lavorativa, inoltre, è indivisibile, in quanto «non è suscettibile di divisione per sua natura» (art. 1316 c.c.). La indivisibilità può dipendere da vari criteri: «materiale, economico-funzionale, giuridico e negoziale» ed è sufficiente uno solo di essi per «qualificare la prestazione, e quindi l'obbligazione, come indivisibile»[230]. La prestazione è invece divisibile «quando è scomponibile in parti … omogenee, cioè qualitativamente uguali fra loro e all'intero, e, quindi in grado di assolvere una funzione economico sociale di natura (anche se non di intensità) uguale a quella dell'intero; e di avere ciascuna un valore proporzionale al tutto»[231]. L'attività lavorativa è divisibile solo *ratione temporis*[232], mentre non è frazionabile in parti omogenee tra loro «qualitativamente uguali». Anzi si è rilevato che la prestazione di lavoro «sotto l'aspetto qualitativo è indivisibile»[233]. Infatti, le energie lavorative sono di per sé inseparabili e possono essere frazionate solo in relazione al tempo di esecuzione (in astratto anche per tempi brevissimi), ma non nella loro struttura interna. Tuttavia le disposizioni di cui agli artt. 1314 e 1316 c.c. non fanno riferimento alla divisibilità temporale tipica delle obbligazioni di durata[234], ma alla frazionabilità di una prestazione che possa essere suddivisa in più parti senza che vi sia la perdita della sua identità sotto il profilo fisico o economico[235]. Questa possibilità è esclusa dalle caratteristiche dell'attività lavorativa (divisibile solo sotto il profilo temporale) e le prestazioni del lavoratore sono, dunque, indivisibili dal punto di vista materiale. Queste caratteristiche del lavoro comportano, dunque, l'indivisibilità della obbligazione lavorativa. Ne deriva che ciascun codatore può esigere l'intero (art. 1319 c.c.) e senza necessità di una specifica previsione di vincolo solidale espressa dalle parti, che è invece la regola generale nel caso della solidarietà attiva[236].

Un problema particolarmente delicato è quello connesso all'esercizio dei poteri imprenditoriali (direttivo, disciplinare, di controllo). Le questioni principali sono due: a) se questi poteri sono autonomamente attribuibili a ciascun codatore, b) se il loro esercizio debba essere congiunto o possa essere realizzato separatamente.

L'esercizio autonomo dei poteri può essere giustificato dalle regole civilistiche. La solidarietà, secondo l'opinione prevalente, crea autonomi rapporti obbligatori tra ciascun creditore ed il singolo

---

230 Bianca, 1990, 753. Si veda anche Cass. 25.5.1983 n. 3622. Sulle obbligazioni indivisibili cfr. anche Galgano, 2009, 25 ss.; Breccia, 1991, 198 ss.; Mazzoni, 1999, 744 ss.; Cicala, 1965, 636 ss.; Di Majo, 1979, 300 ss., 304 ss.; Busnelli, 1979, 339 ss.

231 Rubino, 1968, 345. Conf. Bianca, 1990, 753.

232 Mengoni, 1953, 279; Ichino, 2000, 287; Bavaro, 2008, 119 ss.

233 Mengoni, 1953, 279. Non è un caso che questo autore neghi l'applicabilità dell'art. 1464 c.c al rapporto di lavoro, perché questa disposizione presuppone prestazioni «il cui oggetto sia divisibile in più parti coesistenti in un medesimo momento» e quindi si riferisce alla parziarità della prestazione dal punto di vista fisico e non temporale. Per l'approfondimento di tali aspetti mi permetto di rinviare a Speziale, 1992, 177, nt. 85 (con ulteriore bibliografia sul punto).

234 Cicala, 1965, 641; conf. Bianca 1990, 753.

235 «L'indivisibilità materiale sussiste quando la cosa o il fatto dovuto sono insuscettibili di essere frazionati in parti distinte perché ciò comporterebbe una difficoltà o un costo eccessivo …, ovvero la distruzione di esso nella sua identità fisica …, ovvero, ancora, quando il servizio consiste in un unico atto…» (Bianca, 1990, 753). Cfr., sul punto, anche Mazzoni, 1999, 745 ss.

236 Su tali aspetti cfr. Bianca 1990, 708 e 759; Galgano, 2009, 25 e 26; Mazzoni, 1999, 753; Busnelli, 1979, 341; Di Majo, 1979, 311.

debitore[237]. Inoltre, i primi possono richiedere l'adempimento dell'intera prestazione. Ne deriva che ogni creditore potrà esercitare tutti i poteri che sono strumentali all'adempimento, in coerenza con la struttura dell'obbligazione[238]. Queste conclusioni, sempre in base al vincolo di solidarietà (anche se ricostruito come unico rapporto obbligatorio) sono state espresse in tema di contitolarità del contratto di lavoro nei gruppi di imprese[239]. In ogni caso, a parte queste considerazioni, la disciplina del lavoro subordinato lega la titolarità dei poteri alla esistenza di un datore imprenditore. Se, nell'impresa integrata, l'attività economica è esercitata da più soggetti imprenditoriali e se ciascuno di essi può essere qualificato come titolare del rapporto, l'attribuzione a ognuno dei codatori dei poteri nascenti dal contratto e riconosciuti dalla legge è una conseguenza necessaria. Ovviamente, la contitolarità dei poteri non esclude che uno dei creditori possa delegarlo all'altro, nell'ambito dei principi generali propri del mandato e della rappresentanza giuridica (v. § 15).

A questo punto, peraltro, vi sono ulteriori problemi. I poteri datoriali debbono essere esercitati congiuntamente o anche in modo autonomo? E che accade se, ad esempio, vi è un contrasto tra l'esercizio dei poteri stessi? Si pensi al caso in cui un codatore intenda trasferire o licenziare un dipendente e l'altro non sia d'accordo ed esprima disposizioni diverse. Oppure se, in relazione alle modalità esecutive della prestazione, vi siano ordini contrastanti. Da questo punto di vista occorre distinguere nei rapporti tra i codatori ed il lavoratore e nelle relazioni interne tra i creditori di lavoro. Inoltre, in mancanza di regole espresse del diritto del lavoro in materia, la soluzione deve essere trovata in base alla disciplina generale della subordinazione ed ai principi del diritto civile.

Per quanto riguarda il dipendente, il primo criterio è quello della priorità temporale. Egli sarà tenuto ad osservare le disposizioni che gli verranno *per prime* impartite e, se esse sono in contrasto con le direttive successivamente ricevute, non potrà per questo essere sanzionato disciplinarmente. Se, peraltro, il lavoratore fosse sottoposto a provvedimenti datoriali contrastanti in relazione alla gestione ed alla estinzione del rapporto, mi sembra che il carattere unitario del contratto e del rapporto fondamentale e la natura indivisibile della prestazione non siano compatibili con tale situazione. Pertanto, il conflitto tra i poteri determinerebbe la loro "neutralizzazione reciproca" ed il lavoratore dovrebbe sospendere le proprie prestazioni ed attendere che le disposizioni tornino ad essere coerenti e non contraddittorie. E, ovviamente, sino a quando l'esercizio "armonico" dei poteri non venga effettuato, essi non avranno alcuna incidenza sulla sua posizione nel rapporto (che rimarrà "congelata"), né il suo comportamento potrà avere rilievo disciplinare.

---

[237] Su questa caratteristica cfr., per tutti, Galgano, 2009, 20 ss.; Bianca, 1990, 699 ss.; Mazzoni, 1999, 738 ss. (a questi a. si rinvia per le indicazioni bibliografiche) La giurisprudenza è saldamente attestata su questa opinione (v. le sentenze citate da Galgano, 2009, 20, nt. 20, a cui *adde* Cass. 12.6.2006 n. 13585; Cass. 6.7.2006 n. 15358 e molte altre). La tesi minoritaria è sostenuta da Branca, 1957, 150, 154; Busnelli, 1979, 331 ss.

[238] E questo soprattutto se la stessa posizione di credito viene inquadrata «nella categoria dei poteri, che nel linguaggio corrente è il termine più ampio per indicare le prerogative private» (P. Rescigno, 1979, 143). Se il credito ha queste caratteristiche, a maggior ragione il creditore potrà esercitare quei poteri che sono funzionali alla realizzazione della sua posizione soggettiva.

[239] Razzolini, 2009, 290 ss., secondo la quale «se determinate prestazioni di lavoro sono destinate per volontà delle parti agli scopi comuni del gruppo, nondimeno ciascuna società continua ad esercitare singolarmente il proprio potere direttivo e conformativo…» per la realizzazione dell'interesse del gruppo stesso.

In relazione ai codatori, nessun problema potrà sussistere se i poteri imprenditoriali verranno gestiti congiuntamente ed in pieno accordo come se si trattasse di un unico e coordinato esercizio delle facoltà attribuite dalla legge e dal contratto. Lo stesso può dirsi nelle ipotesi in cui uno dei contitolari deleghi l'altro ad esercitare i poteri stessi. In questi casi il lavoratore sarà tenuto all'obbedienza o sarà destinatario di provvedimenti disciplinari come se fosse soggetto ad unico datore.

Se, invece, i poteri non hanno le caratteristiche prima descritte, si può ipotizzare una soluzione enucleata dalle regole civilistiche proprie della solidarietà attiva. In tale ambito, il principio generale è che «in linea di massima... si propagano agli altri debitori o agli altri creditori in solido le conseguenze favorevoli, non si propagano quelle sfavorevoli»[240]. Questo criterio è enucleabile da numerose norme giuridiche, anche in relazione alle obbligazioni indivisibili, e si riferisce a precisi atti anche a contenuto negoziale (novazione, remissione del debito, compensazione, transazione e così via)[241]. La regola può anche essere interpretata nel seguente modo: l'esercizio di determinati atti giuridici, se incide negativamente sulla posizione di un altro creditore in solido, può produrre effetto nei suoi confronti solo con il suo consenso, mentre quest'ultimo non è necessario per gli effetti positivi. Quello indicato, altro non è che un'esplicazione della trasmissibilità solo delle conseguenze positive (che possono quindi trovare fondamento in comportamenti giuridici autonomi e senza il consenso degli altri creditori) e della non propagazione di quelle negative (che deriva dal fatto che la legge non attribuisce rilievo agli atti compiuti contro la volontà degli altri creditori). A me sembra che questo principio possa essere esteso anche ai poteri giuridici, e questo in considerazione del fatto che ciascun creditore solidale é titolare di tutte le facoltà che nascono dalla propria posizione attiva nel rapporto.

L'applicazione dei principi indicati nell'ambito dell'obbligazione lavorativa comporta che i poteri spettanti ai creditori solidali devono essere esercitati congiuntamente ogni qualvolta essi possono produrre effetti sfavorevoli nei confronti degli altri creditori. Mentre, quando il loro esercizio determina conseguenze positive, essi possono essere compiuti anche singolarmente. Pertanto, occorrerà effettuare un'analisi caso per caso, per valutare, ad esempio, se il trasferimento di un dipendente o il suo licenziamento possa determinare un danno all'altro codatore e quindi richiedere il suo consenso. Oppure se questi atti non recano alcun pregiudizio all'altro titolare del contratto e possono quindi essere operativi anche senza la sua approvazione. Ovviamente, le regole indicate riguardano soltanto i profili interni dei rapporti tra i due codatori. Mentre, qualora la mancanza di consenso si possa tradurre in diversi e contrastanti manifestazioni di volontà, la posizione del lavoratore sarà quella in precedenza descritta.

L'esistenza di un'impresa integrata, derivante da un collegamento negoziale che crea una organizzazione condivisa, non può non avere riflessi sull'applicazione di istituti tipici del diritto del lavoro. Ad esempio, sarà necessario computare congiuntamente i dipendenti dell'impresa principale e del fornitore (o degli eventuali altri soggetti imprenditoriali coinvolti) ai fini dell'applicazione di discipline normative legate a specifici requisiti dimensionali. E questo sia nella dimensione del rapporto (licenziamenti individuali e collettivi, cassa integrazione), sia per quanto attiene ai diritti sindacali o alla stessa contrattazione collettiva.

---

[240] Galgano, 2009, 21 ss. Conf. Bianca, 1990, 698; Breccia, 1991, 192 ss. Questo principio è espresso nella Relazione al codice civile (n. 598) (Di Majo, 1979, 315, che peraltro non concorda con questa tesi).

[241] Per un'analisi delle varie disposizioni in materia v. Galgano, 2009, 21 ss.; Breccia, 1991, 192 ss.; Di Majo, 1979, 315 ss.

Il carattere integrato delle imprese produce effetti ulteriori. Gli atti organizzativi che influenzano il rapporto di lavoro (il mutamento di mansioni, il licenziamento per ragioni economiche, i trasferimenti individuali e collettivi, le sospensioni o riduzioni di orario per integrazione salariale) devono essere valutati in relazione alle esigenze economiche ed organizzative di tutti i codatori. Gli obblighi procedurali previsti dalle varie normative comporteranno la partecipazione di tutti i contitolari dei contratti di lavoro (per esempio nelle riduzioni di personale). Lo spostamento del lavoratore presso la struttura dell'impresa principale va considerato come trasferimento ad un'altra unità produttiva e non come un distacco o una novazione di contratto.

L'eventuale accertamento dell'esercizio illegittimo di poteri imprenditoriali (ad es. in relazione allo *jus variandi*, al trasferimento, al licenziamento) produrrà effetti diversi nei confronti dei codatori. Nel caso di licenziamento, l'applicazione dell'art. 18 – determinata in base alla valutazione "accorpata" dei dipendenti delle imprese integrate – comporterà l'imputazione delle conseguenze economiche previste dalla disposizione dello statuto (in relazione, ad es. al danno, ai versamenti contributivi, all'indennità sostitutiva della reintegrazione) in capo ad entrambi i datori di lavoro per effetto delle regole di solidarietà passiva già esaminate. Invece, il materiale "reinserimento" del lavoratore dovrà essere effettuato nell'impresa del fornitore. L'art. 18, infatti, parla di reintegrazione nel «posto di lavoro», con evidente riferimento al luogo fisico dove materialmente si svolgeva la prestazione prima del recesso. In questo caso, dunque, il carattere integrato dell'impresa non è tale da poter superare il dato normativo. Soltanto qualora il «posto» non sia più reperibile, l'obbligo solidale di reintegrazione e la struttura unitaria delle organizzazioni datoriali imporrà di verificare se in tutto il contesto imprenditoriale sia esistente una posizione lavorativa analoga o equivalente a cui adibire il lavoratore licenziato. Tra l'altro, poiché l'equivalenza deve essere considerata in relazione alla professionalità specifica maturata dal lavoratore[242], potrà accadere che la riadibizione non sia concretamente realizzabile. Infatti, se le competenze del dipendente sono strettamente funzionali alle mansioni produttive svolte presso il fornitore, difficilmente sarà possibile trovare una sua collocazione nell'ambito di un'impresa principale che non possiede una struttura direttamente finalizzata allo svolgimento di attività manifatturiere.

Analoghe considerazioni possono essere svolte per il trasferimento. La sua legittimità dovrà essere giudicata in base all'esigenze dei due codatori. Ma il suo eventuale contrasto con l'art. 2103 c.c. produrrà la reintegrazione del lavoratore trasferito nel «posto» prima occupato presso il fornitore. E, solo se quest'ultima evenienza non sia materialmente possibile, e si dovrà fare ricorso alla ricerca di una mansione equivalente, vi saranno le medesime conseguenze sopra descritte. Nel caso di esercizio dello *jus variandi*, la conformità alla legge dell'esercizio del potere dovrà essere giudicata in rapporto ai codatori. Tuttavia, la eventuale illegittimità produrrà effetti patrimoniali congiuntamente ascrivibili ai contitolari del contratto (ad es. il riconoscimento della qualifica superiore e del relativo trattamento economico). Invece le conseguenze "materiali" del provvedimento illegittimo (ad es. la concreta riadibizione alle attività professionali che si ha diritto di svolgere) potranno operare solo nel luogo produttivo in cui concretamente esse erano in precedenza compiute. E, soltanto qualora ciò non sia possibile, occorrerà considerare l'impresa integrata nella sua dimensione complessiva.

[242] In base, almeno, alle teorie prevalenti in dottrina e giurisprudenza: v., per tutti, Pisani, 2009, 434 ss.

Infine, ai sensi dell'art. 2112 c.c., «l'attività economica organizzata» è costituita dalle imprese integrate, ciascuna delle quali potrebbe essere considerata come una «articolazione funzionalmente autonoma». Gli obblighi procedurali, ovviamente, investirebbero entrambi i codatori e gli effetti della eventuale illegittimità dell'operazione economica di trasferimento ripristinerebbero la situazione *quo ante*. In questo caso, a parte la responsabilità solidale per le conseguenze patrimoniali, è possibile che non sia materialmente possibile reinserire i dipendenti nelle medesime posizioni lavorative in precedenza occupate nelle rispettive organizzazioni produttive di appartenenza. Pertanto, si procederà alla ricerca di occupazioni alternative nell'ambito dell'intero complesso produttivo integrato.

Ovviamente, la esistenza di più datori di lavoro, se estende i diritti e le garanzie del lavoro, determina anche un ampliamento dell'area del debito. È vero, infatti, che la prestazione, per il suo carattere indivisibile, va effettuata una sola volta (e contemporaneamente) a favore dei titolari del contratto e non può essere ripetuta o duplicata. Tuttavia, nell'adempimento, la diligenza dovrà essere riferita in rapporto agli interessi dei due codatori. Lo stesso potrà dirsi per gli obblighi di fedeltà. Il tutto con una valutazione da effettuare caso per caso.

## 19. Prospettive per una disciplina legale della codatorialità

Mi sembra che, pur con tutte le difficoltà che sono state messe in evidenza, la codatorialità sia una prospettiva interpretativa che possa avere un fondamento teorico sufficientemente solido e tale da consentire anche un'opera di adattamento di discipline giuridiche indubbiamente pensate esclusivamente per una relazione bilaterale e per un datore di lavoro unico. Tuttavia questa interpretazione solleva forse più problemi di quanti ne risolva. Essa, inoltre, si espone ad alcune obiezioni che, insieme agli aspetti problematici, devono essere analizzate.

Una prima questione attiene ai riflessi economici della codatorialità. La teoria proposta può essere letta come un tentativo di "neutralizzare" gli effetti che nascono dal decentramento produttivo. In sostanza, tramite meccanismi giuridici che superino lo "schermo" delle personalità dei soggetti imprenditoriali e l'utilizzazione di contratti commerciali, si tenterebbe di ricostruire l'impresa verticale fordista (la "gabbia d'acciaio" secondo la suggestiva immagine di Max Weber). Si potrebbe pertanto affermare che si tratta innanzitutto di un'ipotesi illusoria, che non tiene conto della dimensione globale dei mercati, delle innovazioni tecnologiche e della ineluttabilità dei processi di "disintegrazione" dell'impresa. La codatorialità, quindi, sarebbe irrealizzabile, perché pretenderebbe di "ingessare" in una veste organizzativa ormai obsoleta una realtà frantumata (e spesso «dematerializzata») che non può essere ricondotta ad unità. Essa, inoltre, avrebbe l'effetto di scoraggiare i processi di decentramento che sono oggi molto diffusi, con tutti i conseguenti riflessi negativi sul piano occupazionale. Infatti, gli incrementi di costo connessi alla reimputazione dei rapporti di lavoro in capo all'impresa principale potrebbero tradursi nell'abbandono di queste forme organizzative, nel ricorso massiccio a delocalizzazioni verso realtà economiche emergenti e nella penalizzazione dei mercati del lavoro nazionali.

Va subito detto che quella descritta corrisponde ad una visione «deterministica» dei processi economici (considerati come dati oggettivi ed ineluttabili) che è stata già criticata (v. § 3) ed esprime l'idea che il diritto del lavoro dovrebbe svolgere l'esclusiva funzione di strumento tecnico finalizzato a facilitare lo sviluppo dell'economia. Quest'ultima, tra l'altro, viene letta come una sorta di scienza "esatta", dotata di una propria inconfutabilità, nell'ambito di un pensiero unico che,

all'esterno, viene presentato come una sorta di monolite compatto, che non ammetterebbe contraddizioni. La realtà, come tutti sanno, è molto diversa dal punto di vista scientifico ed empirico. Nell'ambito dell'*outsourcing*, ad esempio, si è sottolineato che le imprese che ricorrono in misura più accentuata alle esternalizzazioni sono quelle nel quale il capitale umano specifico (le competenze dei lavoratori) è meno importante[243]. Pertanto, assecondare questa tendenza alla segmentazione dell'impresa potrebbe disincentivare investimenti specifici sul fattore lavoro che sono determinanti per garantire un'effettiva competitività dell'impresa nel mercato globale. D'altra parte, è vero che la concorrenza ha spinto le imprese a «dare valore assoluto alla imperativa 'regola' capitalistica dei costi»[244], stimolando le strategie di superamento dell'impresa verticale. Tuttavia, queste esigenze inducono le imprese ad esternalizzare soprattutto per diminuire gli oneri economici. Una scelta che secondo molti economisti è sbagliata, in quanto l'efficienza dell'impresa non può realizzarsi esclusivamente con la riduzione dei costi, ma richiede interventi di riqualificazione manageriale e tecnologica e soprattutto innovazioni di processo e di prodotto. In tale ambito, ad esempio, si è sottolineato che la competitività nel mercato non è legata ai prezzi (ed ai minori oneri economici del processo produttivo), ma alla qualità ed al progresso tecnico[245].

L'*outsourcing*, dunque, è una realtà molto più complessa di quella comunemente rappresentata e, soprattutto, l'opinione qui criticata attribuisce a questi fenomeni una presunta "neutralità" rispetto agli interessi in gioco che è del tutto inesistente. Un determinato modello di impresa "a rete" non è il frutto di esigenze imposte dalle "leggi ferree" dell'economia, ma una scelta ben precisa dettata da ragioni di convenienza e certamente non inevitabile. I recenti fenomeni di *insourcing* dimostrano che il decentramento non è una categoria "ontologica" e rispecchia precise strategie che, evidentemente, non hanno dato i frutti sperati[246]. D'altra parte, il diritto del lavoro non può né assecondare la disintegrazione dell'impresa in base a ragioni di mera efficienza né può costituire un ostacolo "a priori" delle nuove realtà produttive. Si tratta, da un lato, di disincentivare fenomeni organizzativi basati su modelli di pura "competizione da costo". Dall'altro occorre contemperare le esigenze economiche con «la razionalità assiologica dei diritti fondamentali, della solidarietà e della cooperazione sociale»[247]. E questo soprattutto quando le tecniche organizzative ed il diritto dei contratti sono tali da garantire le stesse funzioni storicamente svolte dalla subordinazione e senza che l'impresa si faccia carico della relativa «responsabilità personale» che si connette all'utilizzazione del lavoro umano, alla cui tutela è finalizzato il diritto del lavoro.

A parte queste considerazioni di carattere generale, non va dimenticato, peraltro, che la codatorialità è una tecnica utilizzata in altri ordinamenti giuridici stranieri, a riprova che la protezione dei lavoratori viene considerata come un obiettivo prioritario, non sacrificabile in base a considerazioni esclusivamente economiche. La previsione, in paesi come la Gran Bretagna, la Francia, la Spagna, gli Stati Uniti (ed altri ancora), di datori di lavoro congiunti dimostra che il fenomeno della contitolarità del contratto di lavoro è, a tutti gli effetti, espressione di una tendenza diffusa (v. § 4). Tra l'altro, queste realtà sono proprie di entità statuali che non sono certamente estranee alla

---

[243] Autor, 2003, 21.

[244] Carabelli, 2004, 75.

[245] Mi permetto di rinviare, sul punto, a Speziale, 2006, 22 (con citazione della letteratura economica nella nt. 62).

[246] Su tali aspetti v. *retro* la parte finale della nt. 1.

[247] Perulli, 2007b, 32.

dimensione globale dei mercati ed alle esigenze di competitività su scala internazionale. Il che dovrebbe fare giustizia della presunta incompatibilità tra la condivisione del rapporto di lavoro ed esigenze di efficienza economica delle imprese.

Tuttavia, i problemi connessi alla moltiplicazione dei datori di lavoro non sono certo di secondaria importanza.

La codatorialità realizzata in via interpretativa può omogeneizzare situazioni molto differenti, alcune delle quali non richiedono esigenze di tutela dei lavoratori. Questo accade in tutti i casi in cui i dipendenti del fornitore hanno lo stesso trattamento economico e normativo di quelli dell'impresa principale, o addirittura migliore, come accade, ad esempio, nei casi di prestazioni di opere o di servizi garantite da imprese dotate di una dimensione e di una solidità finanziarla superiore a quelle degli imprenditori clienti (che possono essere piccole realtà produttive o distributive). Una situazione analoga si può verificare quando la rete viene costruita tra soggetti "paritari" nella consistenza patrimoniale ed organizzativa e l'integrazione produttiva non esclude che ciascun imprenditore abbia una forte autonomia gestionale ed operi in una dimensione realmente concorrenziale senza condizioni di monocommittenza o di dipendenza economica accentuata nei confronti di altre imprese.

La contitolarità dei contratti di lavoro, anche quando le imprese integrate sono in numero limitato e fortemente interconnesse, pone delicati problemi nella gestione dei poteri imprenditoriali e delle discipline giuridiche del lavoro subordinato, modulate su rapporti bilaterali. Nel paragrafo precedente si è cercato di proporre delle soluzioni interpretative per risolvere queste questioni. Non vi è dubbio, peraltro, che quando si è al di fuori della mera responsabilità solidale di tipo patrimoniale, la presenza di più datori di lavoro può creare situazioni molto difficili di gestione dei rapporti sia nella dimensione creditoria che debitoria.

La codatorialità diventa di difficile applicazione nelle forme di decentramento che realizzano vere e proprie "catene del valore", con esternalizzazioni "a cascata" che coinvolgono una pluralità di soggetti imprenditoriali totalmente o parzialmente integrati. Tra l'altro, queste forme di *outsourcing* possono coinvolgere imprese di paesi diversi nell'ambito dell'Unione Europea o anche in una dimensione extraeuropea. Anche in questo caso, la difficoltà di coordinare discipline giuridiche sostanziali e processuali così diverse può rendere assai complessa la contitolarità dei contratti di lavoro e comunque escludere del tutto una effettiva tutela in ambito giudiziario.

Mi sembra evidente che le questioni descritte suggeriscano la opportunità di una regolazione legislativa della codatorialità. Questa è, d'altra parte, la strada seguita da molti altri paesi perché è problematico gestire questi fenomeni con le categorie giuridiche tradizionali del diritto del lavoro. In questa sede mi sembra utile segnalare soltanto delle linee guida di un possibile intervento normativo.

A) La regolamentazione dovrebbe svolgersi a livello di Unione Europea, con una specifica direttiva che disciplini la materia. La relativa omogeneità degli ordinamenti giuridici europei e, soprattutto, l'esistenza di un *common law* continentale dovrebbe garantire l'efficacia di una disciplina comune, lasciando, ovviamente, agli stati nazionali la possibilità di introdurre disposizioni di miglior favore.

B) La codatorialità dovrebbe essere prevista quando, per effetto di vincoli contrattuali o per rapporti societari (gruppo di società, collegamento e controllo ed altre tecniche analoghe) si realizzi

tra le imprese una integrazione organizzativa come quella già studiata. Quest'ultima potrebbe essere codificata in base ad indici che sono già utilizzati in alcune legislazioni ed ulteriori rispetto a quelli negoziali o di diritto commerciale (come la condivisione del mercato, la mobilità dei lavoratori, l'esistenza di *assets* comuni). Gli indici si applicherebbero qualora i rapporti contrattuali o societari si rilevassero insufficienti ai fini della individuazione di un'impresa integrata. In ogni caso la codatorialità, quando sussistono le condizioni sopra indicate, opererebbe anche a prescindere dalla esistenza dei caratteri della subordinazione in capo all'impresa principale.

C) La contitolarità dei contratti di lavoro vi sarebbe soltanto nelle ipotesi di monocommittenza o di dipendenza economica. Entrambe le situazioni dovrebbero essere definite in base ad indicatori di carattere economico e commerciale (livelli di fatturato; compensi connessi a specifiche attività, numero dei clienti) ed eventualmente utilizzando altri criteri normativi già presenti nella legislazione italiana ed europea («influsso gestionale prevalente», «abuso di dipendenza economica» ecc.)[248].

D) Qualora siano presenti i requisiti di integrazione organizzativa specificati nel punto B), ma non sussistano le condizioni di monocommittenza o di dipendenza, il principio generale sarebbe quello della parità di trattamento normativo e retributivo, senza la creazione di datori di lavoro congiunti.

E) Nel caso di codatorialità, il rapporto di lavoro manterrebbe la sua dimensione bilaterale nei confronti di chi procede direttamente all'assunzione del lavoratore o ne determina l'eterorganizzazione (senza la direzione effettiva del lavoro, che potrebbe in concreto mancare). I poteri e le connesse posizioni di soggezione sarebbero sempre in capo al soggetto imprenditoriale che, per le caratteristiche sopra indicate, assume la veste di datore di lavoro.

F) Tuttavia, in quest'ultimo caso:

a) le imprese dovrebbero essere considerate unitariamente per l'applicazione di istituti che presuppongono un numero minimo di dipendenti e l'eventuale mobilità interna dovrebbe essere considerata come se si fosse in presenza di un'unica impresa;

b) le attività svolte a favore dei diversi soggetti imprenditoriali sarebbero considerate in modo unitario anche in relazione all'anzianità di servizio ed alle discipline ad essa collegate;

c) il trattamento economico e normativo dovrebbe essere quello previsto per i dipendenti dell'impresa principale ed in ogni caso non inferiore a quello minimo garantito dalla contrattazione collettiva posta in essere da sindacati effettivamente rappresentativi a livello nazionale o in una dimensione sopranazionale;

d) vi sarebbe la responsabilità solidale di tutti i codatori in relazione agli obblighi di carattere economico ed a quelli connessi alla sicurezza, alla tutela della salute e così via;

e) la legittimità degli atti organizzativi che influenzano il rapporto di lavoro (il mutamento di mansioni, il trasferimento, i licenziamenti individuali e collettivi, le sospensioni unilaterali della prestazione ecc.) dovrebbe essere valutata in rapporto alle esigenze e caratteristiche dei codatori. Gli obblighi procedurali previsti dalle varie normative sarebbero estesi a tutti i contitolari dei contratti;

---

[248] Su tali aspetti, relativi ad una proposta di disciplina legislativa della codatorialità, mi permetto di rinviare a Speziale, 2006, 45 ss.

f) la illegittimità dell'esercizio dei poteri imprenditoriali verrebbe imputata ai codatori sotto il profilo economico, mentre tutti gli effetti «restitutivi» della posizione originaria (ad esempio per quanto attiene un licenziamento, un trasferimento ecc.) sarebbero a carico di chi formalmente ha stipulato il contratto di lavoro o assume, di fatto, la veste di datore.

G) Soltanto nel caso in cui la prestazione, per il suo contenuto e per le modalità concrete del suo svolgimento, sia tale da essere «inscindibile» tra i datori di lavoro congiunti, il rapporto dovrebbe essere imputato ad un soggetto unitario. In questo caso si verificherebbe, in forma rovesciata, ciò che accade con il *job sharing* (due lavoratori che alternativamente svolgono la stessa prestazione nei confronti di un unico imprenditore). Tuttavia, i poteri imprenditoriali dovrebbero esser esercitati in forma congiunta e gli obblighi del lavoratore sarebbero inscindibilmente eseguiti nei confronti di un unitario centro di imputazione di rapporti giuridici.

H) Nel caso sopra previsto si applicherebbe la stessa disciplina già analizzata. L'unica differenza è che gli «effetti restitutivi» della posizione originaria, nascenti da provvedimenti giurisdizionali, sarebbero esercitabili alternativamente nei confronti di tutti i codatori, con facoltà di scelta rimessa al lavoratore.

I) La legge dovrebbe regolare in modo specifico tutti gli aspetti connessi ai profili collettivi, in relazione alla formazione delle rappresentanze, all'esercizio dei diritti sindacali, alla eventuale costituzione di delegazioni di negoziazione, alla introduzione di norme promozionali per una contrattazione collettiva a livello di impresa unitaria, alla creazione di organismi congiunti riferiti a tutte le organizzazioni integrate (ad es. in materia di sicurezza). In particolare, la promozione della contrattazione collettiva sarebbe assolutamente prioritaria per una regolazione extralegislativa della codatorialità, che riuscisse ad omogeneizzare, in un ambito comune, regole giuridiche e situazioni di fatto molto diverse.

L) Occorrerebbe, inoltre, distinguere le ipotesi di codatorialità da quelle che riguardano il distacco transnazionale o lo svolgimento di prestazioni di servizi in ambito europeo, per evitare possibili confusioni o sovrapposizioni.

Non è un caso che la prospettiva legislativa sia stata pensata in ambito europeo. In realtà, mi sembra che le attuali differenze giuridiche ed economiche tra i paesi dell'Unione – dopo la recente inclusione di altri stati – rendano problematica, dal punto di vista politico, una disciplina unitaria del fenomeno anche in questo contesto (ammesso, e non concesso, che tale volontà esista effettivamente a livello comunitario). Comunque, per le ragioni già dette, una regolazione della codatorialità a livello extraeuropeo, oltre che difficile in astratto, non sarebbe neanche concretamente realizzabile. Probabilmente, una legislazione nazionale, limitata ovviamente alla disciplina delle esternalizzazioni nel territorio italiano, potrebbe essere un'ipotesi più realistica. Tuttavia, la dimensione europea della regolamentazione sarebbe preferibile, per garantire una normativa unitaria a livello continentale che governi i fenomeni di integrazione organizzativa.

## 20. Conclusioni

Negli anni '60, il filosofo francese Jacques Derrida esprime il concetto di «decostruzione», che ha la finalità di decostruire la tradizione filosofica occidentale. La destrutturazione va effettuata nei confronti delle metafisiche proprie della nostra cultura e delle strutture di pensiero coerenti e razionali. La riflessione filosofica rifiuta verità immutabili o definitive ed è un «viaggio mai concluso». Il testo scritto va rovesciato, negandone la pretesa di verità attraverso la decostruzione

dell'impianto dimostrativo. Decostruire un testo permette infatti di «agitarne» il contenuto e con questa azione è possibile far uscire quella parte di senso che era rimasta chiusa nell'«inconscio del testo» e che indicherà in qualche modo la strada del possibile e del non ancora attuato[249].

Il pensiero di questo autore, oltre a rifiutare qualsiasi forma di un ontologismo, è interessato più a destabilizzare che a costruire[250]. Il bersaglio critico di Derrida sono le coppie concettuali irriducibili: lo spirituale e il materiale, l'universale e il particolare, l'eterno e il temporaneo, il maschile e il femminile ecc. Queste coppie pongono un duplice problema: innanzitutto sono estremamente rigide, e tutto ciò che non rientra nello schema tende ad essere marginalizzato o soppresso. Inoltre queste coppie impongono un ordine gerarchico (ad esempio, nella struttura platonica del pensiero cristiano la verità e la bontà appartengono alla sfera spirituale, universale, eterna e maschile, a detrimento dell'aspetto materiale, particolare, temporaneo e femminile).

La decostruzione inizia con la identificazione di un campo teorico dato (es. il diritto del lavoro), che utilizza abitualmente coppie irriducibili (subordinazione/autonomia, datore di lavoro/lavoratore, pubblico/privato, individuale/collettivo, ecc.). Poi mette in luce l'ordine gerarchico delle coppie. Infine scompagina quest'ordine, mostrando che i termini della coppia possono essere disposti diversamente, invertiti, svelando così anche la scelta strategica e ideologica che caratterizza la definizione delle coppie stesse. Infine, la decostruzione inserisce un terzo elemento presso ciascuna coppia in opposizione, che ne complica la struttura portante originaria e la rende irriconoscibile. Se le due prime azioni consistono nella descrizione di una costruzione concettuale data, le altre due la deformano, la riformano e la trasformano.

Nel lavoro di decostruzione del diritto del lavoro, la coppia datore di lavoro/lavoratore viene necessariamente smontata alla luce delle trasformazioni dell'impresa e del suo paradigma dominante. La coppia aveva un senso e una congruenza nel rapporto tra sfera giuridica e mondo fattuale all'epoca fordista, ma ha un significato molto diverso nell'attuale fase di superamento dell'organizzazione gerarchica verticalmente integrata. L'interprete deve quindi inserire un elemento terzo che scompagni la coppia, ristabilendo proporzioni, criteri di imputazione, meccanismi di tutela del lavoro. Ovviamente queste nuove qualità normative della coppia – ormai decomposta e trasformata – possono essere pensate *ad hoc* dal legislatore, ma possono anche essere il risultato della stessa operazione ricostruttiva, mediante la mobilitazione di istituti e strumenti interpretativi presenti nell'ordinamento. Il terzo, nel nostro caso, può essere, di volta in volta, l'utilizzatore che si inserisce nel rapporto bilaterale (che infatti diventa triangolare) nell'ipotesi della somministrazione, il committente che utilizza i servizi resi dal fornitore/appaltatore nel sistema di impresa integrata, l'utilizzatore che impiega le opere del lavoratore distaccato, l'impresa che esercita le prerogative di direzione e controllo nei confronti dell'impresa del gruppo e così via (anche se non necessariamente in tutti questi casi vi è un "ulteriore" datore di lavoro). Il terzo è insomma l'elemento soggettivo che scompagina lo schema binario di imputazione e, seguendo lo schema di Derrida, suggerisce anche una diversa ricomposizione dei rapporti valoriali dentro la

---

[249] Di questo autore cfr., almeno, Derrida, 1967a; Id. 1967b; Id. 1980. Sul pensiero di questo filosofo v. Vergani, 2000 e Ferraresi, 2004.

[250] Il che, sia detto per inciso, non si coniuga con qualsiasi ipotesi ricostruttiva tendente a «stabilizzare» concettualmente i risultati interpretativi di alcune disposizioni giuridiche. Un compito, quest'ultimo, che è quello proprio del giurista. Questo non esclude, peraltro, che alcuni spunti del pensiero di questo filosofo possono essere utilizzati in una prospettiva che riguardi anche il mondo del diritto. E non è un caso che le riflessioni di Derrida abbiano dato vita a vere e proprie scuole di pensiero nel campo giuridico. Si rinvia, su tali aspetti, ad Andronico 2002.

coppia. In sostanza, la tesi della codatorialità non è altro che il portato della decostruzione e della successiva ricostruzione della fattispecie, dei nessi di potere all'interno del rapporto di lavoro concepito, quest'ultimo, non più sulla base di una concettualizzazione binaria rigida e soggettivamente determinata, ma in funzione di un processo che si determina organizzativamente nel suo farsi.

Non so se sono riuscito a «decostruire» alcune disposizioni (ad es. l'art. 2094) e categorie concettuali (la subordinazione, il collegamento negoziale) per mettere in evidenza il loro «inconscio» e per ricomporle in nuove forme giuridiche che siano in grado di cogliere la sostanza di fenomeni innovativi. Mi sembra peraltro che la rapidità dei mutamenti in atto e le esigenze di tutela dei lavoratori impongano scelte ardite. Anche perché il compito del diritto del lavoro è ancora una volta la razionalizzazione assiologica della razionalità economica: quella razionalità che un altro filosofo francese, M. Foucault, descriveva non a caso come "non solo circondata da, ma addirittura fondata sull'inconoscibilità della totalità del processo"[251].

## Riferimenti bibliografici


AA.VV., Relational Contract Theory: Unanswered Questions, *Nwest. Un. L. Rev.*, 94, p. 737 ss.

Addante A. (2004). Collegamento negoziale e cessione del contratto: riflessioni sul *leasing*, *CI*, 3, p. 1038 ss.

Albi P. (2008). *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*. In: Schlesinger P., fondato da, Busnelli F.D., diretto da, *Il codice civile – Commentario*. Milano: Giuffrè.

Alleva P. (2004). La nuova disciplina dei distacchi. In: Ghezzi G., a cura di, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*. Roma: Ediesse, p. 177 ss.

Alpa G. (1999). *La causa e il tipo*. In: Gabrielli E., a cura di, *I contratti in generale*, vol. I., Rescigno P., diretto da, *Trattato dei contratti*. Torino: Utet, p. 483 ss.

Alvino I. (2007). Il regime delle responsabilità negli appalti, *DLRI*, p. 455 ss.

Andronico A. (2002). *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*. Milano: Giuffrè.

Antonucci A. (2008). Il campo di applicazione oggettivo e soggettivo. In: Santoro Passatelli G., a cura di, *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del D.Lgs. n. 81/2008*. Milano: Ipsoa – Wolters Kluwer Italia, p. 19 ss.

Arciniega Avila F. G. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Messico. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Ascarelli T. (1959). *Problemi giuridici*, I. Milano: Giuffrè.

Autor H. D. (2003). Outsourcing at will. The Contribution of Unjust Dismissal Doctrine to the Growth of Employment Outsourcing, *J. of. Lab. Economics*, p. 1 ss.

Azzini L. (1975). *I gruppi aziendali*. Milano: Giuffrè.


[251] Foucault, 2005, 231.

Bacchini F. (2008). Committenti e appaltatori. In: Tiraboschi M., a cura di, *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.* Milano: Giuffrè, p. 183 ss.

Baldi R., Venezia A. (2008). *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*. Milano: Giuffrè.

Barba V. (2008). La connessione tra negozi e il collegamento negoziale. In: *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, vol. I. Napoli: Esi, p. 25 ss.

Barbera M. (2009). Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto, *Relazione al XVI Congresso nazionale di Diritto del lavoro*, Catania – 21 - 23 maggio 2009 (edizione provvisoria), p. 1 ss. (dattiloscritto).

Bavaro V. (2008), *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato: critica sulla de-oggettivizzazione del tempo-lavoro*. Bari: Cacucci.

Baz Rodriguez J. (2002). *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Granata: Editorial Comares.

Beduschi F. (1984). *Tipicità e diritto*. Bologna: Patron.

Beduschi F. (1986). A proposito di tipicità e atipicità dei contratti, *RDC*, p. 351 ss.

Bellocchi P. (2001), Interposizione e subordinazione, *ADL*, p. 125 ss.

Betti E. (1960). *Teoria generale del negozio giuridico*. Torino: Utet.

Bianca M.C. (1984). *Diritto civile – Il contratto*, vol. 3. Milano: Giuffrè.

Bianca M.C. (1990). *Diritto civile – L'obbligazione*, vol 4. Milano: Giuffrè.

Bonardi O. (2004). La nuova disciplina della somministrazione di lavoro. In: Ghezzi G., a cura di, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*. Roma: Ediesse, p. 118 ss.

Bonardi O., Masera L. (2008), La riforma della sicurezza nei luoghi di lavoro: nuove istituzioni, nuove regole, nuove sanzioni, *Note Informative*, 42, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Bortolotti F. (2004). *Il contratto di franchising*. Padova: Cedam.

Branca G. (1957). Obbligazioni solidali, correali, collettive. *RDC*, I, p. 150 ss.

Breccia U. (1991). *Le obbligazioni*. In: Iudica G., Zatti P., *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè.

Brunelli R. (2008). La delega di funzioni e l'esercizio di fatto di poteri direttivi. In: Zoppoli L., Pascucci P., Natullo G., *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Commentario al D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81. Milano: Ipsoa – Wolter Kluwer.

Burch R.J. (2002). A Practitioner's Guide to Joint Employer Liability under the FLSA, *H.B.T.L.J.*, p. 393 ss.

Busnelli F. D. (1974). *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*. Milano: Giuffrè.

Busnelli F. D. (1979). Obbligazioni soggettivamente complesse. *Enc. dir.*, vol. XXIX. Milano: Giuffré, p. 329 ss.

Butera F. (1991). *Il castello e la rete*. Milano: Angeli.

Cafaggi F. (2009). Il contratto di rete: uno strumento per la crescita?, *nel merito (nm)*, 24.4.2009, www.nel merito.com.

Carabelli U. (2004). Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo, *DLRI*, p. 1 ss.

Carabelli U. (2008). Responsabilités de l'employeur dans des organisations complex d'enterprises. Un breve quadro della legislazione e del dibattito dottrinale in Italia. *Rapporto presentato al IX Congresso della Società internazionale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza sociale*, 16 – 19 Settembre 2008, Friburgo, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Carinci F. (2008). *Habemus* il Testo Unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, *ADL*, p. 971 ss.

Carinci M.T. (2000). *La fornitura di lavoro altrui*. In: Schlesinger P., diretto da, *Il Codice Civile – Commentario*. Milano: Giuffré.

Carinci M. T. (2007). L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le connesse posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico, *ADL*, 11, p. 1019 ss.

Carinci M.T. (2008). *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di azienda e di ramo*. Torino: Giappichelli.

Carnelutti F. (1937). Forma degli atti complessi, *RD Comm.*, I, p. 457 ss.

Carnevali U. (1990). Mandato. *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX. Roma: Poligrafico dello Stato, p. 1 ss.

Castello A., Mariezcurrena P. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Uruguay. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Castells M. (2001). *Galassia Internet*. Milano: Feltrinelli.

Castells M. (2002). *La nascita della società in rete*. Milano: EGEA, Università Bocconi.

Cataudella A. (1998). *Scritti sui contratti*. Padova: Cedam.

Cessari A. (1959). *L'interposizione fraudolenta nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè.

Chieco P. (1996). *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*. In: Giugni G., diretto da, Garofano M. G., Liso F., Veneziani B., coordinata da, *Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*. Torino: Utet.

Chieco P. (2006). Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti *labour intensive*. In: Curzio P., a cura di, *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*. Bari: Cacucci, p. 105 ss.

Chieco P. (2007). Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007. *WP D'Antona – 52/2007*, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm, p. 1 ss.

Cicala R. (1965). Obbligazione divisibile e indivisibile. In: Azara A., Eula E., diretto da, *NNDI*, vol. XI. Torino: Utet, p. 636 ss.

Cirri F.A. (1990). Sull'azione degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente, *GC*, I, p. 2199 ss.

Ciucciovino S. (2004). Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare e regime della solidarietà. In: Carinci F. (coordinato da), Carinci M.T.,

Cester C., a cura di, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento di azienda*, t. II. Ipsoa: Milano, p. 97 ss.

Collins H. (1990). Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Pattern of Economic Integration, *M.L.R.*, vol. 53, 6, p. 731 ss.

Collins H. (1999). *Regulating Contract*. New York: Oxford University Press.

Collins H. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro nel Regno Unito. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Colombo C. (1999). *Operazioni economiche e collegamento negoziale*. Padova: Cedam.

Corazza L. (1997). Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro, *RIDL*, I, p. 80 ss.

Corazza L. (1999). Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo, *RTDPC*, 59 ss.

Corazza L. (2004). «*Contractual integration» e rapporti di lavoro*. Padova: Cedam.

Corazza L. (2009). La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore. In: *Università degli Studi del Molise, Dipartimento di scienze giuridico – sociali e dell'amministrazione, Annali 10/2008*. Campobasso: Arti Grafiche La Regione.

Costanza M. (1981). *Il contratto atipico*. Milano: Giuffrè.

Cullen R. (2003). A Servant and Two Masters? The Doctrine of Joint Employment in Australia, *AJLB*, p. 16.

D'Antona M. (1995). Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro, *ADL*, 1, p. 63 ss.

Dassi A. (2006). *Il contratto di franchising*. Padova: Cedam.

Deakin S. (2001). The Changing Concept of the Employer in Labour Law, *I.L.G.*, vol. 30, p. 72 ss.

De Luca Tamajo (1999). I processi di terziarizzazione *intra moenia* ovvero la fabbrica multisocietaria, *DML*, p. 49 ss.

De Luca Tamajo (2002). Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura. In: Id., a cura di, *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*. Napoli: Esi.

De Luca Tamajo R. (2005). Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro, *ADL*, p. 467 ss.

De Luca Tamajo R. (2007). Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti, *RIDL*, I, p. 3 ss.

De Luca Tamajo R., Perulli A. (2006). Rapporto generale, *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

De Nova G. (1974). *Il tipo contrattuale*. Padova: Cedam.

De Nova G. (1993). La conclusione per altri. In: Sacco R., diretto da, *Trattato di diritto civile*, *Il contratto*, t. 2. Torino: Utet, p. 175 ss.

Del Punta R. (1995). Appalto di mano d'opera e subordinazione, *DLRI*, p. 625 ss.

Del Punta R. (2005). Le nuove regole dell'*outsourcing*. In: *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, I, p. 625 ss. Padova: Cedam.

Del Punta R. (2008). Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro. In: *Scritti in onore di Edoardo Ghera*. Bari: Cacucci.

Derrida J (1967a). *Della grammatologia*. Milano: Jaca Book (1998).

Derrida J. (1967b). *La scrittura e la differenza*. Torino: Einaudi (1971).

Derrida J. (1980). *La carta postale de Socrate à Freud et au delà*. Parigi: Flammarion.

De Simone G. (1995). *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*. F. Angeli: Milano.

De Simone G. (2007). Poteri del datore di lavoro e obblighi del lavoratore. In Bessone M., diretto da, *Trattato di diritto privato*, vol. XXIV, Carinci F., a cura di, *Il lavoro subordinato*, t. II, Perulli A., coordinato da, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*. Torino: Giappichelli, p. 249 ss.

DeSmet L.M (2008). Limiting Joint Employment under the Family and Medical leave Act of 1993, *S.Ill.Un.L.J.*, 32, p. 403 ss.

Di Majo A. (1979). Obbligazioni solidali (e indivisibili). *Enc. dir.*, vol. XXIX. Milano: Giuffré, p. 298 ss.

Di Majo A. (1985). *Obbligazioni in generale*. Bologna: Zanichelli

Di Majo A. (1990). Obbligazione. *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana.

Dockès E. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Francia. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Ellery N. (2004). Joint Employment – Legal Myth or Practical Reality?, *www.gtp.com.au.*, p. 1 ss.

Esposito M. (2002). *La mobilità del lavoratore a favore di terzo*. Napoli: Jovene.

Feldman Y., Nadiv R. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Israele. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Ferrando G. (2000). I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative, *CI*, 1, p. 127 ss.

Ferraresi M. (2004). *Introduzione a Derrida*. Bari: Laterza.

Ferri G.B. (1966). *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè.

Foucault M. (2005). *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*. Milano: Feltrinelli.

Frazer A. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Australia. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Frignani A. (1999). *Il contratto di franchising*. Milano: Giuffré.

Frignani A. (2004). *Franchising. La nuova legge*. Torino: Giappichelli.

Fudge J. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Canada. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Gabrielli E. (1999). Il contratto e le sue classificazioni. In: Rescigno P., diretto da, *Trattato dei contratti*, Gabrielli E. (a cura di), *I contratti in generale*, I. Torino: Utet, p. 33 ss.

Galgano F. (2005). *Direzione e coordinamento di società*. In: Galgano F., a cura di, *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna – Roma: Zanichelli – Foro Italiano.

Galgano F. (2009). *Trattato di Diritto Civile*, vol. II. Padova: Cedam.

Gasperoni N. (1955). Collegamento e connessione tra negozi, *RD Comm.*, I, p. 357 ss.

Gazzoni F. (1996). *Manuale di Diritto privato*. Napoli: Esi.

Ghera E. (2006a). *Diritto del lavoro*. Bari: Cacucci.

Ghera E. (2006b). Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro. In: *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*. Torino: Giappichelli, p. 121 ss.

Giorgianni M. (1937). Negozi giuridici collegati, *Riv.it.sc.giur.*, p. 275 ss.

Giorgianni M. (1988). Obbligazione solidale e parziaria. In: *Scritti minori*. Napoli: Jovene, p. 595 ss.

Giubboni S. (2009). La nozione comunitaria di lavoratore subordinato. In: Ajani G., Benacchio G.A., diretto da, *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Sciarpa S., a cura di, *Il lavoro subordinato*, vol. V. Torino: Giappichelli, p. 35 ss.

Goetz C., Scott. R. (1981). Principles of Relational Contracts, *Va. L. rev.*, 67, p. 1089 ss.

Giugni G. (1994). Una lezione sul diritto del lavoro, *DLRI*, p. 203 ss.

Grandi M. (1972). *Le modificazioni del rapporto di lavoro. Le modificazioni soggettive*. Milano: Giuffrè.

Grandi M. (1990). Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro. *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana.

Greco P. (1939). *Il contratto di lavoro*. Torino: Utet.

Gregori G. L. (2001). *L'evoluzione del processo di outsourcing nelle strategie di sviluppo delle imprese*. Torino: Giappichelli.

Handy C. (1996). *Beyond certainty. The Changing World Of Organisation*, Boston: Harvard Business School Press.

Harrison B. (1999). *Agile e snella. Come cambia l'impresa nell'era della flessibilità*. Roma: Edizioni Lavoro.

Ichino P. (2000). *Il contratto di lavoro*, in Mengoni L., continuato da, *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXVII, T. 2, I, Milano: Giuffré.

Ichino P. (2004). Somministrazione di lavoro. Appalto. In: Pedrazzoli M., coordinatore, *Il nuovo mercato del lavoro*. Bologna: Zanichelli, p. 257 ss.

Ichino P., Corazza L. (2004). *Il nuovo mercato del lavoro. Inserto sulla correzione della c.d. riforma Biagi – d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*. Bologna: Zanichelli, p. 15 ss.

ILO (2005). The employment relationship, International Labour Conference 2006, 95th Session, Report V (1). Geneva: International Labour Office, p. 1 ss.

ILO (2007). The employment relationship: An annotated guide to ILO Recommendation N. 198, Guide final version 17.05.07, www.ilo.org, p. 1 ss.

Imberti L. (2008). La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo state dell'arte in continuo movimento (aggiornato al decreto legge 97/2008). *WP D'Antona – 72/2008*, Htpp://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm, p. 1 ss.

Lamberti M. (2008). Somministrazione di mano d'opera e lavoro a chiamata: simbologia, prassi e tecniche nelle recenti normative. *WP D'Antona – 70/2008*, htpp://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm, p. 1 ss.

Lassandari A. (2009). La sicurezza del lavoro. In: Rescigno P., Gabrielli E., diretto da, *Trattato dei contratti*, Vallebona A., a cura di, *I contratti di lavoro*, t. 1, p. 641 ss. Torino: Utet.

Lener G. (1999). *Profili del collegamento negoziale*. Milano: Giuffrè.

Lewandowski H. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Polonia. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Liso F. (1982). *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*. Milano: Angeli.

Lizama Portal L. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Cile. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Lo Faro A. (2005). *Processi di* outsourcing *e rapporti di lavoro*. Milano: Giuffré.

Macaulay S. (1963). Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, *Am. Soc. Rev.*, 45, p. 55 ss.

Magistrini C. (2008). Sicurezza del lavoro nell'appalto. In: Santoro Passatelli G. (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del D.Lgs. n. 81/2008*. Milano: Ipsoa – Wolters Kluwer Italia, p. 161 ss.

Magrini S. (1980). *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*. Milano: Angeli.

Mancini G.F. (1957). *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*. Milano: Giuffré.

Marazza M. (2002). *Saggio sull'organizzazione del lavoro*. Padova: Cedam.

Marazza M. (2009). I poteri del datore di lavoro, In. Rescigno P., Gabrielli E., diretto da, *Trattato dei contratti*, Vallebona A., a cura di, *I contratti di lavoro*, t. I. Torino: Utet, p. 683 ss.

Maretti S. (2003). *L'incorporazione del diritto comunitario del lavoro. Le nozioni di datore di lavoro, lavoratore e rappresentanze dei lavoratori*. Torino: Giappichelli.

Marimpietri I. (2009). Il lavoro subordinato. In: Rescigno P., Gabrielli E., diretto da, *Trattato dei contratti*, Vallebona A., a cura di, *I contratti di lavoro*, t. I. Torino: Utet, p. 25 ss.

Marinelli M. (2002). *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino: Giappichelli.

Mariucci L. (1979). *Il lavoro decentrato*. Milano: Angeli.

Martinez H.A.J., Meza Salas M.M. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Venezuela. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Mazziotti F. (1974). *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*. Napoli: Jovene.

Mazzoni C. M. (1999). Obbligazioni solidali e obbligazioni indivisibili. In: Rescigno P., diretto da, *Trattato di diritto privato*, vol. 9. Milano: Giuffrè, p. 731 ss.

Mazzotta O. (1979). *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*. Milano: Giuffré

Mazzotta O. (2008). *Diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè.

Mazzotta O. (2009). La dissociazione tra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione. In: Rescigno P., Gabrielli E., diretto da, *Trattato dei contratti*, Vallebona A., a cura di, *I contratti di lavoro*, t. I. Torino: Utet, p. 915 ss.

Mcneil I.R. (1974). The Many Futures of Contracts, *S. Cal. L. Rev*, 47, p. 691 ss.

Mcneil I. R. (1978). Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law, *Northwestern Un. L.Rev.*, 72, p. 854 ss.

Mcneil I. R (1980), *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*. New Haven: Yale University Press.

Mengoni L. (1953). Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro. In: *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, vol. IV. Bologna: Zanichelli, p. 261 ss.

Mengoni L. (1965). Il contratto di lavoro nel diritto italiano. In: *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, Milano: Giuffré

Mengoni L. (1971). *Lezioni sul contratto di lavoro*. Milano: Celuc.

Mengoni L. (1986). La questione della subordinazione in due trattazioni recenti, *RIDL*, I, p. 5 ss.

Mengoni L. (2000). Il contratto individuale di lavoro, *DLRI*, p. 182 ss.

Messineo F. (1962). Contratto collegato. *Enc. Dir.*, vol. X. Milano: Giuffré, p. 48 ss.

Mizumachi Y. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Giappone. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Morin M. L. (1996). *Sous-traitance et co-activité*. In: *Les frontières du salariat*. Paris: Dalloz.

Napoli M. (1995). Contratto e rapporto di lavoro, oggi. In: *Le ragioni del diritto – Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II. Giuffré: Milano, p. 1037 ss.

Natullo G. (2009). Soggetti e obblighi di prevenzione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro: tra continuità e innovazioni. *WP D'Antona – 91/2009*, htpp://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm, p. 1 ss.

Niccolai A. (2003). *Lavoro temporaneo e autonomia privata*. Torino: Giappichelli.

Nogler L. (1990). Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro, *RIDL*, I, p. 182 ss.

Nogler. L. (2000). *Lavoro a domicilio*. In: Schlesinger P., diretto da, *Il Codice civile – Commentario*. Milano: Giuffré.

Nogler L. (2002). Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, *ADL*, p. 109 ss.

Nuzzo M. (2008). Contratti collegati e operazioni complesse. In: *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, vol. II, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, p. 1227 ss.

Orlandi M. (1993). *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*. Milano: Giuffrè.

Orlando Cascio S., Argiroffi C. (1988). Contratti misti e contratti collegati. *Enc. giur. Treccani*, vol. IX. Roma: Istituto della Enciclopedia Treccani, p. 1 ss.

Pascucci P. (2008). *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*. Pesaro: Edizioni studio @lfa.

Pascucci P. (2009). La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?, di prossima pubblicazione in *LPA*, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Pasquarella V. (2007). Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali, *RGL* (*Supplemento al 2/2007*), p. 87 ss.

Pedrazzoli M. (1985), *Democrazia industriale e subordinazione*. Milano: Giuffré.

Perchinunno M. C. (2005). Collegamento negoziale e contratti informatici: dai contratti sul *software* all'*open source*, *CI*, 1, p. 304 ss.

Persiani M. (2005). Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia, *ADL*, p. 1 ss.

Perulli A. (1992). *Il potere direttivo dell'imprenditore*. Milano: Giuffrè.

Perulli A. (2007a). Subordinazione e autonomia. In: Bessone M, diretto da, *Trattato di diritto privato*, vol. XXIV, Carinci F., a cura di, *Il lavoro subordinato*, t. II, Perulli A., coordinato da, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*. Torino: Giappichelli, p. 3 ss.

Perulli A. (2007b). Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive, *RIDL*, I, p. 29 ss.

Pescatore G., Ruperto C. (2007), *Codice civile annotato*, vol. I e II. Milano: Giuffrè.

Pisani C. (2009). L'oggetto e il luogo della prestazione. In: Rescigno P., Gabrielli E., diretto da, *Trattato dei contratti*, Vallebona A., a cura di, *I contratti di lavoro*, t. I. Torino: Utet, p. 417 ss.

Portal Lizama L. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Cile. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Proia G. (1997). *Rapporti di lavoro e tipo (considerazioni critiche)*. Milano: Giuffrè (ed. provvisoria).

Proia G. (2002). Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie, *ADL*, p. 87 ss.

Quadri G. (2004). *Processi di esternalizzazione. Tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*. Napoli: Jovene.

Ratti L. (2009). Agency Work and the Idea of Dual Employership: a Comparative Perspective, *Comp. L.L. & P.J.*, 30, 4, p. 835 ss.

Razzolini O. (2009). Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da «unicità di impresa». *DLRI*, p. 263 ss.

Rescigno P. (1979). Obbligazioni (nozioni). *Enc. Dir.*, vol. XXIX. Milano: Giuffrè, p. 133 ss.

Ritzberger Moser A. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Austria. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Roccella M. (2007). Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del sig. B., *RGL*, II, p. 131 ss.

Roccella M. (2008). Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi. *WP D'Antona* - 65/2008, htpp://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm, p. 1 ss.

Romagnoli U. (1967). *La prestazione di lavoro nel contratto di società*. Milano: Giuffrè.

Romei R. (2005), L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione, *RIDL*, II, p. 726 ss.

Romei R. (2006). Il contratto di somministrazione di lavoro, *DLRI*, p. 403 ss.

Romei R. (2007), La nuova nozione di appalto, Relazione al Convegno «La nuova nozione di appalto», Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Roppo V. (2001). *Il contratto*. In: Iudica G., Zatti P., a cura di, *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè.

Rosboch A. (2005). Franchising as an 'Atypical Contract'. English and Italian Models, 5, *Global Jurist Topics (GJT)*, in www.bepress.com/gj, p. 1 ss.

Rubino D. (1958). *L'appalto*. In: Vassalli F., diretto da, *Trattato di diritto civile italiano*. Torino: Utet.

Rubino D. (1968). Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili. In: Scialoja A., Branca G., a cura di, *Commentario del codice civile*. Bologna – Roma: Zanichelli – Foro Italiano, p. 130 ss.

Rubino D., Iudica G. (1992). *Dell'appalto*. In: Galgano F., a cura di, *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna – Roma: Zanichelli – Foro Italiano.

Rullani E. (2001). L'organizzazione tra old e new economy, *IPQP*, n. 9, p. 63 ss.

Sacco R. (1993). *Il contratto*. In: Sacco R., diretto da, *Trattato di Diritto Civile*, *Il contratto*, t. 2. Torino: Utet, p. 465 ss.

Salento A. (2006). Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative, *DLRI*, p. 441 ss.

Sandulli P. (1974). *Prestazione di lavoro subordinato ed attività di rappresentanza*. Milano: Giuffré.

Santagata C. (1985). *Mandato – Disposizioni generali*. In: Scialoja A., Branca G., a cura di, *Commentario del Codice Civile*. Bologna – Roma: Zanichelli – Foro Italiano.

Santoro Passatelli F. (1973). *Nozioni di Diritto del lavoro*. Napoli: Novene.

Scarpelli F. (2004a). Appalto. In: Gragnoli E., Perulli A., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali – Commentario al decreto legislativo 109 settembre 2003, n. 276*. Padova: Cedam, p. 435 ss.

Scarpelli F. (2004b). Somministrazione irregolare. In: Gragnoli E., Perulli A., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali – Commentario al decreto legislativo 109 settembre 2003, n. 276*. Padova: Cedam, p. 409 ss.

Schizzerotto G. (1983). *Il collegamento negoziale*. Napoli: Jovene.

Schuren P. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Germania. Rapporto nazionale – seconda parte (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Sciarra S. (1994). Franchising e contratto di lavoro subordinato. Note su una (ancora) impossibile assimilazione, *RDC*, I, p. 491 ss.

Sciotti R. (1999). Indagine critica sulla fattispecie «lavoro temporaneo», *DL*, I, p. 361 ss.

Scognamiglio R. (1960). Collegamento negoziale. *Enc. dir.*, vol. VII. Milano: Giuffrè, p. 375 ss.

Scognamiglio R. (2000). *Diritto del Lavoro*. Napoli: Jovene.

Soprani P. (2008). Il «TU sicurezza»: novità, obblighi, responsabilità, sanzioni, in F. Bacchini (a cura di), *Speciale Testo Unico sicurezza del lavoro*, *ISL (Igiene e Sicurezza del lavoro*), p. 237 ss.

Spagnuolo Vigorita L. (1967). *Subordinazione e diritto del lavoro*. Napoli: Jovene.

Speziale V. (1992). *Mora del creditore e contratto di lavoro*. Bari: Cacucci.

Speziale V. (1998). La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo, *DLRI*, p. 289 ss.

Speziale V. (2004). Condizioni di liceità – Art. 20. In: Gragnoli E., Perulli A., a cura di, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova: Cedam, p. 275 ss.

Speziale V. (2006). Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma, *RGL*, I, p. 3 ss.

Speziale V. (2007). L'articolazione della fattispecie. In: Bessone M., diretto da, *Trattato di diritto privato*, vol. XXIV, Carinci F., a cura di, *Il lavoro subordinato*, t. II, Perulli A., coordinato da, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, Torino: Giappichelli, p. 115 ss.

Supiot A. (2000a). Les nouveaux visages del la subordination, *DS,* 2000, p. 131 ss.

Supiot A. (2000b). Lavoro subordinato e lavoro autonomo, *DRI*, p. 217 ss.

Supiot A. (2003). *Il futuro del lavoro*. Di: Barbieri P. e Mingione E., a cura di, (traduzione italiana di *Au-delà de l'employ* Paris: Flammarion, 1999). Roma: Carocci.

Teubner G. (1988). *Unitas Multiplex: Problems of Governance in Group Enterprises from a System Theory Viewpoint*, Florence: EUI.

Teyssie B. (1975). Les groupes de contracts, LGDJ, Paris.

Tiraboschi M. (1999). *Lavoro temporaneo e somministrazione di mano d'opera*. Torino: Giappichelli.

Tullini P. (2003). Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro (una riflessione sulla struttura del rapporto di lavoro), *ADL*, p. 85 ss.

Vardaro G. (1986). Il potere disciplinare giuridificato, *DLRI*, p. 1 ss.

Venturi D. (2008). I datori di lavoro privati. In: Tiraboschi M., a cura di, *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*. Giuffrè: Milano, p. 153 ss.

Vergani M. (2000). *Jacques Derrida*. Milano: Mondatori.

Villalòn J.C. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Spagna. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Yenisey K. D. (2006). Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Turchia. Rapporto nazionale (Tema 2), *XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Parigi, 5 – 8 Settembre, p. 1 ss. (dattiloscritto).

## Abbreviazioni

| | |
|---|---|
| *ADL* | - Argomenti di diritto del lavoro |
| *AJLB* | - Australian Journal of Labour Law |
| *Am. Soc. Rev.* | - American Sociological Review |
| *CI* | - Contratto e impresa |
| *DLRI* | - Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali |
| *DS* | - Diritto e Società |
| *hbtlj* | - Houston Business and Tax Law Journal |
| *I.L.J.* | - Industrial Law Review |
| *ISL* | - Igiene e sicurezza del lavoro |
| *J. of. Lab. Economics* | - Journal of Labor Economics |
| *M.L.R.* | - The Modern Law Review |
| *Northwestern. Un. L. Rev.* | - Northwestern University Law Review |

| | |
|---|---|
| *RDC* | - Rivista di diritto civile |
| *RD Comm.* | - Rivista di diritto commerciale |
| *RIDL* | - Rivista italiana di diritto del lavoro |
| *Riv. It. Sc. Giur.* | - Rivista italiana di scienze giuridiche |
| *RGL* | - Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale |
| *RTDPC* | - Rivista trimestrale di diritto e procedura civile |
| *S. Cal. L. Rev.* | - Southern California Law Review |
| *S. Ill. Un. L. S.* | - Southern Illinois University Law Journal |
| *Va. L. Rev.* | - Virginia Law Review |
| *WP D'Antona* | - I working papers Centro studi di diritto del lavoro europeo «Massimo D'Antona» Università di Catania |

# Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative e primi riscontri giurisprudenziali*

Antonio Preteroti

1. Gli assetti regolativi nel lavoro pubblico e privato: dall'uniformazione alla diversificazione. 84

2. L'applicabilità del d. lgs. n. 368 del 2001 ai rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici "privatizzati". 85

3. Gli effetti abrogativi del d. lgs. n. 368 del 2001. 86

4. La giustificazione del termine dopo le ultime novelle: il d.l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008 e il d. l. n. 78 del 2009, convertito in l. n. 102 del 2009. 87

5. La funzione del contratto collettivo nella determinazione delle ipotesi di legittima apposizione del termine. 91

6. Divieto di conversione e regime sanzionatorio speciale: l'art. 36 comma 5 d. lgs. n. 165/2001. 93

7. La legittimità costituzionale della disposizione sanzionatoria. 94

8. I rapporti tra la normativa nazionale e l'ordinamento comunitario alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia. 96

9. Divieto di conversione e diritto al risarcimento del danno: la quantificazione del risarcimento per una "tutela effettiva". 98

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 95/2010

## 1. Gli assetti regolativi nel lavoro pubblico e privato: dall'uniformazione alla diversificazione.

L'impianto normativo introdotto con il d.lgs. n. 29 del 1993, come modificato dal d. lgs. n. 80 del 1998 e trasfuso nel d. lgs. n. 165 del 2001, ha senz'altro rappresentato un intervento di delegificazione delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro pubblico volto a sanare la tradizionale spaccatura con il lavoro privato[252].

Ferma la natura amministrativa degli atti di macro-organizzazione pubblicistica degli uffici ed i vincoli alla spesa pubblica, si prevede infatti la diretta applicabilità del diritto comune al rapporto di lavoro pubblico, con la conseguenza che i rapporti di lavoro pubblico privatizzato vengono regolati dal Codice civile e dalle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa (art. 2 comma 2, d. lgs. 165 del 2001), fermo restando il limite delle "diverse disposizioni" contenute nel d. lgs. n. 165/2001, una delle quali (v. art. 36) riguarda proprio le forme contrattuali flessibili di assunzione.

La contrattazione collettiva, ammessa dapprima in via limitata e mediata dalla l. n. 93/1983, veniva svincolata e dotata di un potere di delegificazione rispetto ad ogni fonte difforme[253].

In particolare, l'art. 2 comma 2, del d. lgs. n. 165 del 2001 rappresentava una delle norme fondamentali per la tutela del regime privatistico anche nei confronti di future regolamentazioni speciali, potendo la contrattazione collettiva disapplicare le norme legali speciali e successive, in quanto destinate solo ad alcune amministrazioni pubbliche o a determinate categorie di dipendenti.

Il quadro non è però rimasto tale.

In controtendenza è l'esclusione del lavoro pubblico dalla riforma del mercato del lavoro operata dalla l. n. 30 del 2003 (art. 6), e dal d. lgs. attuativo n. 276 del 2003 (art. 1, comma 2): la differenziazione torna la regola e l'uniformità l'eccezione[254].

Altrettanto si verifica con la l. 4 marzo 2009, n. 15, che novella il d. lgs. n. 165 del 2001 in funzione di una maggiore efficienza, trasparenza, e produttività della P.A., nonché del contenimento della spesa pubblica – sulla scia del d. l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008, della legge finanziaria 2009 (l. n. 203 del 2008) e del d. l. n. 78 del 2009, convertito in l. n. 102 del 2009[255].

---

[252] M. D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 35; B. Caruso, *La storia interna della riforma del pubblico impiego: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in *LPA*, 2001, pp. 973 e ss.; M. Dell'Olio, *Privatizzazioni – Privatizzazione del pubblico impiego*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV; C. D'Orta, *Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, III, pag. 515 e segg.; L. Fiorillo, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili,* in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, Giuffrè, Milano, 2000, II, 1029; M. Persiani, *Brevi riflessioni sulla privatizzazione dell'impiego pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 621; M. Rusciano, *Problemi sulla contrattualizzazione del lavoro pubblico*, in *Dir. lav.*, 1998, 212; V. Talamo, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in questa Rivista, 90/2009, pp. 2-3.

[253] Fatte salve, come detto, *ex* art. 2 comma 2, le diverse disposizioni contenute nel d. lgs. n. 165/2001.

[254] Sul punto S. Mainardi, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 9 marzo 2006, n. 80,* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".*IT* – 45/2006, p. 4.

[255] F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009,* in questa Rivista, 88/2009, pp. 3-7; V. Talamo, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico,* cit., 4, secondo cui "in questi interventi traspare, in coerenza con la sostanziale sfiducia nei confronti di una contrattazione collettiva sfuggita al controllo, il carattere di ricentralizzazione normativa e la prevalente rilegificazione del rapporto di lavoro".

Con la l. n. 15 del 2009 e il d. lgs. attuativo del 27 ottobre 2009, n. 150, si apre pertanto una fase inversa di rilegificazione, perché la deroga collettiva deve essere espressamente prevista dalla legge (art. 2 comma 2, così come modificato dall'art. 1, comma 1, della l. n. 15 del 2009), mentre è attribuita ai decreti delegati la regolamentazione totale o parziale di una serie di istituti normativi (non economici[256]) afferenti al rapporto di lavoro e prima riservati alla contrattazione collettiva[257].

Rilegificazione garantita infine dall'applicabilità delle regole civilistiche sulla sostituzione automatica e sulla nullità parziale (artt. 1339 e 1419 c. 2 c. c.), e quindi dall'eterointegrazione normativa in caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva.

Si assiste così ad un sensibile allontanamento tra i due settori (pubblico e privato) in controtendenza non solo con la legislazione originaria ma con la stessa l. n. 15 del 2009, il cui art. 2, comma 1, lett. a), prevede quale obiettivo la convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali.

Ad ogni modo le innovazioni legislative degli ultimi anni, concernenti anche e soprattutto le forme contrattuali flessibili, sono tali da necessitare un approfondimento di carattere generale che esula da questo scritto il cui oggetto è limitato ad un'indagine sulla disciplina attualmente applicabile ai rapporti di lavoro a tempo determinato, considerato che la versione originaria dell'art. 36, d. lgs. n. 165 del 2001, si limitava a sancire la facoltà di utilizzare le forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, mentre oggi contiene una disciplina particolareggiata.

## 2. L'applicabilità del d. lgs. n. 368 del 2001 ai rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici "privatizzati".

Il problema che si pone all'interprete è quello di stabilire se, ed eventualmente entro quali limiti, il d. lgs. n. 368 del 2001 possa trovare applicazione ai rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici "privatizzati", visto che tale decreto, diversamente da altri[258], non contiene alcun espresso riferimento al lavoro pubblico.

Nel silenzio del dato normativo la questione non può essere risolta senza usufruire delle indicazioni contenute nella direttiva n. 1999/70/CE, il cui ambito di applicazione è definito dalla clausola 2 dell'accordo-quadro cui essa dà attuazione.

Ai sensi del primo comma di tale disposizione, l'accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti

---

[256] È stato lasciato intatto dalla riforma l'art. 2 comma 2 del d. lgs. n, 165/2001, a garanzia perequativa ed omogeneizzante delle retribuzioni: "le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti collettivi cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale".

[257] P. es. valutazione, merito, sanzioni disciplinari, progressioni di carriera. Cfr. L. Zoppoli, *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in questa Rivista, 87/2009, pp. 9-11 e 14-17; V. Talamo, cit., pp. 5-9. Sul punto anche F. Verbaro, Legge 4 marzo 2009, n. 15. Le strategie per innovare il lavoro pubblico, in C. Maceli (a cura di), *La Legge delega "Brunetta": la riforma della riforma,* in Dossier Adapt n. 3 dell'11 maggio 2009, pp. 2 e ss. in http://www.csmb.unimore.it/; P. Fuso, E. Massagli, *Lavoro pubblico. Ritorno al passato?* Sintesi del convegno Cgil presso Cnel il 16 febbraio 2009, in Dossier Adapt n. 3 dell'11 maggio 2009, pp. 17 e ss.

[258] Si pensi all'art. 10 del d. lgs. n. 61 del 2000 in materia di lavoro *part-time*.

collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro[259].

Mentre in virtù del secondo comma della clausola, la direttiva offre agli Stati membri la facoltà di sottrarsi alle disposizioni dell'accordo soltanto per quel che riguarda i rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato e i contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici.

Ciò posto, non sembra pertanto che la direttiva abbia inteso escludere dal suo campo di applicazione i contratti o i rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati con le pubbliche amministrazioni[260].

Ma all'interprete non è concesso terminare il suo sforzo perché, una volta risolta la questione dell'ambito di applicazione del decreto nei termini di cui si è detto, rimane l'esigenza di rimediare alle possibili antinomie derivanti dalla sovrapposizione di due normative interne (d. lgs. n. 165 del 2001 e d. lgs. n. 368 del 2001).

### 3. Gli effetti abrogativi del d. lgs. n. 368 del 2001.

Il primo comma dell'art. 11 del d. lgs. n. 368 del 2001 individua espressamente le norme abrogate e, cioè, la l. n. 230 del 1962 e successive modificazioni, l'art. 8 bis della l. n. 79 del 1983[261], l'art. 23 della l. n. 56 del 1987[262], ed infine tutte le norme "comunque incompatibili e non espressamente richiamate".

Questa disposizione pone subito un interrogativo, ossia se le norme precedenti incompatibili, e non espressamente richiamate nel d. lgs. n. 368 del 2001, debbano ritenersi in ogni caso abrogate, ovvero possano rimanere in vigore quando si dimostri la loro specialità.

Seguendo una prima corrente di pensiero[263], le norme speciali rimarrebbero in vigore solo se compatibili ovvero se richiamate; una tesi, questa, corroborata dallo stesso tenore letterale del primo comma dell'art. 11 del d. lgs. n. 368 del 2001 "comunque incompatibili e non espressamente richiamate" che altrimenti risulterebbe pleonastico, se non privo di senso, per via dell'art. 15 disp. prel. Cod. Civ. che già di per sé sancisce l'automatica abrogazione delle norme incompatibili.

---

[259] La clausola 3 definisce i lavoratori a tempo determinato come persone con un contratto o un rapporto di lavoro di durata determinata.

[260] Corte Giustizia sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, punto 54; v. anche Corte di Giustizia 7 settembre 2007, C-180/2004; da ultimo Corte di Giustizia 23 aprile 2009, causa C-378-80/07, *Angelidaki e a.*, (in http://eur-lex.europa.eu) pronunciatasi sulla compatibilità della disciplina ellenica dell'impiego a tempo determinato nel settore pubblico con le clausole 5 e 8.3 della Direttiva 99/70/CE (si vedano le Dichiarazioni finali, e tra tutte, la n. 2).

[261] La disposizione normativa riguardava i lavoratori stagionali.

[262] Il comma 1 dell'art. 23 l. n. 56 del 1987 prevedeva la possibilità, per i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, di individuare nuove ipotesi di legittima apposizione del termine. Il secondo comma disponeva, invece, il diritto di precedenza dei lavoratori a termine in caso di nuove assunzioni.

[263] La tesi è di A. Maresca, *Abrogazioni e disciplina transitoria*, in *Attuazione della direttiva n. 70/1999 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces* (a cura di G. Santoro Passarelli),in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, I, pag. 117 e ss.

In altre parole, visto l'intento del legislatore delegato di produrre un effetto "abrogativo ad ampio raggio", perché una norma non venga abrogata, non è sufficiente che essa sia speciale, ma occorre che venga richiamata espressamente dalla nuova disposizione, come sarebbe confermato dal fatto che, per mantenere in vigore determinate discipline, sono state previste disposizioni *ad hoc* (ad esempio il quinto comma dell'art. 10 del d. lgs. n. 368 del 2001).

Secondo altra scuola di pensiero[264], le argomentazioni su riferite non sarebbero idonee a giustificare l'inapplicabilità del noto principio *lex posterior generalis non derogat priori speciali* se si pensa che, tra l'altro, "identificare il limite oltre il quale la disciplina anteriore e speciale diventa incompatibile con quella generale successiva", si risolve spesso in una valutazione eccessivamente complessa.

Inoltre, un effetto abrogativo così esteso e di così forti ripercussioni pratiche non pare possibile mediante una pregiata acrobazia esegetica del dato normativo, essendo necessaria, invece, un'espressa previsione in tal senso, come è avvenuto per le altre normative[265].

Quest'ultima tesi, del resto, è stata già accolta in giurisprudenza[266] nella misura in cui è stato ritenuto applicabile, al lavoro pubblico, il secondo comma (ora quinto comma) dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 ove è sancito che, in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte di pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con quelle amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione; possibilità, invece, prevista dall'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001 per i lavoratori a tempo determinato alle dipendenze di datori di lavoro privati.

Risultato possibile per l'evidente carattere di specialità dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 inserito in un corpo normativo volto a regolare, anche con autonome caratteristiche, il rapporto alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Ne è seguita pertanto, in base ai principi generali che regolano la successione delle leggi nel tempo, l'impossibilità di ritenere tale disposizione tacitamente abrogata dal successivo d. lgs. n. 368 del 2001 che ha carattere generale e non contiene alcun riferimento ai contratti a termine con la pubblica amministrazione[267].

## 4. La giustificazione del termine dopo le ultime novelle: il d.l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008 e il d. l. n. 78 del 2009, convertito in l. n. 102 del 2009.

Alla luce di quanto detto nei paragrafi che precedono è certo che il d. lgs. n. 368 del 2001 trovi applicazione nel settore pubblico, ma è altrettanto certo che, per verificare la legittimità del termine apposto al contratto di lavoro, l'interprete deve coordinare il decreto citato con le disposizioni contenute nell'art. 36 del d. lgs n. 165 del 2001 da considerarsi norma speciale.

---

[264] G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 275.

[265] Legge n. 230 del 1962; art. 8 *bis*, l. n. 79 del 1983; art. 23, l. n. 56 del 1987.

[266] Corte di Giustizia 7 settembre 2006, C-180/2004; Corte Costituzionale 27 Marzo 2003, n. 89, in *Riv. crit. dir. lav*., 2003, 273; Trib. Bologna, 26 luglio 2007, in *Arg. dir. lav*., II, 2008, 598 e ss. con nota di M. M. Nanni; Trib. Rossano 4 giugno 2007, in *Riv. it. dir. lav*., II, 2007, 906; Trib. Genova 5 aprile 2007, in *Riv. it. dir. lav*., II, 2007, 906, con nota di L. Tebano; Trib. Roma 3 febbraio 2004, in *Arg. dir. lav*., III, 2005, 851 e ss. con nota di A. Preteroti; Trib. Napoli 6 febbraio 2004, in *Guida lav*., 13, 2004, 247.

[267] Trib. Roma 3 febbraio 2004, cit.

Orbene, l'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 è stato oggetto di una serie di interventi legislativi, gli ultimi dei quali rappresentati dal d. l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008 e dal d. l. n. 78 del 2009, convertito in l. n. 102 del 2009.

Sino all'entrata in vigore della l. n. 80 del 2006, le pubbliche amministrazioni misuravano la legittimità del termine esclusivamente sulla base delle prescrizioni contenute nel d. lgs. n. 368 del 2001, in quanto l'art. 36 comma 1, d. lgs. n. 165 del 2001, si limitava a sancire la facoltà di utilizzare le forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa.

Cosicché la legittima apposizione del termine al contratto di lavoro dipendeva dall'esistenza di ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo, da indicare *ex ante* in forma scritta *ad substantiam*[268], ma comunque entro condizioni non particolarmente rigide, inidonee a scoraggiare un utilizzo improprio di questo strumento contrattuale[269].

In questo quadro si inserisce il legislatore del 2006, che proprio al fine di evitare un uso distorto delle forme negoziali flessibili, è intervenuto con l'art. 4 della l. n. 80 del 2006 introducendo il comma 1 *bis* dell'art. 36, alla stregua del quale le amministrazioni potevano stipulare contratti a termine *solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea*, *nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all'articolo 4, c. 1, lettera a), del d. lgs. n. 276 del 2003, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi*.

Ciò voleva dire che nella pubblica amministrazione le assunzioni a termine erano legittime soltanto in presenza di ragioni oggettive (*ex* art 1 comma 1 d. lgs. n. 368 del 2001) connotate dai requisiti della temporaneità ed eccezionalità: requisiti che dovevano sussistere contemporaneamente e non alternativamente.

Ma il contesto normativo viene ulteriormente irrigidito, sempre nell'ottica di un superamento radicale e definitivo del "lavoro precario"[270], a seguito dell'entrata in vigore della legge finanziaria 2008 (l. n. 244 del 2007) il cui art. 3, comma 79, ha riscritto l'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 prevedendo che "*le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme di lavoro contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni*

---

[268] Art. 1 c. 2 d. lgs. n. 368/2001. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 214 dell'8 luglio 2009 (http://www.giurcost.it/, anno: 2009), ha chiarito come, per le ragioni sostitutive, il requisito dell'indicazione del nome del lavoratore sostituito e della causa di sostituzione sia implicitamente confluito nella suddetta norma, laddove prima era esplicitamente previsto dall'art. 1 c. 2 lett. b) , l. n. 230 del 1962. In questo modo risulta impedita una pronuncia di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 76, 77 e 117 c. 1 della Costituzione.

[269] Specie laddove si pensi che alle causali elastiche si aggiungeva l'impossibilità di considerare il contratto a termine un contratto a tempo indeterminato anche nel caso in cui queste fossero risultate insussistenti.

[270] Si veda già in questa direzione la finanziaria del 2007 (l. n. 296 del 2006) - e la c.d. procedura di stabilizzazione.

*per maternità relativamente alle autonomie territoriali"*[271].

È fin troppo evidente il capovolgimento di fronte operato dalla l. n. 244: una disciplina del lavoro a termine costruita intorno alla durata limitata dello stesso che, salvo alcune deroghe, non poteva superare (compresa l'eventuale proroga) i tre mesi.

La legittimità del termine era pertanto ancorata ad un limite di durata massima nonché alla esistenza delle ragioni oggettive di cui all'art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 368 del 2001.

Non sussisteva invece il limite dei tre mesi in caso di esigenze stagionali.

Si trattava delle ipotesi previste dal D.P.R. n. 1525 del 1963 il quale contiene un elenco di attività che, a ben vedere, nella maggior parte dei casi, mal si attagliano alla pubblica amministrazione visto che riguardano prevalentemente il settore dell'agricoltura[272].

Da ultimo, a distanza di sei mesi dall'entrata in vigore della l. n. 244 del 2007, è stato approvato il d. l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008, che, nel riscrivere l'art. 36 d. lgs. 165 del 2001, ha alleggerito i vincoli preesistenti[273].

In particolare la nuova disposizione prevede che in caso *di esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario* le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro

---

[271] Inoltre il provvedimento di assunzione deve contenere l'indicazione del nominativo della persona da sostituire. E in nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l'utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale.

[272] Si tratta infatti dei seguenti casi: 1. Sgusciatura delle mandorle.2. Scuotitura, raccolta e sgranatura delle pine. 3. Raccolta e conservazione dei prodotti sottobosco (funghi, tartufi, fragole, lamponi, mirtilli, ecc.). 4. Raccolta e spremitura delle olive. 5. Produzione del vino comune (raccolta, trasporto, pigiatura dell'uva, torchiatura delle vinacce, cottura del mosto, travasamento del vino). 6. Monda e trapianto, taglio e raccolta del riso. 7. Motoaratura, mietitura, trebbiatura meccanica dei cereali e pressatura dei foraggi. 8. Lavorazione del falasco. 9. Lavorazione del sommacco.10. Maciullazione e stigliatura della canapa. 11. Allevamento bachi, cernita, ammasso e stuccatura dei bozzoli. 12. Ammasso, sgranatura, legatura, macerazione e stesa all'aperto del lino. 13. Taglio delle erbe palustri, diserbo dei canali, riordinamento scolice delle opere consortili di bonifica. 14. Raccolta, infilzatura ed essiccamento della foglia del tabacco allo stato verde. 15. Cernita e condizionamento in colli della foglia di tabacco allo stato secco. 16. Taglio dei boschi, per il personale addetto all'abbattimento delle piante per legname da opera, alle operazioni per la preparazione della legna da ardere, alle operazioni di carbonizzazione nonchè alle relative operazioni di trasporto.17. Diradamento, raccolta e trasporto delle barbabietole da zucchero. 18. Scorzatura del sughero. 19. Salatura e marinatura del pesce. 20. Pesca e lavorazione del tonno. 21. Lavorazione delle sardine sott'olio (per le aziende che esercitano solo tale attività). 22. Lavorazione delle carni suine. 23. Produzione di formaggi in caseifici che lavorano esclusivamente latte ovino. 24. Lavorazione industriale di frutta, ortaggi e legumi per la fabbricazione di prodotti conservati vegetali e alimentari (limitatamente al personale assunto nel periodo di lavorazione del prodotto fresco). 25. Produzione di liquirizia. 26. Estrazione dell'olio dalle sanse e sua raffinazione. 27. Estrazione dell'olio dal vinacciolo e sua raffinazione. 28. Estrazione dell'alcool dalle vinacce e dalle mele. 29. Fabbricazione del ghiaccio (durante il periodo estivo). 30. Estrazione di essenze da erbe e frutti allo stato fresco. 31. Spiumatura della tiffa. 32. Sgranellatura del cotone. 33. Lavatura della paglia per cappelli. 34. Trattura della seta.35. Estrazione del tannino. 36. Fabbricazione e confezionamento di specialità dolciarie nei periodi precedenti le festività del Natale e della Pasqua. 37. Cave di alta montagna. 38. Montaggio, messa a punto e collaudo di esercizio di impianti per zuccherifici, per fabbriche di conserve alimentari e per attività limitate a campagne stagionali. 39. Fabbricazione dei laterizi con lavorazione a mano o mista a mano e a macchina nelle quali si faccia uso di essiccatoi all'aperto. 40. Cernita e insaccamento delle castagne.41. Sgusciatura ed insaccamento delle nocciole. 42. Raccolta, cernita, spedizione di prodotti ortofrutticoli freschi e fabbricazione dei relativi imballaggi. 43. Raccolta, cernita, confezione di uve da tavola e da esportazione. 44. Lavaggio e imballaggio della lana. 45. Fiere ed esposizioni. 46. Lavori preparatori della campagna salifera (sfangamento canali, ripristino arginature, mungitura e cilindratura caselle salanti, sistemazione aie di stagionatura), salinazione (movimento di acque, raccolta del sale). 47. Spalatura della neve. 48. Attività svolta in colonie montane, marine e curative. 49. Preparazione e produzione di spettacoli per il personale non menzionato nella lettera e) dell'art. 1 della legge 18 aprile 1962, n. 230, addetto a singoli spettacoli o serie di spettacoli consecutivi di durata prestabilita. 50. Attività del personale addetto alle arene cinematografiche estive. 51. Attività del personale assunto direttamente per corsi di insegnamento professionale di breve durata e soltanto per lo svolgimento di detti corsi. 52. Conduzione delle caldaie per il riscaldamento dei fabbricati.

[273] Giudica positivamente queste modifiche B. Caruso, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. n. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". *IT* – 79/2008, p. 10, secondo cui la disposizione precedente conteneva un irrazionale meccanismo di contrasto al precariato.

subordinato a tempo indeterminato, seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35.

Mentre in presenza di *esigenze temporanee ed eccezionali* le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti.

Ne segue che il contratto di lavoro a termine sarà legittimo solo a fronte di *esigenze temporanee ed eccezionali* e non anche e semplicemente in presenza di ragioni di carattere meramente oggettivo.

Si può pertanto osservare che la nuova formula legislativa si distanzia (nel senso che la circoscrive ulteriormente) da quella di cui all'art. art. 1 comma 1 del d. lgs. n. 368 del 2001, ma anche da quella precedentemente presente nel settore pubblico dopo la modifica operata dalla l. n. 244 del 2007(stavolta ampliandola).

A ben vedere la formula usata dal legislatore del 2008 sembra riprodurre quella introdotta dalla l. n. 80 del 2006, dalla quale si differenzia per alcuni aspetti:

- nella nuova formulazione non compare più l'inciso che circoscriveva l'assunzione a termine al "*previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea*, *nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all'articolo 4, c. 1, lettera a), del d. lgs. n. 276 del 2003, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi*;

- mentre compare (*rectius* compariva) una importante novità, contenuta nel comma 3 dell'art. 36, d. lgs. n. 165 del 2001, e finalizzata ad evitare abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, in virtù della quale le amministrazioni non potevano ricorrere all'utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio.

Ho detto compariva perché l'art. 36 comma 3 del d. lgs. n. 165 del 2001 è stato recentemente sostituito dall'art. 17 comma 26 lett. b del d. l. n. 78 del 1 luglio 2009 (convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102).

La nuova norma dispone che: "*Al fine di combattere gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di apposite istruzioni fornite con Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, le amministrazioni redigono, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate da trasmettere, entro il 31 gennaio di ciascun anno, ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, nonché alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica che redige una relazione annuale al Parlamento. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato".*

Dunque, il riferimento ad una durata massima complessiva delle varie forme flessibili di lavoro subordinato è stato eliminato, in favore di un semplice meccanismo di controllo.

Si badi però che, venuta meno la norma speciale contenuta nel comma 3 dell'art. 36 d. lgs. n. 165 del 2001 e riguardante il limite dei 36 mesi nell'ultimo quinquennio, rimane comunque in vigore

la regola generale di cui al comma 4*bis* dell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001 (in tema di successione di contratti a temine).

Ne segue che, fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore per lo svolgimento di mansioni equivalenti non può superare (salvo deroghe espressamente previste) i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro.

Ad ogni modo, anche dopo le modifiche operate dal d. l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008, e dal d. l. 78 del 2009, convertito in l. n. 102 del 2009[274], il lavoro a termine alle dipendenze della pubblica amministrazione rimane ipotesi eccezionale, da interpretare restrittivamente.

## 5. La funzione del contratto collettivo nella determinazione delle ipotesi di legittima apposizione del termine.

Sin dalla entrata in vigore del d. lgs. n. 368 del 2001 è stato correttamente osservato[275] che le norme dei contratti collettivi nazionali, regolanti le modalità di utilizzo del lavoro a termine nel lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, continueranno fino alla loro scadenza a spiegare efficacia e a regolare i rapporti di lavoro.

Il dubbio, semmai, poteva riguardare il significato da attribuire al primo comma (ora secondo comma) dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 in base al quale "i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato"[276].

Ma una lettura attenta di tale disposizione permetteva di affermare, almeno in astratto, la possibilità per la pubblica amministrazione di utilizzare i nuovi strumenti offerti dal d. lgs. n. 368 del 2001, pur senza l'intervento della contrattazione collettiva, alla quale la norma non avrebbe attribuito "funzione di fonte esclusiva"[277].

---

[274] La stessa norma, all'art. 17 comma 26 lett. d, introduce il comma 5-bis all'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, che così stabilisce: "Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto (*id est* il d.lgs. n. 165/2001)"
In altri termini il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato, introdotto dalla l. n. 247/2007 per i lavoratori a termine nel settore privato, viene esteso ai lavoratori assunti presso le P. A., ma soltanto per coloro che siano stati iscritti nelle liste di collocamento ed avviati secondo la legislazione vigente.

[275] Cfr. R. Salomone, *Contratto a termine e lavoro pubblico*, in *Il nuovo lavoro a termine* (a cura di M. Biagi), Giuffrè, Milano, 2002, 270 e ss. Sul punto U. Poti, *Contratti a termine e lavoro pubblico: riflessioni a margine del d. lgs. n. 368/2001*, in *Lav. pubbl. amm*., 2001, 785 e ss.; B. Voltattorni, *La riforma del contratto a termine nel pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.,* 2002, V, 365 e ss. Si veda anche A. M. Battisti, *Il contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni,* in *Il contratto a tempo determinato* (a cura di G. Perone), Giappichelli, Torino, 2002, 255 e ss.

[276] Cfr. M. Delfino, *Sub art. 36*, 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 leggi civ. comm*., 1999, II, 1279 e ss. Secondo l'autore "proprio questa formula poteva far sorgere qualche dubbio sulla immediata applicazione al pubblico dei rapporti di lavoro flessibili, in quanto potrebbe essere intesa come un rinvio obbligatorio alla fonte contrattuale. Secondo questa interpretazione, senza l'intervento della contrattazione collettiva, sarebbe escluso l'applicazione degli <istituti della flessibilità> al lavoro pubblico".

[277] L'espressione riportata tra virgolette è di R. Salomone, *Contratto a termine e lavoro pubblico,* cit., 271. In materia si veda inoltre il recente contributo di B. Caruso, La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. n. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche), in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". *IT* – 79/2008, pp. 9 e ss.

Un ragionamento dimostrato, in concreto, dalla circostanza che la stessa contrattazione collettiva intervenuta[278] ha evitato disposizioni particolareggiate, preferendo optare per una linea blanda, timorosa, o addirittura riproduttiva del dato legislativo.

Ma *quid juris* nel caso in cui i contratti collettivi nazionali[279], oltre a prevedere le c.d. clausole di contingentamento, individuino, nell'ambito della loro autonomia, casi di legittima apposizione del termine?

Occorre chiedersi, in altre parole**,** se questa casistica sia una mera esemplificazione delle causali, ferma restando la possibilità di individuare altri casi nell'ambito dell'autonomia individuale; ovvero se si tratti di situazioni che esauriscono il significato delle ragioni tecniche produttive, organizzative o sostitutive (art. 1 comma1, d. lgs. n. 368 del 2001) riferibili ad esigenze temporanee ed eccezionali (cfr. art. 36 comma 2 d. lgs. n. 165 del 2001).

In proposito ho già espresso il mio sommesso avviso[280], con riferimento al settore privato, interpretando l'intervento dei sindacati unicamente come "meccanismo non esaustivo di riempimento" della clausola generale testé citata, poiché diversamente si dovrebbe sostenere, senza alcun appiglio normativo di riferimento, che il d. lgs. n. 368 del 2001 ha affidato ai sindacati un vero e proprio potere di gestione dell'istituto.

In altri termini si passerebbe da una tipizzazione legale delle ipotesi di legittima apposizione del termine (cfr. l. n. 230 del 1962) ad una loro tipizzazione contrattuale variabile[281], *ergo* ad un intervento dell'autonomia sindacale che restringerebbe l'ambito delle possibili assunzioni anziché aumentarlo, come accadeva, invece, nel vigore dell'art. 23 l. n. 56 del 1987.

Per quanto concerne il settore pubblico, è possibile distinguere due situazioni. In un caso, immaginiamo l'intervento della contrattazione collettiva, *ergo* l'individuazione di causali ad opera del sindacato; in altro, il mancato intervento, ossia la mancanza di causali di fonte collettiva ovvero, il che è lo stesso, il rinvio alla fonte legislativa.

Bene, con riferimento alla prima ipotesi, due sono le possibili opzioni interpretative. O si considera la funzione dell'autonomia collettiva, in virtù della specifica previsione contenuta nell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001[282], come meccanismo esaustivo di riempimento delle causali di cui al primo comma dell'art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001 (letto in comunione con l'art. 36, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001), con la conseguenza che le parti individuali non possono stipulare contratti

---

[278] Cfr.; CCNL per il personale non dirigente dell'Enea del 21 febbraio 2002, il quale fissa solo il tetto del 10%; CCNL comparto ministeri del 12 giugno 2003; CCNL comparto enti locali del 22 gennaio 2004; CCNL del personale di comparto delle istituzioni e degli enti di ricerca e sperimentazione accordo di rinnovo del 7 aprile 2006 che si limita a fissare il limite massimo del 20 %.

[279] Si veda, specie nel settore privato, CCNL per i dipendenti di catene alberghiere; CCNL per i dipendenti esercenti l'attività di escavazione e lavorazione dei materiali lapidei.

[280] A. Preteroti, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale* (a cura di G. Santoro Passarelli), Milano, Ipsoa, 2009, 249 e ss. Un pensiero confortato dai primi riscontri giurisprudenziali, Trib. Firenze 23 aprile 2004, in *Riv. it. dir. lav*., I, 2005, 195 e ss. Secondo il giudicante, infatti, la contrattazione collettiva costituisce unicamente "un elemento di garanzia e di oggettivo riscontro in ordine alla reale sussistenza delle ragioni esposte nella motivazione degli atti medesimi".

[281] "Variabile" perché ciascun contratto collettivo potrebbe prevedere ipotesi diverse.

[282] Ai sensi del secondo comma dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato.

a termine all'infuori delle ipotesi già predeterminate, pur se rientranti nella macrocausale. Ovvero si considera una mera esemplificazione, come nel settore privato.

A ben vedere, sembra preferibile quest'ultima ricostruzione, ritenendo che anche nel lavoro pubblico possano valere le stesse osservazioni fatte per il settore privato.

E ciò, *a fortiori*, dopo la riscrittura dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 operata dall'art. 49 del d. l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008, che ha anteposto l'inciso "ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla valutazione delle necessità organizzative" all'espressione "i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia"[283].

Per quanto riguarda la seconda ipotesi, pertanto, *nulla quaestio* è ravvisabile poiché, tanto quando la stessa contrattazione collettiva rinvia alla fonte legislativa la regolamentazione della materia, quanto nelle ipotesi di vuoto normativo (ovviamente di fonte collettiva) si ritorna, senza eccezioni, alla regola di cui all'art. 1 d. lgs. n. 368 del 2001 letta in comunione con l'art. 36 comma 2.

## 6. Divieto di conversione e regime sanzionatorio speciale: l'art. 36 comma 5 d. lgs. n. 165/2001.

A seguito delle riflessioni fin qui svolte, sembra certo che il d. lgs. n. 368 del 2001 non possa trovare piena applicazione nel settore pubblico, quantomeno con riferimento al regime sanzionatorio[284].

Infatti il quinto comma (già secondo comma) dell'art. 36 d. lgs. 165 del 2001 dispone che "in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte di pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione.

Da ciò, è facile desumere che l'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, in quanto norma speciale, deroga la norma successiva generale[285] in ossequio al principio generale *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, comportando l'impossibilità, per il dipendente a termine delle P. A., di invocare la conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato; tale possibilità, si ripete, è invece prevista dall'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001 per i lavoratori a

---

[283] Mentre, prima di questa modifica, qualora nel contratto collettivo fossero state specificate causali da intendersi come *numerus clausus,* non sarebbe stato possibile all'amministrazione utilizzare il contratto a termine al di fuori di quelle ipotesi. Ciò in quanto l'art. 36 rinviava *sic et simpliciter* alla contrattazione collettiva la quale, una volta intervenuta nei termini di cui sopra, forte del rinvio legislativo contenuto in una norma speciale (l'art. 36 d. lgs. n. 165 del 2001 appunto) non poteva essere derogata, prevalendo pertanto anche sul d. lgs. n. 368 del 2001 che, come noto, lascia invece alla autonomia individuale l'individuazione delle ragioni oggettive di cui al comma 1.

[284] Così R. Santucci, *Contrattazione collettiva e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni,* in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Pesaro-Urbino, 24-25 Maggio 2002, Milano, 2003, 350.

[285] Pertanto non si applica la sanzione di cui all'articolo 5, commi 2 e 4, decreto legislativo numero 368 del 2001, cfr. L. De Angelis**,** *Scadenza del termine e sanzioni. Successione di contratti*, in *La nuova disciplina del lavoro a termine* (a cura di L. Menghini), Ipsoa, Milano, 2002, 132 e ss.; nonché A. Vallebona-C. Pisani, *Il nuovo contratto a termine*, Cedam, Padova, 2001, 60.

tempo alle dipendenze di datori di lavoro privati[286].

E non essendo possibile dichiarare *ab origine* l'avvenuta costituzione di un rapporto a tempo indeterminato o, in via subordinata, l'avvenuta trasformazione *ipso jure*, in base alle disposizioni delle leggi che regolamentano i rapporti privatistici, l'unica tutela offerta al lavoratore a termine alle dipendenze della pubblica amministrazione è quella prevista dall'art. 2126 c.c.; fatto salvo, ovviamente, il risarcimento del danno ulteriore[287].

Sembra più che legittimo, allora, chiedersi quali giustificazioni sorreggano una tutela così tanto differenziata.

## 7. La legittimità costituzionale della disposizione sanzionatoria.

Nei confronti del secondo comma (ora quinto) dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale per via di una pretesa violazione dell'articolo 3 della Costituzione, in quanto, nonostante l'intervenuta privatizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e la dichiarata applicabilità al suddetto rapporto del d. lgs. n. 368 del 2001, l'articolo 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 discriminerebbe i dipendenti pubblici rispetto a quelli privati nella misura in cui non garantisce ai primi- nel caso di violazione delle norme imperative sul lavoro a termine- la tutela rappresentata dalla cosiddetta conversione del rapporto[288].

La Corte Costituzionale, però, ha escluso l'esistenza di una violazione del principio di uguaglianza, stante la diversità delle situazioni messe in relazione[289].

Il principio di eguaglianza, infatti, impone di disciplinare situazioni uguali in modo uguale e situazioni differenti in modo differente.

Secondo la Corte, la privatizzazione riguarda soltanto lo svolgimento del rapporto di lavoro, ma non il momento della sua costituzione, restando immutate le peculiari esigenze di selezione del dipendente pubblico, a garanzia dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), che generalmente impongono il ricorso alla procedura concorsuale, salvo eccezioni.

---

[286] Sul punto già B. Voltattorni, *La riforma del contratto a termine,* cit., 372 "La sanzione della conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato non è applicabile nel pubblico impiego". Si ricorda, in proposito, che la giurisprudenza amministrativa ha escluso l'applicabilità dell'articolo 2, comma 2, l. n. 230/62 al pubblico impiego, argomentando che la conversione legale del contratto in rapporto a tempo indeterminato comporterebbe una illegittima elusione della regola del concorso, così tra i numerosi interventi dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, si vedano le decisioni numeri 1, 2 e 5 del 1992, in *Cons. St*., 1992, I, 133 e ss.

[287] Trib. Napoli 6 febbraio 2004, n. 3107, in *Guida lav*., 13, 2004, 247. Si veda art. 13 CCNL comparto enti locali del 22 gennaio 2004, ove è ribadito lo stesso principio. Cfr. M. Delfino, *Sub art. 36,* cit., 1286 e ss. L'articolo 2126 cod. civ. trova infatti un'applicazione molto più ampia nel settore pubblico che in quello privato, cfr. C. Zoli, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav*., 2001, 2, 474. Secondo M. L. De Margheriti, *Il lavoro a termine nel pubblico impiego*, in *Arg. dir. lav*., 2001, II, 136 "non si capisce il motivo per il quale nell'articolo 36 non si sia richiamato *de plano* l'art 2126". Cfr. anche L. Fiorillo, *Il reclutamento del personale pubblico*, *cit*., 1087 e ss.; C. Zoli, *Prestazione di fatto, cit*., 486 e ss.

[288] Cfr. articolo 5 d. lgs. n. 368/2001.

[289] Corte Costituzionale 27 Marzo 2003, n. 89, in *Riv. crit. dir. lav*., 2003, 273. Sul punto problematicamente Chieco, *I contratti "flessibili" della p. a. e l'inapplicabilità della sanzione "ordinaria" della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte Costituzionale*, in *Lav. pubbl., amm*., 3-4, 2003, 489 e ss.

Tutto ciò, a parere del giudice delle leggi, impedisce di ritenere irragionevole la disparità di trattamento come, a mio modesto avviso, risulta confermato dalla "rigida disciplina pubblicistica delle piante organiche e dalle esigenze di contenimento della spesa pubblica"[290].

Allo stato, dunque, la disposizione contenuta nell'articolo 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 rimane in vigore rispetto alla nuova disciplina contenuta nel d. lgs. n. 368 del 2001[291].

Si badi, però, che il giudice delle leggi, non ha spiegato cosa succeda nel caso in cui l'assunzione a termine avvenga tramite concorso o, comunque, procedure selettive idonee a garantire il rispetto dell'art. 97 Cost., e al contempo siano state violate le condizioni prescritte dal d. lgs. n. 368 del 2001 e dal d. lgs. 165 del 2001.

È fin troppo evidente che nessun dubbio può sorgere in caso di assunzione a termine tramite mera selezione effettuata esclusivamente in base ad una valutazione del *curriculum vitae* e dei titoli prodotti.

In questo caso i lavoratori non sostengono alcuna prova tesa a verificare la loro professionalità e il tutto viene confermato, al termine della selezione, dalla compilazione di una lista di idonei in luogo della tradizionale graduatoria, che sarebbe l'atto tipico che conclude il pubblico concorso.

Pertanto, se da un lato sembra consentito giustificare il divieto di conversione, d'altro lato, si potrebbe sostenere che, in ipotesi diverse, ossia ove non è invocabile l'art. 97 Cost., perchè rispettato al momento dell'assunzione, l'impossibilità di considerare il rapporto a tempo indeterminato determinerebbe la violazione dell'art. 3 Cost., per il venir meno, si ripete, della diversità (specialità) della situazione posta in relazione[292].

E la situazione prospettata può svestirsi dei panni di caso di scuola per divenire ipotesi frequente a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 4 comma 1 della l. n. 80 del 2006.

L'art. 4 appena menzionato, introducendo il comma 4 bis all'art. 35 d. lgs. n. 165 del 2001, ha stabilito che l'avvio delle procedure concorsuali di cui al comma 4 si applica anche alle procedure di reclutamento a tempo determinato per contingenti superiori alle cinque unità[293].

Ciò fa riemergere con forza l'interrogativo circa l'applicabilità della sanzione della conversione anche ai datori pubblici specie ove si consideri che a volte, lo stesso contratto collettivo, prevede una tale possibilità[294].

---

[290] D. Mezzacapo, *Profili problematici della flessibilità nel lavoro pubblico: il contratto a tempo determinato*, in *Lav. pubbl. amm.*, 3-4, 2003, 514; R. Salomone, *Contratto a termine e lavoro pubblico, cit*., 275.

[291] Da subito in questo senso G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori, cit.*, 275.

[292] E alla considerazione secondo la quale l'art. 97 Cost. andrebbe rispettato anche dopo l'assunzione che ha determinato il rapporto di lavoro a termine, si potrebbe obiettare sostenendo che lo stesso art. 97, comma 3, Cost. prevede che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede tramite concorso salvo i casi previsti dalla legge, ossia, per quel che a noi interessa, salvo le ipotesi ad esempio disciplinate dall'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001. Cfr. sul punto A. Preteroti, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: in particolare il regime sanzionatorio*, in *Arg. dir. lav.,* III, 2005, pp. 859, 860.

[293] Cfr. S. Ciucciovino, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d. lgs. n. 368 del 2001*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*, 2007, 498 e ss.; S. Mainardi, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 9 marzo 2006, n. 80,* cit., p. 15 e ss.

[294] Art. 5 comma 2 CCNL del personale di comparto delle istituzioni e degli enti di ricerca e sperimentazione accordo di rinnovo del 7 aprile 2006 secondo cui "qualora l'assunzione a tempo determinato avvenga con le medesime modalità e procedure previste dalla

## 8. I rapporti tra la normativa nazionale e l'ordinamento comunitario alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia.

A parte il profilo costituzionale, sono stati sollevati dubbi sulla conformità del quinto comma (già secondo comma) dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 all'ordinamento comunitario, tanto è vero che è stata sollevata alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale, *ex*. art. 234 Trattato CE, relativa alla interpretazione delle clausole 1 lett. b), e 5 dell'accordo quadro europeo, recepito dalla direttiva n. 1999/70 CE, al fine di chiarire se queste ultime - fissando il divieto di abuso in materia di successione di contratti a termine - ostino ovvero no all'applicazione del quinto comma dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 e di conseguenza se prevalgono o meno sulla disposizione nazionale[295].

Non si tratta di un interrogativo di poco momento poiché, come vedremo in seguito, l'operatività del quinto comma dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, potrebbe affievolire l'obiettivo della direttiva, consistente nel creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato[296].

Un giudice di merito[297], ancor prima della pronuncia della Corte di Giustizia, ha affermato che "il secondo comma (oggi quinto comma) dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 non contrasta con la direttiva 1999/70/CE dal momento che la sanzione della conversione non è l'unica misura contemplata dalla normativa comunitaria, ben potendo gli Stati membri stabilire altre sanzioni (come quella risarcitoria) per assicurare le finalità di tutela e di prevenzione degli abusi".

Oggi, tale lettura risulta confermata e opportunamente integrata dalla pronuncia della Corte di Giustizia Angelidaki[298], che ha recentemente chiarito come *"l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretato nel senso che, qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato preveda, nel settore in questione, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi ai sensi della clausola 5, n. 1, di detto accordo, esso non osta all'applicazione di una norma di diritto nazionale che vieti in modo assoluto, nel solo settore pubblico, la conversione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che, in quanto destinati a soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro, devono essere considerati abusivi",* escludendo dalla valutazione dell'effettività il singolo contratto a termine.

Di tal guisa diviene cruciale il ruolo svolto dal giudice del rinvio che deve *"valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'applicazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno ne fanno uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato*

---

legge per i concorsi a tempo indeterminato, l'Ente potrà, nei limiti stabiliti del fabbisogno di personale e previo il superamento di un'ulteriore verifica sull'attività svolta e sulla qualificazione conseguita, trasformare il rapporto a tempo indeterminato. Nella stessa direzione CCNL personale non dirigente dell'Enea accordo di rinnovo del 20 dicembre 2006.

[295] Trib. Genova, ord. 21 gennaio 2004, in *Lav. giur.*, 9, 2004, 885 e ss. Sulla prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno (fatti salvi i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale, nonché i diritti inalienabili della persona umana che, come è ovvio, esulano dall'art. 97 Cost.) cfr. Corte di Giustizia, Carra, causa C 258/98, 8 giugno 2000; Marleasing, causa C 106/89, 13 novembre 1990; Simmenthal, causa 106/77, 9 marzo 1978.

[296] Cfr. clausola 1 lett. b) dell'accordo quadro europeo, recepito nella direttiva n. 1999/70 CE.

[297] Trib. Roma 3 febbraio 2004, in *Arg. dir. lav.,* III, 2005, 851 e ss. con nota di A. Preteroti.

[298] Corte di Giustizia, Sez. III, 23 aprile 2009, cit., dich. 5 e 6, punti 200-203, 208-13.

*successivi".*

E si badi che il giudice comunitario, già in una precedente pronuncia, aveva avuto cura di precisare che "*l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato dev'essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico*[299]*.*

Questa considerazione, che riprende pedissequamente le conclusioni dell'avvocato generale[300], si basa sulla convinzione che il secondo comma della clausola 5 della direttiva n. 1999/70 CE, rimettendo alla valutazione discrezionale dei singoli Stati di stabilire a quali condizioni i contratti o rapporti a tempo determinato devono essere considerati successivi, nonché a quali condizioni devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato, permetterebbe un diverso regime sanzionatorio in presenza di condizioni diverse.

Ma proprio in virtù di quest'ultimo passaggio, il risarcimento del danno rappresenta una misura alternativa alla conversione esclusivamente nel caso in cui si possa invocare l'art. 97 Cost.; ritenendo necessaria, negli altri casi, la conversione del rapporto, secondo le regole di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001.

Infatti, se si può comprendere un trattamento diversificato e "speciale", con riferimento al momento genetico del rapporto lavorativo, perché la stessa clausola 5 della direttiva n. 1999/70 CE, anche se implicitamente, lo consente, l'art. 97 Cost. lo impone e il d. lgs. n. 165 del 2001 lo ribadisce; questo trattamento non si comprende quando il dipendente pubblico è a tutti gli effetti equiparabile al dipendente privato.

Tale considerazione, deriva, in particolare, dal rispetto del principio fondamentale della parità di trattamento, il quale richiede che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo obiettiva necessità[301].

Ne segue che lo Stato membro, coinvolto nelle cause in oggetto, è tenuto in ogni modo possibile ad applicare la direttiva di cui si tratta in condizioni tali da non contrastare con tale principio[302].

Alla luce di questo ragionamento e del principio di proporzionalità potrebbe prospettarsi, pertanto, la disapplicazione della normativa nazionale (art. 36, comma quinto, d. lgs. n. 165 del 2001),

---

299 Corte di Giustizia 7 settembre 2007, C-180/2004.

300 Conclusioni del 20 settembre 2005, cit.

301 In tal senso Corte di Giustizia sentenza 14 dicembre 2004, causa C-434/02, Arnold André, consultabile sul sito http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it

302 Il passaggio è ripreso dalle conclusioni dell'avvocato generale anche se il risultato cui si giunge è, ovviamente, diverso.

nei limiti di cui si detto, a vantaggio della direttiva 1999/70 CE, *ergo* dell'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001.

In tal modo, in attesa di una ulteriore pronuncia della Corte, la conversione non sarebbe figlia naturale del c.d. effetto diretto verticale da cui scaturisce l'invocabilità della direttiva nei confronti dello Stato, *ergo* del datore di lavoro statale e/o comunque pubblico[303], che, "stranamente", avrebbe evitato differenze di trattamento tra dipendenti pubblici e non[304]; ma del principio del primato del diritto comunitario, ai sensi del quale deve disapplicarsi qualsiasi norma nazionale contraria alle disposizioni della direttiva 1999/70.

In altri termini, seguendo le parole della Corte di Giustizia, *"anche se le modalità di attuazione di siffatte norme rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)"*[305].

## 9. Divieto di conversione e diritto al risarcimento del danno: la quantificazione del risarcimento per una "tutela effettiva".

Quanto sin'ora detto, però, non permette di dimenticare la situazione giuridica esistente.

*Rebus sic stantibus,* infatti, l'interprete non può fare a meno di confrontarsi con lo stato normativo così come interpretato dalla Corte Costituzionale e di Giustizia.

Ne consegue che l'oggetto dell'indagine risulterà circoscritto alla quantificazione del risarcimento idoneo a rappresentare la misura effettiva ed equivalente richiesta dalla Corte di Giustizia.

È da escludere pertanto che il risarcimento possa di per sé, a prescindere dal suo ammontare, rappresentare una misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato.

Un dato è certo, e si rinviene nelle pronunce della stessa Corte di Giustizia: lo strumento del risarcimento deve essere sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia

---

[303] La conversione non può essere figlia del c.d. effetto verticale perché la direttiva non indica in quali casi e a quali condizioni i rapporti a termine devono considerarsi a tempo indeterminato. Con riguardo all'effetto diretto verticale, tra le interpretazioni più estensive, cfr. Corte di Giustizia, Marshall 2, causa C-271/91, 2 agosto 1993, in *Mass. giur. lav*., 1994, 362, con nota di R. Foglia.

[304] Si è detto stranamente perché, in realtà, da tempo, si assiste a delle critiche tese ad evidenziare come l'efficacia diretta verticale si colori di una fisiologica discriminazione tra dipendenti pubblici e privati, non essendo possibile, a questi ultimi, avvantaggiarsi dell'effetto diretto verticale di cui si è fatto cenno. Sulla possibile discriminazione tra dipendenti pubblici e privati si rinvia a R. Foglia – G. Santoro Passarelli, *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1996, 59 e ss. Secondo gli autori, che condividono il pensiero di B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 1987, 312 e 313, o si esclude che la direttiva penetri nell'ordinamento statale, con la conseguenza che non sarà in alcun caso invocabile; o si ammette la penetrazione, ma allora la direttiva sarà invocabile da tutti e contro tutti. Si tratterebbe, insomma, di un problema di adattamento del diritto interno al diritto comunitario e non di destinatarietà della direttiva nell'ambito di quest'ultimo diritto. Analogamente critico G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Cedam, 2001, 151.

[305] Corte di Giustizia 7 settembre 2006, cit, Punto 37, che rinvia alla sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, punto 12, nonché alla sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler, punto 95.

delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro[306].

In una recente pronuncia[307], concernente la nullità della seconda proroga del termine perché in contrasto con l'art. 4 del d. lgs., un giudice di merito, preso atto dell'impossibilità di convertire il contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, ha riconosciuto esclusivamente il diritto alle maggiorazioni retributive *ex* art. 5 comma 1 del decreto per l'intera durata della illegittima prosecuzione del rapporto.

Il giudicante, quindi, ha utilizzato quale criterio per la quantificazione del risarcimento del danno previsto dall'art. 36 comma 2 (ora comma 5) d. lgs. n. 165/2001, l'art. 5 comma 1 d.lgs. 368/2001, in virtù del quale se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine successivamente prorogato ai sensi dell'articolo 4, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo, al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore.

Una maggiorazione che, ad avviso del Tribunale in questione, "*funge non solo da deterrente per il datore, ma assolve alla funzione di indennizzare il lavoratore per la ulteriore precarietà alla quale viene così costretto, essendo chiamato a prestare la sua attività lavorativa senza più alcuna certezza temporale e senza più alcun titolo legittimo*".

Inoltre, al fine di escludere il danno professionale per perdita di altre occasioni di lavoro, si legge nella motivazione che proprio la temporaneità del rapporto di lavoro con l'amministrazione, avrebbe permesso al lavoratore di accedere alle sopravvenute offerte lavorative ugualmente a termine. In altre parole la perdita di *chances* è figlia di libere scelte personali che non possono essere addossate al datore di lavoro.

Orbene, la ricostruzione di questo Tribunale non convince sia per il risultato raggiunto sia per l'argomentazione giuridica adottata.

Esso si limita a riconoscere un diritto alle maggiorazioni *ex* art. 5 comma 1 d. lgs. 368/2001 per l'attività prestata: solo questo basterebbe per sostenere il mancato adeguamento ai principi fissati dalla Corte di Giustizia.

Una sanzione così irrisoria non si presta infatti a fungere da tutela effettiva ed equivalente alla conversione.

Tra l'altro, una sanzione del genere sarebbe applicabile solo alle ipotesi di illegittima prosecuzione del rapporto, non potendo ricomprendere i casi di illegittima apposizione del termine per insussistenza delle ragioni oggettive.

Si pensi all'ipotesi di un lavoratore assunto illegittimamente che presti la propria attività sino alla scadenza del termine o, ad esempio, cinque giorni dopo.

In questo caso, adottando i criteri del Tribunale citato, al lavoratore non spetterebbe nulla, ovvero

---

306 Corte Giustizia sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler punto 94; si veda anche Corte di Giustizia 7 settembre 2007, Vassallo, C-180/2004 e Corte di Giustizia 23 aprile 2009, C-378-80/07, Angelidaki.

307 Trib. Perugia 21 settembre 2007, inedita. Ma si veda anche Trib. Bologna 26 luglio 2007, in *Arg. dir. lav*., II, 2008, 598 e ss.

una maggiorazione del 20% per i cinque giorni successivi alla scadenza del termine[308].

E ciò non è ammissibile specie a seguito dell'entrata in vigore del nuovo art. 36 comma 2, il quale consente l'apposizione del termine solo a fronte di esigenze temporanee ed eccezionali, con evidente ampliamento delle ipotesi in cui l'apposizione poterebbe risultare illegittima[309].

In generale, comunque, non convincono quelli tesi volte a qualificare il danno subito dal lavoratore come illecito aquiliano, ossia come danno derivante da responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.).

Mi limito ad osservare che in questo modo si addosserebbe al lavoratore l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta[310].

Onere che non deve essere assolto dal lavoratore del settore privato, il quale, come visto, è sufficiente che dimostri la violazione delle norme perché possa invocare l'effetto legale sostitutivo.

Ad ogni modo, secondo una giurisprudenza più sensibile ai principi comunitari[311], il pregiudizio arrecato al lavoratore corrisponde alla perdita del posto di lavoro e dunque di uno stabile trattamento retributivo assicurato dal rapporto d'impiego alle dipendenze di un ente pubblico.

Pregiudizio che può essere ristorato ancorando la determinazione del risarcimento ai commi 4 e 5 dell'art. 18 l. 300 del 1970, "unico istituto attraverso il quale il legislatore ha inteso monetizzare il valore del posto di lavoro assistito dalla cosiddetta stabilità reale, qual è quello alle dipendenze della pubblica amministrazione".

Ne segue che il risarcimento sarà pari a 20 mensilità, ottenute dalla somma di cinque (*ex* art. 18 comma 4) più 15 (*ex* art. 18 comma 5).

Quest'ultima tesi risulta davvero suggestiva, almeno quanto al risultato.

In primo luogo perché fungerebbe da misura effettiva e dissuasiva in ossequio al dettato comunitario; in secondo, perché fissa con certezza l'ammontare del risarcimento.

Certamente non può essere nascosto il timore di ricadere nella *vexata quaestio* circa l'applicabilità o meno delle norme sui licenziamenti ad altre fattispecie, ormai risolta in senso negativo dai giudici di legittimità[312].

---

[308] A meno che non si voglia sostenere, contro il dato letterale, che le maggiorazioni di cui all'art. 5 comma 1 d. lgs. 368/2001 spettino anche in caso di attività prestata sino alla scadenza del termine apposto invalidamente.

[309] Qui non si vuole disconoscere l'applicabilità dell'art. 5, comma 1, d. lgs. n. 368/2001, per i periodi c.d. di tolleranza. Anzi, per quei periodi, la sanzione è senz'altro applicabile poiché nessuna norma (compreso il d.lgs. 165/2001) lo vieta e nessuna ragione permetterebbe di differenziare il settore privato da quello pubblico. Il problema sorge con il superamento dei periodi suddetti; in quanto, proprio in quel momento, il lavoratore acquisterebbe il diritto alla "conversione", *ergo* al risarcimento.

[310] Si veda in materia di risarcimento del danno per perdita di *chance* la recente sentenza della Cass. Sez. Un. 27 marzo 2008, n. 7943, in *Guida al dir*., 18, 2008, 78.

[311] Trib. Genova 14 dicembre 2006, in *www.altalex.com,* la pronuncia riguardava un'ipotesi di illegittima apposizione del termine per contrasto con l'art. 1comma 1 e 2, nonché 4 del d. lgs. n. 368 del 2001. Si veda anche Trib. Genova 5 aprile 2007, in *Riv. it. dir. lav*., II, 2007, 906, con nota di L. Tebano; Trib. Latina 27 novembre 2007, inedita.

[312] L'applicazione delle norme sui licenziamenti determinerebbe, infatti, l'onere, in capo al prestatore, di impugnare entro sessanta giorni la comunicazione di cessazione del rapporto per scadenza del termine. Anche se questo timore potrebbe essere superato affermando che il rinvio all'art. 18 si intende esclusivamente "*quod poenam*".

Timore che poteva essere affievolito stabilendo un risarcimento pari a quindici mensilità piuttosto che a venti, in quanto le cinque mensilità previste dall'art. 18 comma 4 sono riferibili specificamente all'ipotesi di licenziamento inefficace o invalido.

Mentre le quindici mensilità previste dal comma 5 della stessa norma potrebbero senz'altro rappresentare la monetizzazione del posto di lavoro.

Ad ogni modo, all'interprete potrebbe risultare utile un confronto con altre fattispecie, quale ad esempio, quella delle assunzioni obbligatorie.

In queste ipotesi, come sappiamo, il lavoratore avviato legittimamente ha diritto all'assunzione e, qualora questa gli venga negata, può chiedere la condanna del datore inadempiente al risarcimento del danno, essendo esclusa la possibilità di richiedere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto *ex* art. 2932 c.c.

Bene, in questi casi, la giurisprudenza prevalente, applicando l'art. 1226 c. c., ha quantificato il risarcimento in misura pari alle retribuzioni perdute fino al momento in cui il lavoratore stesso ottenga un altro avviamento, ovvero sino al termine del giudizio di merito[313].

Restando salva, ovviamente, la possibilità di detrarre il danno evitabile con l'ordinaria diligenza *ex* art. 1227 c.c.

Applicando pertanto questi criteri al caso di nostro interesse, si dovrebbe sostenere che il lavoratore avrà diritto alle retribuzioni dal periodo di cessazione del rapporto (*rectius* dalla messa in mora) sino alla nuova occupazione a tempo indeterminato (perché a questo avrebbe avuto diritto in virtù del d. lgs. n. 368 del 2001). Ovvero sino alla sentenza di condanna, fatta salva la prova, (gravante sul datore di lavoro, debitore) che il protrarsi dello stato di disoccupazione del soggetto sia dovuto a colpevole inerzia del medesimo.

Ed in tutte i due i casi, a mio sommesso parere, al risarcimento andranno sommate le maggiorazioni di cui all'art. 5 comma 1 per l'eventuale attività prestata nei periodi c.d. di tolleranza.

Per quei periodi la sanzione è senz'altro applicabile poiché nessuna norma (compreso il d.lgs. 165/2001) lo vieta, e nessuna ragione permetterebbe di differenziare il settore privato da quello pubblico.

Sa bene chi scrive i limiti che incontrerebbero ambedue le opzioni, ed in particolare la prima che addosserebbe al datore responsabilità per situazioni a lui estranee, come l'andamento del mercato del lavoro[314].

Ma l'inconveniente viene superato utilizzando il secondo criterio.

In altre parole l'ammontare del risarcimento sarà determinato dalle retribuzioni non percepite

---

313 Tra le altre cfr. Cass. n. 5766 del 2002; Cass. n. 11877 del 1998, in *Riv. it. dir. lav*., II, 495 e ss., con nota di V. Marino. Secondo questa pronuncia il danno deve essere temporalmente delimitato nell'ambito della pronuncia di secondo grado (ovvero di primo se non vi è stato appello), in quanto per il periodo successivo alla sentenza manca il requisito dell'attualità e della certezza della proiezione nel futuro dell'evento lesivo costituito dall'ingiusto stato di disoccupazione.

314 Adotta questo criterio ispirato ad equità Trib. Rossano 4 giugno 2007, in *Riv. it. dir. lav*., II, 2007, 906, secondo cui la misura del risarcimento va correlata al periodo medio necessario a trovare una nuova occupazione secondo i dati statistici, articolati in ragione della zona geografica, dell'età, del sesso e del titolo di studio dei lavoratori. Misura che in questo caso è stata fissata in 17 mensilità commisurate all'ultima retribuzione globale di fatto.

dal momento della cessazione del rapporto sino alla nuova occupazione, e comunque non oltre la sentenza di condanna.

Diversamente opinando, probabilmente, si rischia di utilizzare letture interpretative forzate, ovvero letture da cui non conseguono tutele effettive ed equivalenti.

# Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo: il paradigma dell'autonomia*

Daniela Comandè

1. L'autonomia collettiva nel disegno del Trattato. 104
2. Il 'non detto' dell'art. 155 TFUE: una norma aperta di rinvio. 110
3. Meccanismi procedurali: i percorsi segnati dall'autonomia dei soggetti. 116
4. I modelli di efficacia della negoziazione collettiva autonoma. 120
5. Dagli statuti paralleli alla costruzione dell'effetto diretto: le mappe teoriche dell'efficacia. 125
6. La negoziazione collettiva autonoma nella prassi: contenuti e strumenti. 130
7. La 'quinta' libertà nell'Unione. 136

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 76/2010

## 1. L'autonomia collettiva nel disegno del Trattato.

Analizzare l'architettura normativa della negoziazione collettiva disegnata dal legislatore europeo nel Trattato[315] è un compito assai arduo dal momento che sconta almeno due problematiche connesse: da un lato, la mutevolezza nel tempo dei percorsi tracciati dall'autonomia collettiva nell'ordinamento europeo, dall'altro la contestuale assenza di dettagli nei dispositivi in materia che rende inevitabilmente più rilevante il 'non detto' del Trattato ed apre scenari imprevedibili nel panorama regolativo europeo. Il tema conduce al cuore della dinamica tradizionale tra fonti autonome ed eteronome, anzi proprio nel punto in cui le stesse si intrecciano, e richiede nel differente contesto europeo una scelta di prospettiva che prediliga il punto di vista delle parti sociali, dal momento che si tratta di uno scenario del tutto nuovo non assimilabile agli ordinamenti statuali tradizionali. Rileggere le norme del Trattato che riguardano l'autonomia collettiva alla luce di tale impostazione significa, in senso lato, rispondere positivamente alla domanda sull'esistenza stessa di un sistema di relazioni sindacali pienamente operativo. D'altra parte, non si può negare come la stessa funzione normativa attribuita alle parti sociali nell'ordinamento giuridico sovranazionale costituisca *ex se* una garanzia in tal senso[316].

Fino al momento in cui non si è verificato quello che potremmo definire un "incontro ufficiale", nelle maglie del Trattato, tra sistema regolativo sociale e ordinamento europeo – storicamente l'inserimento dell'APS nel Trattato – tutti i progressi che quel dialogo aveva compiuto erano rimasti 'confinati' nel bacino dell'informalità. Una volta aperti nuovi varchi di regolazione in favore dell'autonomia collettiva, modelli differenti, specie negli anni più recenti, si sono presentati agli interpreti, i quali hanno studiato analiticamente i fenomeni, cercando di cogliere, *de iure condito*, quali siano stati i punti di intervento delle istituzioni sovranazionali nell'agone di confronto tra gli attori collettivi e, *de iure condendo*, quale sia stata la portata innovativa dei percorsi potenziali dell'autonomia.

L'operazione ermeneutica può essere condotta o ponendosi dal lato istituzionale dell'ordinamento europeo o, viceversa, appostandosi nella sfera regolativa riservata alle parti sociali: il primo

---

315 Il Trattato di Lisbona ha modificato, seppure non in maniera significativa le norme che nel TUE facevano riferimento alle parti sociali e, tuttavia, ha inserito un nuovo articolo, il 152, che potrebbe essere considerato come rafforzativo del successivo art. 155 (prima 139), in un'ottica di valorizzazione dell'autonomia degli attori collettivi. In particolare, l'art. 2, punto 115 del Trattato di Lisbona inserisce un nuovo art. 136 *bis* nel Tce (oggi art. 152 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, d'ora in poi TFUE), ai sensi del quale «L'Unione riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al suo livello, tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali. Essa facilita il dialogo tra tali parti, nel rispetto della loro *autonomia* (c.vo mio). Il vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione contribuisce al dialogo sociale»; inoltre, il punto 116 modifica l'art. 137 (oggi art. 153, paragrafo 3 TFUE) (anche) nel senso di consentire ad uno Stato membro di affidare alle parti sociali, a loro richiesta congiunta, il compito di mettere in atto – oltre che, come già previsto dalla norma, le direttive prese a norma del paragrafo 2 – «se del caso, una decisione del Consiglio adottata conformemente all'ex art. 139 (oggi art. 155 TFUE)»; il punto 117 modifica l'ultimo paragrafo dell'ex art. 138 (oggi art. 154 TFUE) considerando le varie consultazioni tra Commissione e parti sociali come parte di un *processo* e non di un *procedimento* e inserendole all'interno di un unico disegno di coinvolgimento degli attori collettivi nelle arene legislative delle istituzioni. Un disegno che non sarebbe semplicemente un procedimento, ovvero una successione di azioni rigidamente predeterminate, ma un vero e proprio processo, cioè qualcosa in più, un complesso di attività interconnesse che produce delle trasformazioni. L'idea sembra essere quella di un prodotto normativo a costruzione dinamica, frutto dell'incontro di volontà di più soggetti. Infine, il punto 118 modifica l'ex art. 139 (oggi art. 155 TFUE) inserendo un flusso di comunicazione che va dalle parti sociali anche al Parlamento europeo, oltre che alla Commissione (paragrafo 2).

316 Cfr. SCHNORR G., *I contratti collettivi in un'Europa integrata*, in *RIDL*, 1993, n.3, p. 333, per il quale "in questa garanzia a livello comunitario è implicita anche la garanzia dell'esistenza stessa delle parti sociali europee; senza di essa infatti queste funzioni non potrebbero essere esercitate".

punto di osservazione, più tradizionale, è quello che conferisce maggiore rilevanza al momento istituzionale come assorbente quello autonomo[317]; il secondo, invece tende a tenere distinti i due versanti del dialogo, pur rilevandone i momenti di contatto. E questo secondo consente di cogliere più agevolmente le fasi di esplicazione dell'autonomia.

Il coinvolgimento vincolato o libero delle parti sociali negli ingranaggi decisionali dell'ordinamento sovranazionale si è verificato attraverso l'inserimento articolato di forme "antiche" di partecipazione[318] in una nuova cornice di valorizzazione eteronoma del ruolo dei *partners* sociali[319]. Il processo di cui si parla è suscettibile di una lettura alternativa: secondo il paradigma tradizionalmente adottato da una parte della dottrina[320], le istituzioni comunitarie, impossibilitate a superare le note difficoltà regolative, hanno pensato di superare l'*impasse* chiamando in causa gli attori collettivi per acquisire in modo indiretto quel consenso sociale mancante in Europa; oppure, secondo una visione non strumentale e asettica, si è fornita una *chance* regolativa ulteriore agli attori sociali, valevole anche all'interno dell'ordinamento europeo, cosicché si assumesse accanto ad una cornice informale, gli incontri di Val Duchesse, un'altra proceduralizzata e formale, inserita nella cornice del Trattato.

Sia che si tratti di un cedimento del legislatore sovranazionale al solito "vizietto (…) di esibirsi in progetti di regolazione che necessitano in misura smodata del contributo creativo delle fonti autonome"[321], sia che si intenda come modello regolativo aggiuntivo, in entrambi i casi l'effetto sembra essere il medesimo, ovvero la aumentata e ufficializzata rilevanza della negoziazione collettiva come fonte anche all'interno dell'ordinamento europeo, che discende da un tardivo riconoscimento del ruolo che nel mercato svolge l'autonomia collettiva mediante la contrattazione. Una sorta di risarcimento che, per quanto arrivato tardi, e dopo avere attraversato un laborioso percorso ad ostacoli, consente oggi di mettere in gioco "un concetto meno rozzo e più sofisticato di libera concorrenza"[322].

---

[317] Esempio in tal senso è costituito dal procedimento per cui un accordo collettivo stipulato tra le parti sociali che sfocia in una decisione del Consiglio è letto come un *iter* in cui "la forma-direttiva prevale sulla sostanza-accordo": come dire che la procedura di attuazione avrebbe una così grande importanza da inficiare, o meglio assorbire, il frutto dei procedimenti autonomi. È proprio in questo senso che una parte della dottrina lo ha considerato, vedi GUARRIELLO F., *Il ruolo delle parti sociali nella produzione e nella attuazione del diritto comunitario*, in *Europa e Diritto Privato*, 1999, n.1, p. 254, ID., in AA. VV., *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, Giuffrè, 2004, V, p. 3458.

[318] Prima dell'avvio del processo di formalizzazione della metà degli anni '80, si è potuta registrare in ambito comunitario l'esistenza di un complesso tessuto di relazioni informali instauratesi tra rappresentanti dei diversi gruppi di interesse. La prassi di confronto, attraverso riunioni informali, gruppi di studio, *briefings*, audizioni, etc., era funzionale sia alle c.d. attività di lobbying – che riuscivano attraverso questi canali ad esprimere le loro posizioni così da influenzare, quantomeno, i luoghi di 'residenza' del processo decisionale comunitario – sia alle stesse istituzioni comunitarie per prendere coscienza e comprendere una realtà eterogenea e diversificata, GUARRIELLO F., *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale*, Milano, Franco Angeli, 1992, p. 34ss.

[319] NUNIN R., *Il dialogo sociale europeo. Attori, procedure, prospettive*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 161.

[320] Per tutti LO FARO A., *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 257ss. che ha posto l'accento sulla "dimensione 'servente' della contrattazione collettiva europea nei confronti della funzionalità del sistema di produzione normativa comunitaria".

[321] ROMAGNOLI U., *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 174.

[322] VENEZIANI B., *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva nella fase della trasformazione istituzionale dell'Unione Europea*, in RGL, 1998, n.2, p. 265, il quale complessivamente vi scorge un passo avanti nel momento in cui si afferma il principio per cui l'ideologia di integrazione dei mercati non deve avvenire con il *social dumping* e un potenziale pericoloso passo indietro se prelude ad un livellamento verso il basso delle tutele normative per i lavoratori.

Il punto di riferimento normativo sono gli attuali artt. 154 e 155 TFUE, i cui *incipit*, letti simmetricamente, mostrano la posizione ambivalente che possono assumere le parti sociali nel confronto con le istituzioni. Da un lato, come destinatarie dei compiti esortativi della Commissione e quindi come oggetto delle attenzioni delle istituzioni[323], dall'altro come soggetto indipendente di regolazione che si muove su basi esclusivamente volontaristiche. Infatti, mentre nel primo paragrafo dell'art. 154[324] si investe la Commissione della funzione di promozione e sostegno del dialogo sociale a livello europeo, assegnandole un ruolo di terzo *super partes*, si lascia sullo sfondo la circostanza che siano le parti sociali le vere protagoniste della struttura complessa predisposta dal Trattato. Nel corrispondente paragrafo dell'art. 155[325] le stesse sono gli unici soggetti della regolazione ed agiscono in piena autodeterminazione di mezzi e fini. Come dire che nel primo caso da subito si ravvisa un disegno del legislatore volto ad innescare un procedimento integrato[326] in cui istituzioni e attori collettivi sono chiamati ad interagire e condividerne le diverse fasi. Nel secondo, invece, il procedimento immaginato può essere, a discrezione delle parti sociali, del tutto autonomo dalle istituzioni – e può rimanerlo sia per la fase iniziale che per quella attuativa – sia in relazione all'aspetto soggettivo, ovvero la volontà di avvio, sia a quello oggettivo, cioè la natura del risultato.

Ma vi è di più e il quadro si complica andando avanti nella lettura delle disposizioni. Infatti, nei paragrafi successivi, si registra un capovolgimento di struttura, tra soggetti e destinatari delle norme. L'art. 154 prosegue[327] portando le parti sociali da destinatarie a soggetti: sono loro che

---

[323] In termini simili si esprime VENEZIANI B., *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva…*, op. ult. cit., p. 246.

[324] Che recita: "La Commissione ha il compito di *promuovere* la consultazione delle parti sociali a livello dell'Unione e prende ogni misura utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un *sostegno equilibrato* delle parti" (c.vo mio).

[325] "Il dialogo fra le parti sociali a livello dell'Unione può condurre, *se queste lo desiderano*, a relazioni contrattuali, ivi compresi accordi" (c.vo mio).

[326] L'espressione è adoperata da SCHNORR G., *I contratti collettivi in un'Europa integrata*, op. cit., p. 331, che però la riferisce al solo caso in cui il procedimento sia avviato su impulso della Commissione intenzionata a regolare aspetti del diritto del lavoro che ricadono tra le materie di competenza sovranazionale. *Contra* DAUBLER W., *Europäische Tarifverträge nach Maastricht*, in *Europaische Zeitschrift fur Wirtschaftsrecht,* 1992, n.3, p. 334, per il quale le parti sociali europee avrebbero la facoltà di decidere se rendere vincolanti i loro accordi tramite una decisione del Consiglio oppure a norma del diritto contrattuale collettivo interno. La prima delle due letture sembra soffrire di quella impostazione rigida giusta la quale un accordo autonomo non originato da un'iniziativa della Commissione non potrebbe essere attuato tramite una fonte europea ordinaria quale la decisione, e manca di prestare attenzione al caso in cui il medesimo accordo, pur progettato e concordato fuori dai disegni della Commissione, ben potrebbe rientrare, per la materia trattata, nell'ambito delle competenze dell'Unione. Tuttavia, l'espressione procedimento integrato è qui utilizzata nella sua accezione più completa, per riferirsi ad una istituzionalizzazione di pratiche concertative e di collaborazione tra istituzioni e parti sociali, che hanno consentito alla dottrina di collocarle nell'alveo delle prassi storiche del c.d. neo-corporativismo, senza alcun riferimento ai negoziati che si sviluppano autonomamente su impulso e attuazione delle parti sociali. Su questo modello teorico la bibliografia è vasta, *ex multis* MARAFFI M., *La società neocorporativa*, Bologna, Il Mulino, 1981; CROUCH C., *Stato, mercato e organizzazione. La teoria neocorporativa*, in *SM*, 1981, n.2, p. 333ss; ID., *Non amato ma inevitabile ritorno al neocorporativismo*, in *DLRI*, 1998, n.1, p. 55ss; VARDARO G. (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, Milano, Franco Angeli, 1988; SCHMITTER P.C., *Teoria della democrazia e pratica neo-corporatista*, in AA.VV., *Il futuro del sindacato*, FERRANTE G. (a cura di), Roma, Ediesse, 1986, p. 89ss; SCHMITTER P.C., GROTE J.R., *Sisifo corporatista: passato, presente e futuro*, in *SM*, 1997, n.2, p. 183ss.

[327] "2. A tal fine la Commissione, prima di presentare proposte nel settore della politica sociale, consulta le parti sociali sul possibile orientamento di un'azione dell'Unione. 3. Se, dopo tale consultazione, ritiene opportuna un'azione dell'Unione, la Commissione consulta le parti sociali sul contenuto della proposta prevista. Le parti sociali trasmettono alla Commissione un parere o, se opportuno, una raccomandazione. 4. In occasione delle consultazioni di cui ai paragrafi 2 e 3 le parti sociali possono informare la Commissione della loro volontà di avviare il processo previsto dall'art. 155. La durata di tale processo non supera nove mesi, salvo proroga decisa in comune dalle parti sociali interessate e dalla Commissione". Nei commi successivi l'asse soggettivo si sposta dalla Commissione agli attori collettivi, a sottolineare che, una volta "effettuato il passaggio smarcante, il *play maker* (*ndr* la Commissione) se ne va volontariamente in panchina" ed il suo ritorno in campo "è subordinato alla volontà dei contraenti" ROMAGNOLI U., *I profili istituzionali della*

scelgono se intercettare i *desiderata* della Commissione; sono sempre loro che decidono se limitarsi a presentare pareri e raccomandazioni nel campo della politica sociale o piuttosto avocare interamente uno spazio regolativo; sono, infine, ancora loro che hanno il potere di trasformare un procedimento da integrato e cooperativo in autonomo, ovvero di passare dalla regolazione "indotta" a quella "volontaria"[328]. È come se l'ingresso dell'edificio istituzionale 'pubblico' fosse dotato di una porta girevole, grazie alla quale gli attori collettivi godono di un accesso facilitato ad opera della Commissione, e usufruiscono altresì di una via d'uscita esclusiva che consente loro di portare fuori dall'edificio, nel campo privato, spazi di regolazione della politica sociale. Una commistione tra strutture pubbliche e private in cui il testimone sembra custodito dalle seconde in un contesto complesso di moduli differenti di regolazione. Un meccanismo articolato in guisa del quale, a discrezione dei soggetti collettivi, le fonti negoziali possono sostituire, accostarsi o aggiungersi a quelle istituzionali. Un impianto normativo che mostra la *vis expansiva* del contratto collettivo nel rafforzamento degli obiettivi sociali e che mette alla prova il sistema delle fonti dell'ordinamento europeo. Considerazioni confermate dai paragrafi successivi dell'art. 155[329], a mente dei quali il cerchio si può considerare chiuso: sia perché la Commissione può rientrare a svolgere un ruolo determinante solo laddove le parti sociali lo chiedano espressamente, sia soprattutto perché la negoziazione collettiva si avvale in fase attuativa di "procedure e prassi proprie".

Tuttavia le questioni appaiono più intricate nella fase importante di chiusura dei procedimenti, laddove è necessario scegliere i mezzi per conferire efficacia alla negoziazione: se è vero che sono le stesse parti sociali a optare tra un'attuazione "secondo le procedure e prassi proprie" e un'altra tramite "decisione del Consiglio", è anche vero che la scelta potrebbe in qualche modo essere condizionata dalla natura attuativa cd. "debole" della prima e "forte"[330] della seconda. Debole, la prima, perché soggetta ai rischi tradizionali con i quali storicamente si confronta un'autonomia

---

*contrattazione collettiva europea*, in LETTIERI A., ROMAGNOLI U. (a cura di), *La contrattazione collettiva in Europa*, Roma, Ediesse, 1998, p. 23.

[328] L'efficace bipartizione in contrattazione indotta e contrattazione volontaria è stata indicata da LO FARO A., *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva* …, op. cit., p. 126ss.

[329] "2. Gli accordi conclusi a livello dell'Unione sono attuati secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri o, nell'ambito dei settori contemplati dall'art. 153, e a richiesta congiunta delle parti firmatarie, in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione. Il Parlamento europeo è informato. Il Consiglio delibera all'unanimità allorché l'accordo in questione contiene una o più disposizioni relative ad uno dei settori per i quali è richiesta l'unanimità a norma dell'art. 153, paragrafo 2".

[330] In realtà il problema dell'attuazione porta con sé un altro problema che è quello relativo a cosa è suscettibile di essere attuato: solo i negoziati frutto di impulso della Commissione o anche quelli liberi. La lettura, maggioritaria nella dottrina, legge *congiuntamente* gli artt. 154 e 155, considerandoli come parti di un unico disegno normativo, e pertanto ammette in entrambe le tipologie di negoziato, quello indotto e quello volontario, che l'esito sia trasposto in un atto ufficiale della Comunità, concordano sul punto LO FARO A., *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva* …, op. cit., p. 128; NUNIN R., *Il dialogo sociale europeo*…, op. cit., p. 173. L'altra ipotesi è quella *disgiuntiva*, secondo la quale la sola negoziazione indotta può ricevere un'attuazione forte. "Hence, an agreement by social partners not based on an initial Commission proposal, would fall outside the context of Community law. The MASP clearly implies that the social partners can take a proposal away from the Commission. If there is no such proposal, there is nothing to take away", se così non fosse le parti sociali "can set the agenda for the Community's (social) legislative programme; that would be contrary to the Commission's role in the Community" (BETTEN L., *The Democratic Deficit of Partecipatory Democracy in Community Social Policy*, in *European Law Review*, 1998, n.1, p. 29).

privata collettiva che agisce 'fuori' da un ordinamento giuridico: la mancanza di certezza dell'effettività dell'accordo[331]. Forte, la seconda, perché incanalata all'interno dei canonici strumenti di normazione previsti positivamente dall'ordinamento[332]. Dalla ricostruzione sembrerebbe potersi inferire una valutazione negativa del dialogo a più dimensioni tra parti sociali e istituzioni, non fosse altro perché la contrattazione collettiva, proprio in quanto istituzionalizzata, finirebbe per essere assorbita negli spazi regolativi dell'ordinamento europeo e ne rimarrebbe costretta a tal punto da uscirne priva della sua fisionomia più tipica: la libertà di contrattare.

Così non sembra essere per almeno due ordini di ragioni: da un lato, perché la modellistica predisposta in sede sovranazionale tiene conto espressamente della possibile esistenza di processi di autonormazione[333] (negoziazione collettiva), che in quanto intrinsecamente pluralistici nei modi, nei mezzi, nelle sedi e nei fini, aprono la strada a sviluppi successivi non predeterminabili e

---

[331] Bisogna rilevare come non tutti concordino sul fatto che questo tipo di procedura possa considerarsi debole. Vi è chi ne sostiene la intrinseca debolezza sulla base della circostanza che il contratto collettivo europeo per potere incidere sulle situazioni soggettive dei lavoratori dovrebbe essere rinegoziato a livello nazionale (LO FARO A., *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva …*, op. ult. cit., p. 165; ID., *Europei, comunitari, comunitarizzati: i contratti collettivi nell'era della sovranazionalità*, in *RGL*, 2000, n. 4, spec. p. 876ss, ed in AA. VV., *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, Giuffrè, 2004, pt. V, spec. p. 3494ss, ove un'attenta ricostruzione del dibattito sul punto, NUNIN R., *Il dialogo sociale europeo*, op. ult. cit., p. 176); chi, invece, ritiene che il contratto collettivo europeo sia dotato di una efficacia diretta che va oltre gli ordinamenti nazionali fino ai singoli rapporti individuali di lavoro, argomentando questa opinione sulla base di un'applicazione analogica dei meccanismi propri del diritto internazionale privato (JEAMMAUD A., *Per una discussione sulla contrattazione collettiva europea dal punto di vista degli ordinamenti nazionali*, in LETTIERI A., ROMAGNOLI U. (a cura di), *La contrattazione collettiva in Europa*, Roma, Ediesse, 1998, p. 79ss; e più ampiamente, con alcune differenze, OCCHINO A., *Contratti collettivi internazionali e contratti collettivi comunitari*, in *QDLRI*, 1998, n.20, p. 143ss); chi più semplicemente legge nella disposizione un rinvio nei confronti della contrattazione collettiva e un corrispondente obbligo gravante sulle parti nazionali (ARRIGO G., *Il dialogo sociale istituzionale dopo il Trattato di Amsterdam*, in *LI*, 1998, n. 15-16, p. 10ss).

[332] Si è discusso ampiamente in dottrina sulla vera natura dell'atto che, pur frutto di negoziazione, nel momento in cui viene recepito in un atto ufficiale delle istituzioni perderebbe i connotati tipici dell'autonomia per accedere a pieno titolo tra quelli classici eteronomi. Non si può dire, peraltro, che tale discussione sull'atto definitivo sia meramente teorica, dal momento che incide necessariamente su un risvolto pratico fondamentale: se l'accordo tra le parti sociali viene recepito in una decisione della Commissione, i contenuti dello stesso non possono che essere compatibili con le competenze delle istituzioni sovranazionali; cosicché sul piano fattuale i temi della negoziazione finirebbero inevitabilmente per essere predeterminati a monte, ovvero eterodeterminati, e sul piano giuridico vi sarebbe un'espropriazione della definizione degli ambiti dell'azione negoziale. Sul punto vedi più estesamente LO FARO A., *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva…*, op. ult. cit., p. 128, dove l'autore condivisibilmente afferma che la limitazione degli ambiti tematici sarebbe il prezzo consistente che l'autonomia collettiva sarebbe costretta a pagare per acquisire un rilievo giuridico comunitario che possa dirsi sufficientemente certo. Del medesimo orientamento NUNIN R., *Il dialogo sociale europeo…*, op. ult. cit., p. 174, dove si dice che in tal modo "i diversi profili dell'autonomia negoziale degli attori sociali europei appaiono dunque 'inscritti' in un unico disegno delle istituzioni, tendente a valorizzarne un carattere essenzialmente strumentale rispetto al perseguimento di obiettivi etero imposti".

[333] Quanto ai processi di autonormazione interni alle organizzazioni sindacali e datoriali il riferimento ovviamente non è limitato alla modalità di attuazione degli accordi secondo le procedure e prassi proprie delle parti sociali indicato nel paragrafo 2 dell'art. 155 TFUE (su cui vedi le riflessioni di GUARRIELLO F., *Il ruolo delle parti sociali nella produzione e nella attuazione del diritto comunitario*, op. cit., rispettivamente p. 255ss e p. 3459ss), ma si estende oltre gli steccati "predisposti" dalle norme del Trattato per andare a toccare molte altre esperienze di autonomia collettiva, i cui sviluppi potremmo intravedere a partire dal paragrafo 1 dello stesso articolo, diposizione nella quale "si riconosce, senza regolarlo, un sistema di relazioni volontarie fra le parti sociali in ambito europeo", come condivisibilmente afferma LO FARO A., *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, in *DLRI*, 2007, n.3, p. 562, che però vi fa riferimento in relazione solo alla contrattazione transnazionale. La differenza regolativa tra "le procedure e prassi proprie della parti sociali e degli Stati membri" e il primo paragrafo dell'art. 155 TUE potrebbe risiedere proprio nella circostanza per cui mentre nella prima formula sembra entrare in gioco l'attuazione a livello nazionale, cosa che implica livelli di negoziazione quasi ordinati gerarchicamente (dal livello dell'Unione a quello nazionale), nell'altra le esperienze di relazioni industriali europee occupano un raggio d'azione più ampio, che copre soluzioni e meccanismi di relazioni collettive anche del tutto originali.

lasciati alla "forza" delle parti sociali europee[334]; dall'altro, perché le stesse parti sociali, acquisita maggiore consapevolezza – forse anche grazie alle occasioni di confronto maturate in sede di procedimento integrato –, non si sono lasciate sfuggire l'occasione di dare avvio, con il nuovo millennio, ad un'epoca di relazioni industriali più in sintonia con quei sistemi pluralistici storicamente e strutturalmente caratterizzati da un alto livello di volontarismo e da un minimo tasso di giuridificazione[335], come si avrà modo di dimostrare attraverso le esemplificazioni di contenuti e strumenti tratti dalle prassi della negoziazione autonoma. Un'evoluzione questa su cui la contrattazione collettiva istituzionale più che avere un'incidenza diretta pare avere quantomeno esercitato una influenza indiretta: non è da escludere che le parti sociali attraverso il collegamento con le istituzioni abbiano avuto modo di "conoscersi meglio" ed "apprezzarsi reciprocamente" ed abbiano, al contempo, preso coscienza insieme dei propri obblighi, nonché delle conseguenze che potrebbero scaturire in ambito europeo da più articolate fasi negoziali. Probabilmente è questa la genesi di tutta quella galassia di accordi, differenziati per denominazione, forma e procedura[336] che incrementalmente aumentano l'ampiezza delle fonti regolative del panorama europeo[337] e che potrebbero trovare nell'art. 155 del Trattato una peculiare fonte di legittimazione nonché un decisivo collegamento con l'ordinamento dell'Unione. Dunque, più che le fonti negoziali assorbite dai procedimenti istituzionali classici previsti nel Trattato, rispetto alle quali già molto è stato detto in dottrina, appaiono interessanti i recenti sviluppi di un "more autonomous European Social Dialogue"[338] che ha mostrato una grande vivacità regolativa, contribuendo a creare un più ampio e variegato sistema di relazioni industriali propriamente europeo.

---

[334] Vedi, in proposito, l'esempio dell'Accordo plurisettoriale sulla tutela dei lavoratori contro i rischi di silicosi, addirittura pubblicato su GUE C 279 del 17 novembre 2006, p. 2ss, in cui "le parti hanno dato vita ad una sorta di giurisdizione domestica alla quale hanno affidato la funzione di vigilare sulla «implementazione» degli accordi raggiunti", LO FARO A., *La contrattazione collettiva transnazionale…*, op. ult. cit., p. 557.

[335] Non è superfluo rilevare come, in effetti, l'art. 155 del Trattato risponderebbe a questo connotato: "The main regulatory technique behind this, the autonomous agreement, would presuppose the absence of public intervention as well as private domination. In cases of unequal bargaining power, collective contracting may restore equal bargaining power and thus substantive autonomy of their agreement. The autonomy approach forms the background to many writings on the *lex mercatoria*, but was also-historically at the foundation of collective labour law" (SCHIEK D., *Autonomous Collective Agreements as a Regulatory Device in European Labour Law: How to Read Article 139 EC*, in *Industrial Law Journal*, 2005, n.1, p. 26). Questo approccio di lettura sul 155 TFUE conduce l'autore a configurarlo come una disposizione dotata di efficacia diretta, che sul piano applicativo autorizzerebbe le parti sociali a dettare, in sede negoziale, regole di attuazione degli accordi aventi valore giuridico pari a quello proprio del diritto europeo. *Contra* LO FARO A., *La contrattazione collettiva transnazionale…*, op. ult. cit., p. 562, che esclude un diretto rilievo normativo della contrattazione collettiva volontaria nell'ordinamento sovranazionale, e ciononostante ravvisa, nel primo paragrafo dell'art. 155, "una base giuridica per un eventuale intervento che si riproponesse di conferire un più certo rilievo giuridico a tutte le forme di contrattazione collettiva diverse da quelle «istituzionali»" (LO FARO A., *La contrattazione collettiva transnazionale…*, op. ult. cit., p. 562).

[336] Sia consentito il rinvio a COMANDÈ D., *Negoziazione e contratto collettivo europeo nel pluralismo ordinamentale*, tesi di dottorato, Catania, settembre 2009, spec. cap. II e *infra* § 6.

[337] A *latere* dell'importante fenomeno collettivo politico-istituzionale si può registrare "la sperimentazione di una dialettica contrattuale 'pura', non priva però di elementi di raccordo con l'ordinamento comunitario", FONTANA G., *Profili della rappresentanza sindacale. Quale modello di democrazia per il sindacato?*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 306.

[338] RAMOS MARTÌN N., VISSER J., *A More 'Autonomous' European Social Dialogue: The Implementation of the Framework Agreement on Telework*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2008, n.4, p. 511ss.

## 2. Il 'non detto' dell'art. 155 TFUE: una norma aperta di rinvio.

Il fenomeno dell'autonomia collettiva[339] europea, nelle sue molteplici espressioni[340], può essere considerato il punto d'incontro ideale tra la volontà mai sopita di superare l'*impasse* regolativo europeo e la ricerca di una nuova legittimazione politica e democratica[341], idonea a valorizzare

---

[339] Le molteplici espressioni in cui si manifesta la negoziazione collettiva europea, è opportuno ricordarlo, si articolano schematicamente almeno su due fronti: i luoghi della negoziazione, da un lato, e gli strumenti della negoziazione, dall'altro. In relazione ai luoghi la negoziazione si distingue in:
1) *Interprofessionale*, che si svolge su temi trasversali a tutti i settori produttivi tra le organizzazioni sindacali europee. L'evoluzione si è sviluppata attraverso un primo periodo (1985-1991) caratterizzato perlopiù da accordi di carattere bilaterale che sfociavano in risoluzioni, dichiarazioni e pareri comuni non vincolanti; un secondo periodo (1991-2001), in cui le parti sociali hanno siglato l'Aps – poi confluito nel Trattato agli artt. 138-139 – e sono entrate ufficialmente a far parte dei procedimenti legislativi comunitari; e un terzo periodo (2001-oggi), avviato con il vertice di Laeken (2001), in cui si è potuto registrare un momento di svolta nel segno dell'autonomia attraverso il primo programma di lavoro pluriennale 2003-2005, a cui hanno fatto seguito altri due programmi (2006-2008 e 2009-2010).
2) *Settoriale*, che si svolge per singoli settori produttivi all'interno degli attuali 36 comitati di settore (CDSS) (altri 2 sono in attesa di essere formalmente riconosciuti) – in sostituzione dei vecchi comitati paritetici –, istituiti con la Comunicazione della Commissione, *Istituzione dei Comitati settoriali del dialogo sociale per la promozione del dialogo tra le parti sociali a livello europeo* [COM (1998), 500 def. del 20.05.1998], in GUCE L 225 del 12 agosto 1998, pp. 27-28. I comitati sono stati costituiti in quei settori nei quali le parti sociali hanno presentato una richiesta congiunta di partecipazione al dialogo sociale e soddisfano i criteri di rappresentatività delle rispettive organizzazioni degli imprenditori e dei sindacati. Già alla fine del 1999 risultava che 23 nuovi comitati di dialogo sociale a livello settoriale erano stati costituiti o erano in via di costituzione. Di essi, 9 costituiti in sostituzione dei precedenti comitati paritetici, 11 erano allo stato informale e 3 del tutto nuovi. Lo sviluppo è avvenuto quindi soprattutto nei primi anni che hanno fatto seguito alla comunicazione e, alla fine del 2002, ben 27 erano i settori rappresentati in tali comitati. (Comunicazione della Commissione, *Il dialogo sociale europeo, forza di modernizzazione e cambiamento* [COM (2002), 341 def. del 26.06.2002], All.2, p. 27). Anche nel caso dell'ambito settoriale, si è assistito a partire dal 2002 ad una svolta negoziale verso una maggior autonomia dei rapporti tra le parti. Si tratta di una forma di dialogo – perseguita negli anni in importanti settori di produttività – promossa dalle istituzioni europee con l'adesione volontaria delle parti sociali.
3) *Transazionale*, che può svolgersi a livello di settore e di impresa transnazionale, in quest'ultimo caso sia all'interno dei Comitati Aziendali Europei – il cui quadro regolativo di riferimento è costituito fino al 6 giugno 2011 dalla Direttiva 94/45/CE (Art. 17 della nuova Direttiva di rifusione 38/2009/CE) – sia in altri modelli di collaborazione orizzontale tra imprese che danno luogo a contesti organizzativi contrattualmente integrati. Per un commento sulla Direttiva, durante e dopo la revisione, si leggano i contributi di IAGODZINSKI R., *Review, Revision or Recast? The Quest for an Amended EWC Directive*, in DEGRYSE C. (ed.), *Social Developments in the European Union 2008*, Bruxelles, ETUI and Observatoire Social Européen, 2009, p. 113ss, reperibile all'indirizzo http://www.etui.org/research/activities/Employment-and-socialpolicies/Books/Social-developments-in-the-European-Union-2008; ALAIMO A., *La nuova direttiva sui Comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – n. 69/2009.
In relazione agli strumenti, si può fare solo un'elencazione esemplificativa in ragione del fatto che le denominazioni che le parti sociali hanno via via dato agli *outcomes* della loro negoziazione sono varie: dagli accordi autonomi veri e propri ai testi orientati a regolamentare processi (*process-oriented texts*), contenenti raccomandazioni di vario tipo (quadri d'azione, linee guida, codici di condotta e orientamenti politici). "La differenza essenziale tra i due è che i primi vanno attuati e verificati entro una certa data, mentre i secondi implicano un approccio più procedurale e comportano relazioni regolari su progressi ottenuti nel perseguire gli obiettivi dei testi", Comunicazione della Commissione, *Partenariato per il cambiamento in un'Europa allargata - Rafforzare il contributo del dialogo sociale europeo* [COM (2004), 557 def. del 12.08.2004], p. 7.

[340] FLANDERS A., *Collective Bargaining: A Theoretical Analysis*, in *British Journal of Industrial Relations*, 1968, n.1, p. 1ss, ID., *Per una teoria della contrattazione collettiva*, in *Economia e lavoro*, 1968, n.4, p. 435ss, ora in CLEGG H.A., FLANDERS A., FOX A., *La contesa industriale. Contrattazione conflitto potere nella Scuola di Oxford*, con introduzione di CELLA G.P., Edizioni Lavoro, Roma, 1980, p. 7: "lo stesso processo di negoziazione (*negotiation*) non assomiglia in niente a quello della contrattazione (*bargaining*) come attività di mercato. Si ha l'abitudine, è vero, di utilizzare il termine di contrattazione (*bargaining*) a proposito di negoziazione (*negotiation*). (…) Si può dunque dire che la contrattazione collettiva non è soltanto un meccanismo di regolamentazione (*rule making process*) ma anche una «una relazione di potere tra organizzazioni». Si può così definire il processo di negoziazione (*negotiation*) come un uso diplomatico del potere".

[341] "The overall discourse often maintains a public policy perspective, while private actors are conceded specific roles in different endeavours to theorise new European Governance. Those stressing the structural deficits of public governance tend to argue in favour of replacing publicly legitimated authority through negotiating orders with experts or stakeholders in order to gain efficiency and thus substantive authority. Those focusing on the democratic legitimacy of Europe wish to utilise private actor participation for enhancing

un più articolato e differenziato sistema di fonti. Per potere 'verificare' il grado di autonomia[342] raggiunto dalla normazione collettiva europea appare necessario reinterpretare la negoziazione collettiva non solo alla stregua di una successione di atti e procedure, differenziatesi al di là delle scarne norme del Trattato (artt. 154-155 TFUE), ma secondo "un vero e proprio processo autonomo di *bargaining*", nei confronti del quale l'art. 155 in particolare mostra una grande, ed inusitata, manifestazione di apertura. In questo senso una riflessione sulle 'attuazioni' delle norme del Trattato che coinvolgono le parti sociali costituisce il punto di partenza, o meglio un mezzo polifunzionale[343] di creazione del diritto, come espressione diretta del principio di sussidiarietà orizzontale[344], immanente all'ordinamento europeo e inteso come metodo di produzione concorrente da utilizzare laddove si ritenga che i corpi intermedi possano raggiungere meglio un obiettivo di politica sociale.

La questione preliminare da affrontare riguarda l'ipotesi che l'art. 155 TFUE possa essere considerato il punto di tangenza tra l'ordinamento giuridico sovranazionale e il sistema di regolazione sociale di relazioni industriali europee. La formula adoperata nella norma del Trattato sancisce un *legal pluralism* di soggetti e mezzi di produzione normativa in cui si intrecciano modelli pubblici e privati di regolazione. L'inserimento di processi di negoziazione e il contestuale riconoscimento dell'autonomia delle organizzazioni sindacali quali formazioni intermedie configura un "sistema di produzione di norme di origine extraistituzionale"[345], nel quale pare difficilmente revocabile in dubbio come il processo di *europeanisation* sia demandato in parte ai soggetti privati che operano nella società civile influenzando i processi socio-economici. Dunque, l'art. 155 TFUE opera come

---

this. Those engaged in the transatlantic discourses on democratic experimentalism attempt to re-introduce a democratic element in governance structures under the reality of weak states. *In all these discourse, private actor participation serves to enhance legitimacy of a supranational polity and is thus considered as a means to an end and not as worthy in itself*" (c.vo mio), SCHIEK D., *Private rule-making and European governance – issues of legitimacy*, in *European Law Review*, 2007, n.4, pp. 448-449. Cfr. più diffusamente SMISMANS S., *Law, Legitimacy and European Governance. Functional Participation in Social Regulation,* Oxford, Oxford University Press, 2004, e SENDEN L., *Soft Law, Self-regulation and Co-regulation in European Law: Where do they Meet?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2005, n.9.1, su http://www.ejcl.org/91/art91-3.PDF, per la quale il perseguimento di una maggiore effettività, legittimazione e trasparenza dell'UE è consentito attraverso una diversificazione degli strumenti regolativi, tra i quali i 'voluntary agreements', spesso definiti con termini generali quali soft law, auto-regolazione o anche co-regolazione.

[342] WEBER S., *Autonome Sozialdialogue auf EU-Ebene. Zur Problematik der Implementation von, Texten der neuen Generation*, in *Industrielle Beziehungen*, 2008, n.1, p. 53ss, in cui l'autrice dimostra, attraverso l'attività delle parti sociali in Europa e in Germania, come l'attività negoziale, negli anni più recenti, sia stata caratterizzata dal connotato dell'*autonomia*. Il *trend* è confermato dal rapporto sulle Relazioni Industriali 2008, a cura della Commissione Europea (*Industrial Relations in Europe 2008*, pubblicato il 31 marzo 2009 sul sito http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=329&langId=en&furtherPubs=yes, spec. chapter 4, p. 103ss). Il modello autonomo perseguito dall'autonomia collettiva ha prodotto tutta una serie di documenti *legally non-binding* chiamati dalla Commissione Europea 'new generation texts', cfr. Comunicazione della Commissione, *Partenariato per il cambiamento in un'Europa*, cit., p. 13. Vedi anche PROSSER T., *Is the 'new phase' of the European Social Dialogue the development of an autonomous and effective form of social dialogue?*, in *Warwick papers in industrial relations*, n.82 - september 2006, in www2.warwick.ac.uk/fac/soc/wbs/research/irru/wpir/wpir82.pdf.

[343] In quanto mirato al contempo a risolvere la difficoltà di "legiferare" a livello sovranazionale (il contratto come fonte istituzionale) e a incentivare un compiuto sistema europeo di relazioni industriali (l'accordo come fonte sociale).

[344] Il nuovo art. 152 TFUE, sembra ulteriormente rafforzare la sussidiarietà orizzontale come chiave delle politiche sociali attraverso il *principio di autonomia* che rappresenta "implicitamente il riconoscimento di un elemento costitutivo dell'ordinamento sindacale sintomatico del valore della libertà sindacale nel diritto dell'Unione", così FONTANA G., *Libertà di organizzazione sindacale e diritto alla negoziazione collettiva*, di prossima pubblicazione in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, 2009, n.1; BRONZINI G., *Il modello sociale europeo*, in BASSANINI F. - TIBERI G. (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 118ss.

[345] GUARRIELLO F., *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva…*, op. cit., p. 53.

una sorta di norma aperta di rinvio non specificata né in relazione ai soggetti, ampiamente definiti nella versione inglese come *management and labour*[346], né in relazione agli strumenti, genericamente ricompresi nell'espressione *contractual relations*, *including agreements*[347]. Considerata questa la base giuridica che "consente di innescare processi regolativi, di livello sovranazionale, con ibridazione tra regolazione pubblica e privata"[348], si può pensare di ricomprendere nell'ambito di operatività della disposizione tutte le relazioni negoziali che si manifestano a livello dell'Unione, ivi compresi gli accordi transnazionali a livello di settore e di impresa in ambito europeo? Se, infatti, la norma consente lo sviluppo di una negoziazione autonoma, proprio in virtù di questo connotato si potrebbe sostenere che l'ampiezza dei soggetti e degli strumenti non possa agevolmente escludere tutte quelle interazioni tra *management* e *labour*[349] che si registrano ai tradizionali livelli delle relazioni industriali, da quello intersettoriale a quello dell'impresa passando per il settore.

D'altra parte, se si può dare per assodata l'esistenza di un sistema di relazioni industriali europeo come si fa ad escluderne alcune manifestazioni e a comprenderne altre? Sulla base di quali norme si può circoscrivere il terreno di applicazione di una norma in bianco come l'art. 155.1 TFUE? Se, secondo letture ormai consolidate, l'art. 155 TFUE costituisce, per dirla con Teubner, una formale "recognition of other types of social rule production"[350], allora è al governo delle sole parti sociali che è lasciato il compito di definire meglio il quadro di azione entro il quale atteggiarsi come *rule-making*. Inoltre, se è fuori discussione che gli accordi autonomi a livello intersettoriale e settoriale rientrino nella famosa dizione di *autonomous social dialogue* previsto dall'art. 155 TFUE, si potrebbe legittimamente pensare che, sulla scorta di questa base giuridica[351], gli attori collettivi

---

346 KAHN-FREUND O., *Labour and the law*, London, Stevens & Son, 1972, p. 5: "The principal purpose of labour law, then, is to regulate, to support, and to restrain the power of management and the power of organised labour. These are abstraction. In their original meanings the words 'management' and 'labour' denote (…) not persons but activities; the activity to plane and to regulate production and distribution to co-ordinate capital and labour on the one hand, the activity to produce and to distribute on the other. But even if by a now common twist of language, 'management' and 'labour' are used to denote not activities but the people who exercise them, they remain abstractions".

347 La formula ampia è stata tradotta in maniera diversificata nei diversi paesi aderenti all'Unione: in Italia, "*relazioni contrattuali*" e "*accordi*"; in Francia, "*relations conventionelles*" e "*accords*"; in Germania, "*vertragliche Beziehungen*" e "*vereinbarungen*"; in Olanda, "*contractuele betrekkingen*" e "*overeenkomsten*", solo per fare alcuni esempi. Il punto fondamentale è comprendere come il termine *agreement* non possa considerarsi l'equivalente del *collective agreement* comunemente inteso nel diritto sindacale della maggior parte degli stati europei, sul punto vedi FRANSSEN E., *Legal Aspect of European Social Dialogue*, Antwerp, Intersentia, 2002, spec. chapter 5, p. 102. La stessa Commissione ha, d'altra parte, precisato come "the term 'agreement' has been employed in a very general way in the past. For example, it has been used for texts aimed at setting up social dialogue committees, as well as texts which essentially make recommendations, rather than being real 'agreements'. Equally there are some texts which might arguably qualify as 'agreements' or other types of new generation texts, but which have weaker titles", e quindi ha tentato di fornire una classificazione più precisa dei vari accordi, cfr. Comunicazione della Commissione, *Partenariato per il cambiamento in un'Europa*, cit., pp. 13-14.

348 CARUSO B., *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, in *DLRI*, 2006, n.4, p. 612.

349 Ancora una volta sono illuminanti le parole di KAHN-FREUND O., *Labour and the law*, op. cit., p. 6: "The ambiguity of the terms 'management' and 'labour' if applied to persons rather than to activities is important: it means that by 'labour relations', the relations between 'management' and 'labour' we understand all sorts of relationships, individual and collective, and that hence the orbit of what we are accustomed to call labour law comprehends matters of industrial safety as well as of industrial disputes, of collective agreements as well as of job security, in short anything that can arise between managers and those subject to managerial power".

350 TEUBNER G., *Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors*, in ID. (ed.), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. xiv.

351 Il rapporto di ALES E., ENGBLOM S., JASPERS T., LAULOM S., SCIARRA S., SOBCZAK A., VALDÉS DAL-RÉ F., *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, february 2006, p. 36ss (rapporto commissionato dalle istituzioni comunitarie la cui Presentazione è reperibile sul nuovo sito della commissione Europea

siano abilitati a concordare "un quadro facoltativo per la negoziazione collettiva transnazionale, sia a livello aziendale che settoriale"[352]: una piattaforma grazie alla quale consolidare la loro capacità di agire sul piano transnazionale e un fecondo spazio regolativo nella complessa integrazione economica e sociale europea[353]. Per quanto avallata dalla Commissione[354], quella appena enunciata resta un'ipotesi a cui le parti sociali non hanno, ad oggi, dato seguito negoziando un accordo quadro *ad hoc*. A ben vedere, però, l'idea di un protocollo di intesa per la contrattazione transnazionale potrebbe rivelarsi un passaggio non indispensabile, laddove si rammenti che neanche per gli accordi autonomi e volontari[355] di livello intersettoriale e settoriale esiste un *legal framework* in tal senso. Pertanto, nulla osterebbe a che in questa seconda "categoria giuridica", in via interpretativa, si facessero rientrare anche gli accordi transnazionali a livello di settore e di impresa stipulati dai soggetti considerati rappresentativi nell'ordinamento europeo[356]. In molti casi, gli agenti negoziali che operano attivamente a livello settoriale coincidono con gli stessi attori riconosciuti nel circuito europeo di contrattazione, ovvero le Federazioni europee. Invece, per quanto riguarda l'impresa si tratta di verificare più che la rappresentatività degli *European Works Councils* (d'ora in poi EWCs) – insita nel loro ruolo di rappresentanza transnazionale dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di dimensione europea – la loro dimostrabile[357] capacità di negoziare, anche congiuntamente alle Federazioni europee di categoria. Certamente rimane la considerazione che la natura sopranazionale degli accordi transnazionali implica l'esistenza di un contributo notevole indirizzato ad aumentare l'interazione fra gli attori delle relazioni industriali in Europa e

---

http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en&intPageId=214) individua come base giuridica di un possibile intervento in materia l'art. 94 del Trattato ma c'è già chi ha condivisibilmente rilevato come l'art. 139 ne costituisca forse un fondamento giuridico più appropriato, cfr. LO FARO A., *La contrattazione collettiva transnazionale*..., op. cit., pp. 560-561.

352 Comunicazione della Commissione, *Agenda Sociale 2005-2010* [COM (2005), 33 def. del 9.02.2005], p. 8.

353 D'altronde la maggior parte dei *transnational texts*, stipulati con le imprese multinazionali, sono destinati al territorio Europeo: nel sito della Commissione Europea esiste una raccolta di dati sui Transnational Agreements (http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en&intPageId=21). "The field covered is strictly European for practically half of the texts; a third of the texts have a global application. Some of the texts, although they are global in nature, place emphasis on specifically European problems and refer to the implication of European actors, such as European works councils and it is frequently difficult to draw a clear line between texts that are uniquely European in nature and those that have a global dimension", BÉTHOUX E., *Transnational Collective Bargaining in Europe: Development and Issues at Company Level*, Working document presentato al convegno organizzato da *Europe et Société* su *Transnational Collective Bargaining in Europe: the Current Situation, the Problems, the Perspectives?*, Parigi, 5-6 febbraio 2008, su www.europeetsociete.com, p. 12; SCIARRA S., *Transnational and European Ways Forward for Collective Bargaining*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – n. 73/2009, pp. 4-5, la quale, secondo una interpretazione di frontiera, legge nelle molteplici sfaccettature della *solidarietà* il potente motore di aggregazione che conferisce propulsione alle *voluntary sources* dei soggetti sociali a livello europeo e transnazionale.

354 Cfr. Comunicazione della Commissione, *Agenda Sociale*..., ult. cit.

355 La distinzione tra accordi autonomi e volontari, messa in luce dalla Commissione (vedi Comunicazione della Commissione, *Partenariato per il cambiamento in un'Europa allargata*..., cit., p. 10), sembra essere più di carattere formale che sostanziale e attiene al momento genetico dell'accordo: i primi sarebbero quelli che avendo origine da un'iniziativa legislativa della Commissione sono poi trasposti nei diversi ordinamenti attraverso il ricorso alle procedure e prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri, i secondi, per esclusione, sarebbero invece, tutti gli altri variamente denominati.

356 Sono coloro che vengono consultati dalla Commissione ex art. 154 TFUE, elencati nell'Annesso 5 della Comunicazione della Commissione, *Partenariato per il cambiamento in un'Europa allargata*..., cit., p. 22ss.

357 Basti qui rilevare come nelle imprese multinazionali sono stati negoziati un numero crescente di c.d. *Substantive Agreements* (accordi tra EWCs e Management) – così definiti proprio per distinguerli dagli accordi *ex* art. 6 e 13 della Direttiva 94/45/CE. Una completa banca dati degli *European Work Council Agreements*, *ex* art. 6 e 13 della Direttiva 94/45/CE, accessibile in più lingue ed ordinata per tipologie, temi, etc., si può trovare sul sito http://www.sda-asbl.org/DbInfo/Ricerca.asp?Lingua=4; invece per una banca dati che contempli anche i c.d. *Substantive Agreements* stipulati in seno agli EWCs vedi http://www.ewcdb.eu/agreements.php.

promuove lo scambio di esperienze e *best practices*, oltre che migliorare la diffusione della politica sociale europea.

La presenza di una pletora composita di soggetti collettivi ripropone, su scala europea, una dinamica in relazione alla quale il centro di gravità della produzione normativa non è rintracciabile esclusivamente nell'attività di legislazione pubblica ma nella 'società' in sé[358]. Una produzione così complessa difficilmente riesce a confrontarsi con i canoni tradizionali del diritto[359] e non è agevole individuare l''essenza' di un autonomo ordine legale[360], piuttosto bisogna tentare di ricostruire il percorso di produzione ed attuazione degli *outcomes* della negoziazione, anche e soprattutto di quelli *soft*. Si tratta di una produzione normativa latrice di valori e principi trasversali più che di strutture e regole precise, più flessibile ed adattabile ai singoli contesti, situata più che centralizzata.

Se la nuova frontiera di produzione normativa è da ravvisarsi nello strumento *soft*[361], allora piuttosto che attendere i tempi per un esecutivo europeo forte di una autonoma legittimazione politica, pare opportuno porgere la dovuta attenzione alle grandi organizzazioni rappresentative di

---

358 Un *trend* che già Ehrlich aveva messo in luce tempo fa nel rapporto fra Stati nazionali e società e che ora si ripropone più agilmente su scala europea, dove non esiste una forma Stato tradizionalmente intesa, EHRLICH E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblot, 1929, tr. en., ID., *Priciples of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936, p. 390.

359 E laddove si è tentato di farlo, proprio per la negoziazione europea su base volontaria, attraverso gli strumenti del diritto privato internazionale e dei singoli diritti nazionali, quello belga in particolare, sono stati raggiunti risultati parziali e insoddisfacenti, inidonei a conferire un efficacia diretta analoga per esempio a quella di cui è dotata una direttiva, vedi FRANSSEN E., *Legal Aspect of European Social Dialogue*, op. cit., p. 101ss. In Italia un altro tentativo è stato fatto da OCCHINO A., *Contratti collettivi internazionali e contratti collettivi comunitari*, in *QDLRI*, 1998, n.20, p. 143ss.

360 TEUBNER G., *'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society*, in ID. (ed.), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 21.

361 Secondo un filone di pensiero ormai dominante la *soft law* abbraccia quelle regole di condotta che – pur non dotate di efficacia giuridicamente vincolante, in quanto non giustiziabili né sanzionabili – possono produrre effetti pratici. Si tratta di "rules of conduct which in principle have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects", così SNYDER F., *The effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Review*, 1993, n.1, p. 32; ID., *«Soft law» e prassi istituzionale nella Comunità europea*, in *Sociologia del Diritto*, 1993, n.1, p. 80. Altri pongono in primo piano le intenzioni dell'autorità dalla quale promana un determinato atto di soft law e l'influenza esercitata sui soggetti coinvolti nel complesso meccanismo decisionale: Stati membri, istituzioni, imprese e individui, WELLENS K. C., BORCHARDT G. M., *Soft Law in European Community Law*, in *European Law Review*, 1989, vol.14, p. 285. Più recentemente Senden ha proposto un'ulteriore definizione: "rules of conduct that are laid dawn in instruments which have not been attribueted legally binding force as such, but neverthless may have certain (in direct) legal effects, and that are aimed at end may produce practical effects", SENDEN L., *Soft law in European community law*, Oxford/Portland (Oregon), Hart Publishing, 2004, p. 112. *Contra* KLABBERS J., *Informal instruments before the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 1994, n.5, pp. 998-999, secondo il quale "ridurre la distinzione tra hard e soft law in termini di giustiziabilità e sanzionabilità determinerebbe la morte del diritto pubblico internazionale". Con specifico riferimento al contesto dell'ordinamento europeo si veda CARUSO B., *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – n. 39/2005, ID., in BARBERA M. (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di regolamento delle politiche sociali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 77ss; SCIARRA S., *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona".INT - n. 24/2003; BERMANN G., PISTOR K. (eds.), *Law and governance in an enlarged european union*, Oxford, Hart Publishing, 2004; TRUBEK D.M., COTTRELL P., NANCE M., *"Soft Law", "Hard Law", and European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, in Jean Monnet WP - n.2/2005, su www.jeanmonnetprogram.org/papers. Per uno studio della soft regulation nell'ambito delle relazioni industriali cfr. MARGINSON P., SISSON K., *European Integration and Industrial Relations. Multilevel Governance in the Making*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2004, spec. p. 58ss ma *passim*, per i quali la regolazione soft può essere considerata come una delle più importanti manifestazioni dell'europeizzazione delle relazioni industriali. Il passaggio epocale *from compulsory rigid systems to flexible frameworks* è considerato un cambiamento di rilievo soprattutto in relazione al ruolo della *collective bargaining*. Cfr. anche EADEM, '*Soft Regulation' – Travesty of the Real Thing or New Dimension?*, Working Paper n.32/01, p. 4ss, reperibile su http://www.one-europe.ac.uk/pdf/w32marginson.pdf., European Research Programme promosso dal Sussex European Institute.

interessi collettivi, cioè allo sviluppo dei "soggetti del pluralismo", secondo l'intuizione di Massimo D'Antona[362]. Queste ultime sono, infatti, le uniche capaci di riempire lo spazio vertiginoso tra il "governo" dell'Unione, da un lato, e i lavoratori europei, dall'altro; nonché le sole in grado di dare luogo a modelli di regolazione differenziati, avvalendosi di dispositivi più *soft* che *hard*. Le esperienze dell'autonomia collettiva, dal dialogo sociale alla contrattazione fino alla negoziazione autonoma, si inseriscono nel modello di *soft governance* europea, esprimendo una chiara opzione in favore di regole leggere, flessibili, che ciononostante non precludono l'impiego di norme rigide e vincolanti.

Il sostegno ad una visione pluralistica come schema analitico-prescrittivo rappresenta una scommessa per lo sviluppo di un panorama più strutturato delle relazioni industriali europee[363]. Il ritardo oggettivo di rilevanti manifestazioni sovranazionali di negoziazione autonoma è dipeso sì da fattori politico-economici e culturali[364], ma anche dalla limitata e limitante considerazione della stessa come luogo di contrapposizione di interessi, trascurando il versante propositivo di ridefinizione di nuovi interessi[365]: ciononostante in Europa si sta assistendo ad un alleggerimento dell'ingerenza regolativa e ad un contemporaneo rafforzamento della funzione normativa devoluta alle

---

362 D'ANTONA M., *Contrattazione collettiva e concertazione nella formazione del diritto sociale europeo*, in LETTIERI A., ROMAGNOLI U. (a cura di), *La contrattazione collettiva in Europa*, Roma, Ediesse, 1998, p. 110, ora in CARUSO B., SCIARRA S. (a cura di), *Opere. Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro – Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Milano, Giuffrè, vol. I, p. 448: "È indispensabile allora, per difendere la democraticità del processo di integrazione europea, favorire lo sviluppo autonomo dei *soggetti del pluralismo* e la ricostruzione a livello comunitario di quella rete di istituzioni sociali che in ambito nazionale assicurano, e devono continuare ad assicurare, un certo grado di regolazione del mercato in funzione dei bisogni reali dei cittadini". La cifra saliente di questo passaggio sembra potersi ravvisare nel fatto che (*a*) la costruzione di un sindacalismo europeo non è, e non deve essere in idiosincrasia con i livelli nazionali, in collaborazione con i quali, anzi, deve costruirsi un rapporto di integrazione; (*b*) sostenere lo sviluppo di forme autonome di regolazione implica *ex se* un aumento del consenso in ragione di una maggiore vicinanza alle istanze dei lavoratori, e più in generale dei cittadini.

363 STREECK W., SCHMITTER P.C., *From National Corporatism to Transnational Pluralism: Organized Interests in the Single European Market*, in *Politics and Society*, 1991, n.2, p. 133ss, attraverso un esame della *policy-making* regionale, nazionale e sopranazionale, lo studio dimostra come, dopo il 1992, si sia passati in Europa da un modello corporatista ad uno pluralista, in cui un importante ruolo è giocato dalle organizzazioni di interessi e, in particolare, dai sindacati. E*x multis* vedi anche CROUCH C.J., *Industrial Relations and the European State Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

364 "Le strutture istituzionali della contrattazione nei vari paesi si sono sviluppate durante un arco di tempo molto lungo e secondo schemi diversi, e sono caratterizzate da una notevole inerzia (…) i costi del coordinamento a livello transnazionale sarebbero molto consistenti a livello di settore. Le relazioni sindacati-imprese, il modo in cui vengono condotte le trattative, le norme che ispirano le rivendicazioni salariali e il loro accoglimento, le strutture organizzative dei sindacati e delle associazioni di imprese, le tradizioni relative al coinvolgimento dei governi e le procedure di conciliazione presentano differenze fondamentali tra un paese e l'altro. (…) la conoscenza delle relazioni industriali a livello nazionale è altamente specifica. (…) l'insufficiente conoscenza delle lingue estere tra i rappresentanti sindacali", così sono stati sintetizzati i fattori di ostacolo allo sviluppo di un coordinamento delle contrattazioni collettive a livello europeo da due gruppi di studiosi di vari paesi europei raccolti nel volume AA.VV., *The Role of Unions in The Twenty-First Century*, Oxford, Oxford University Press, 2001, tr. it. BOERI T., BRUGIAVINI A., CALMFORS L. (a cura di), *Il ruolo del sindacato in Europa*, Milano, Egea, 2002, p. 168.

365 Si vuole accennare al passaggio in atto da una contrattazione rivendicativa classica (distributiva) incentrata sul salario, che mira principalmente ad 'aumentare la dimensione della torta da dividere', ad un processo di contrattazione (integrativa), indirizzato semplicemente a 'dividere la torta'. Autorevoli studiosi (MARGINSON P., SISSON K., *European Integration and Industrial Relations: a Case of Convergence and Divergence*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, n.4, p. 678ss) sostengono che la contrattazione collettiva è stata associata tradizionalmente al concetto di contrattazione distributiva, nella quale esistono 'i vincenti e i perdenti' in un scontro a 'somma predefinita' o a 'somma zero' (si veda il fondamentale THUROW L.C., *The Zero Sum Society: distribution and the possibilities for economic change*, New York, Basic Books, 1980, tr. it. di TIRELLI D. (a cura di), *La società a somma zero*, TANTAZZI A. (a cura di), Bologna, Il Mulino, 1981). Una crescente serie di situazioni contrattuali è invece meglio individuata come contrattazione integrativa, la quale comporta un gioco a 'somma positiva', in cui le parti cercano di integrare i loro obiettivi fino ad un certo punto in modo tale che possano esserci 'reciproci vincitori'. Per uno studio sulle diverse declinazioni della contrattazione collettiva cfr. ROJOT J., *Una panoramica internazionale sull'estensione e sulla rilevanza della contrattazione collettiva*, in *DRI*, 2004, n.3, p. 506ss, ID., *The Right to*

parti sociali. Una tale prospettiva si avvale di almeno due spinte propulsive, indirizzate entrambe nel senso di una neo-rivitalizzazione della negoziazione collettiva in Europa, e provenienti da versanti opposti, dal basso quella delle organizzazioni sindacali anche nazionali, dall'alto quella del governo dell'UE.

Il fulcro dell'indagine si sposta, pertanto, sulle molteplici dimensioni di rilevanza della negoziazione collettiva europea nella prassi, in particolare quella autonoma, ovvero sugli attori e i luoghi di negoziazione, da un lato, e le forme e i contenuti della regolazione, dall'altro. Ciò che si profila sullo sfondo di una indagine di questo tipo è la complessa questione degli strumenti regolativi di un diritto globalizzato[366], limitatamente al ruolo e alle funzioni degli accordi che provengono dal confronto tra le parti sociali in Europa, come soggetti autonomamente operanti. Si intende, così, mettere in luce quali siano gli spazi regolativi attualmente occupati e dunque la ormai acclarata necessarietà dell'Euro negoziazione[367].

## 3. Meccanismi procedurali: i percorsi segnati dall'autonomia dei soggetti.

La nascita di un nuovo paradigma europeo di relazioni industriali è da ascriversi a quegli attori collettivi che attraverso lo strumento del dialogo sociale hanno tracciato la via di accesso principale al processo di "*making labour law*"[368]. L'Osservatorio sociale europeo ha distinto tre fasi evolutive: un primo momento in cui la Commissione è intervenuta con il ruolo di mediatore negli incontri tra parti sociali europee, svolgendo una funzione decisiva e spronando gli attori "à redéfinir leurs intérêts en fonction de la (…) *réalité* economique et sociale nouvelle qui émerge au-delà des sociétés nationales et esquisse ce que pourrait être une société européenne"[369]; un secondo periodo di "legislazione negoziata", caratterizzato da una intensa collaborazione di stampo neocorporativo[370] fra le organizzazioni di interessi di livello europeo e le istituzioni, in cui la Com-

---

*Bargain Collectively: an International Perspective on its Extent and Relevance*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2004, n.4, p. 513ss.

366 FERRARESE M.R., *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

367 *Contra* chi sostiene che 'gli sviluppi sociali' dell'Europa, dalle direttive degli anni '70 al dialogo sociale, "have little factual practical impact on European collettive bargaining", ROJOT J., LE FLANCHEC A., VOYNNET-FOURBOUL C., *European Collettive Bargaining, new Prospects or much Ado about Little?*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2001, n.3, pp. 349-350.

368 NOVITZ T., SYRPIS P., *Assessing Legitimate Structures for the Making of Transnational Labour Law: The Durability of Corporatism*, in *Industrial Law Journal*, 2006, n.4, p. 386.

369 DIDRY C., MIAS A., *Le Moment Delors. Les syndicats au cœur de l'Europe sociale*, Bruxelles, Peter Lang, 2005, p. 83. Per una visione che rilegge i passaggi di costruzione storica del concetto di società europea, si veda il fondamentale, KAELBLE H., *Auf dem Weg Zu Einer europäischen Gesellschaft. Eine Sozialgeschichte Westeuropas*. *1880-1980*, München, C. H. Veck'sche Verlagbuchhandlung (Oskar Beck), 1987, tr. it. GUAZZOLINI R. (a cura di), *Verso una società europea. Storia sociale dell'Europa 1880-1990*, Roma-Bari, Laterza, 1990, spec. p. 177ss.

370 La letteratura sul tema è vastissima, per l'uso specifico del termine a livello europeo e sovranazionale vedi, *ex multis*, FALKNER G., *EU Social Policy in the 1990s: Toward a Corporatist Policy Community*, London, Routledge, 1998; SMISMANS S., *Law, Legitimacy and European Governance: Functional Participation in Social Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2004, spec. cap.3, 4 e 5; TRAXLER F., *The metamorphoses of corporatism: From classical to lean patterns*, in *European Journal of Political Research*, 2004, n.4, p. 571ss, già pubblicato in lingua italiana *Le metamorfosi del corporativismo: dai modelli classici ai modelli snelli*, in *SM*, 2003, n.3, p. 435ss; CROUCH C., *Non amato ma inevitabile il ritorno al neo-corporatismo*, in *DLRI*, 1998, n.1, p. 55ss; YEE A.S., *Cross-National Concepts in Supranational Governance: State-Society Relations and EU Policy Making*, in *Governance*, 2004, n.4, p. 487ss; e poi il classico VARDARO

missione ha svolto una determinante funzione cerniera fra gli attori collettivi e gli organismi istituzionali europei e tra normazione autonoma e normazione eteronoma; un terzo, più recente, di "dialogo sociale autonomo" avviato nel 2001, contraddistinto da un aumento crescente del grado di autonomia ed indipendenza delle parti sociali dalle istituzioni, che, accanto ai precedenti, ha visto l'incremento di processi negoziali volontari e interni alle strutture organizzative di interessi. Processi rispetto ai quali la Commissione ha riconosciuto "l'autonomia negoziale delle parti sociali"[371] e il cui sviluppo è dipeso e continua a dipendere dagli stessi protagonisti e dalla loro determinazione "to bolster the perceived legitimacy of the process"[372].

Per comprendere meglio l'ultimo ciclo è opportuno tenere presenti i processi regolativi previsti nel Trattato, focalizzando l'attenzione sul momento attuativo della negoziazione più che sul momento genetico della stessa[373] e sulle interazioni che le disposizioni normative delineano tra Commissione e parti sociali.

La linea esegetica suggerita da un'accorta dottrina[374] prende in considerazione quattro meccanismi procedurali di european Collective Agreements (CAs), a loro volta accorpabili in due aree, a seconda degli effetti, *statutory* o *non statutory*, che ne scaturiscono. In particolare, da un lato si collocano quegli accordi *statutory* che, a prescindere dal soggetto che ha operato la scelta del tema – iniziativa autonoma delle parti sociali oppure a seguito di consultazione e quindi "induzione" del *government* sovranazionale –, nella fase di implementazione godono di quella che è stata definita l'"attuazione forte" del contratto collettivo europeo: i COCOCAs e i SICOCAs, acronimi rispettivamente di COmmission-initiated and COuncil-implemented Collective Agreements e di Self-Initiated but COuncil-implemented Collective Agreements; dall'altro lato, si situano altri accordi *non statutory* che, invece, vengono implementati attraverso "le procedure e prassi proprie delle parti sociali": i COSICAs e i SISICAs, a loro volta rispettivamente acronimi di COmmission-initiated but Self-Implemented Collective Agreements e Self-Initiated and Self-Implemented Collective Agreements.

L'impostazione che sta dietro questa architettura tiene conto di un dibattito dottrinale in merito alla stretta connessione tra momento genetico e momento attuativo dell'accordo che si sviluppa attraverso la lettura congiunta o disgiunta[375] degli artt. 154-155 TFUE. Se si considera che proce-

---

G. (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, Milano, Franco Angeli, 1988. Per una parte della dottrina l'etichetta in questione avrebbe una connotazione negativa essendo associata ad una sorta di monopolio legislativo centralizzato, cfr. BACCARO L., *What is Alive and What is Died in the Theory of Corporatism*, in *British Journal of Industrial Relations*, 2003, n.4, p. 683ss e COMPSTON H., *Beyond Corporatism: A Configurational Theory of Policy Concertation*, in *European Journal of Political Research*, 2003, n.6, p. 787ss; altri lo accostano al concetto di pluralismo e di democrazia deliberativa, cfr. HUNOLD C., *Corporatism, Pluralism and Democracy: Toward a Deliberative Theory of Bureaucratic Accountability*, in *Governance*, 2001, n.2, p. 151ss.

371 Comunicazione della Commissione, *Partenariato per il cambiamento in un'Europa*, cit., p. 10.

372 NOVITZ T., SYRPIS P, *Assessing Legitimate Structures for the Making of Transnational Labour Law: The Durability of Corporatism*, in *Industrial Law Journal*, 2006, n.4, p. 392.

373 Se, invece, si volesse guardare al momento genetico bisognerebbe considerare le anzidette indicazioni della Commissione (Comunicazione della Commissione, *Partenariato per il cambiamento*, cit.) indirizzate a distinguere, a seconda della tecnica di implementazione prescelta dalle parti, in 'Accordi autonomi' o 'Accordi volontari'. In realtà la distinzione sembra essere una formula di stile più che essere di carattere sostanziale, basti pensare alla vicenda relativa al *Framework agreement on work-related stress* di cui si riferisce nel testo.

374 SMISMANS S., *The European Social Dialogue in the Shadow of Hierarchy*, in *Journal of Public Policy*, 2008, n.1, p. 161ss.

375 LO FARO A., *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva…*, op. cit., p. 128 *contra* BETTEN L., *The Democratic Deficit of Partecipatory Democracy in Community Social Policy*, in *European Law Review*, 1998, n.1, p. 29.

dimento 'indotto' e procedimento 'volontario' possono viaggiare su binari paralleli, allora all'impulso iniziale della Commissione corrisponde, in fase conclusiva, un atto legislativo e, analogamente, all'iniziativa autonoma delle parti sociali segue una procedura in ambito autonomo. Se i binari si incrociano, allora l'origine del negoziato non ne condiziona l'attuazione. A questo aspetto è collegato uno dei problemi interpretativi degli *autonomous agreements* ovvero quale sia il fattore determinante che conferisce ad un accordo il crisma dell'autonomia. Perché un accordo possa dirsi tale è sufficiente che sia implementato dalle parti sociali secondo procedure e prassi proprie oppure è rilevante anche stabilire la provenienza dell'impulso, se istituzionale o autonomo? E ancora, più specificamente, è necessario individuare chi per prima, tra le istituzioni europee e le parti sociali, abbia ritenuto prioritario il tema oggetto dell'accordo, inserendolo "all'ordine del giorno"?

La questione su quando un testo autonomo sia il risultato di un'iniziale consultazione della Commissione oppure se sia il frutto di un'integrale iniziativa dei partners sociali non è banale, dal momento che, con la Comunicazione del 2004, la Commissione, nonostante abbia riconosciuto la negoziazione autonoma delle parti sociali, contestualmente si è riservata, nell'ipotesi degli *autonomous agreements*, di giocare uno specifico ruolo nel caso in cui l'accordo provenga da una sua consultazione *ex* art. 154 TFUE[376]. In altre parole, la Commissione ha sottolineato il proprio diritto e la connessa funzione di promuovere iniziative in vista di obiettivi europei. Ma se il meccanismo procedurale divisato con l'art. 154 TFUE si arresta di fronte alla possibilità che i soggetti sociali liberamente attuino il contenuto del negoziato, ciò non toglie che la Commissione ne rivendichi la paternità, riservandosi la facoltà di pubblicare gli *autonomous agreement* e di seguirne la fase attuativa ponendo in trasparenza il successivo monitoraggio: la capacità di innescare un processo negoziale, anche solo attraverso il semplice avviamento o la eventuale verifica, sembra essere l'unica cifra distintiva che sancisce se un'azione abbia il crisma istituzionale o meno.

Questa posizione di controllo e di pubblicità sui risultati delle negoziazioni collettive pone in luce una serie di aspetti problematici. Se la Commissione può far valere il proprio diritto ad intraprendere azioni legislative, non è chiaro su quali basi giuridiche si possa collocare un ulteriore diritto a decidere sulla validità di un *autonomous agreement*, anche se è il frutto di una consultazione. La valutazione di idoneità a perseguire obiettivi sovranazionali che la Commissione si propone di compiere sugli accordi assomiglia ad una sorta di strategia di controllo[377] al cui esito positivo può far seguito sia l'informativa al Parlamento ed al Consiglio, sia la successiva pubblicazione, atto di pregnanza giuridica che suggella con il carattere pubblico un atto interprivato. Ciò non significa che tanto la pubblicazione quanto l'esame della Commissione sono precondizioni per la validità di un *autonomous agreement.* A differenza del caso in cui venga recepito in direttiva, non c'è alcuna previsione nel Trattato che stabilisca quali siano i confini dell'azione della Commissione dopo che le parti sociali hanno avocato il procedimento. Di converso ciò non implica che la Commissione non possa giocare alcun ruolo nell'arena contrattuale, specie una volta che abbia intrapreso la consultazione iniziale, purché il proprio intervento non incida con rilievo modificativo sulla natura dell'accordo.

---

[376] Comunicazione della Commissione, *Partenariato per il cambiamento in un'Europa allargata*, cit., p. 10.

[377] I controlli della Commissione sono di varia natura: uno è relativo al contenuto dell'accordo, ovvero alla possibilità di realizzare gli obiettivi sociali dell'Unione (art.153 TFUE); un altro riguarda la rappresentatività delle componenti sociali; un terzo attiene alla legalità delle clausole rispetto al diritto sovranazionale; un quarto tipo si declina alla luce dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.

Dalla prospettiva degli agenti sociali è dubbia la giustificatezza di questo controllo, o meglio è accettato fintantoché questo meccanismo possa essere utile a demarcare ulteriori campi di regolazione sociale e certamente non per stabilire i criteri validanti della convenzione tra privati. Per esempio un accordo che andasse oltre gli scopi e le materie previste dalle disposizioni dell'art. 153 TFUE rimarrebbe valido, in quanto le ampie prerogative negoziali riconosciute all'autonomia collettiva si collocano al di là degli steccati normativi che disciplinano la sfera di pertinenza della Commissione. La sovrapposizione tra le finalità sovrabnazionali sancite nel Trattato e perseguite dalla Commissione, da un lato, e la vitalità operativa dei partners sociali, dall'altro, conduce nell'epicentro della zona sismica tra queste due fondamentali classi di attori del diritto sociale. I movimenti tellurici dovuti all'intersezione tra i due piani di intervento sono stati già registrati in una recente ipotesi di accordo, che secondo la distinzione operata dalla Commissione[378] potrebbe essere considerato autonomo o volontario, a seconda del punto di osservazione prescelto dai soggetti coinvolti (quello istituzionale o quello degli attori sociali).

La questione – che in parte può sembrare una disquisizione capziosa, potendosi ritenere sufficiente valutare l'esito autonomo od eteronomo del procedimento – non è affatto peregrina e si è presentata concretamente nel caso del *Framework agreement on work-related stress*[379]. A due settimane dalla pubblicazione del programma di azione delle parti sociali europee 2003-2005[380], documento in cui le stesse avevano inserito l'argomento al fine di stipulare un accordo autonomo, la Commissione ha avviato, *ex* art. 138 Tce (oggi art. 154 TFUE), una consultazione sulla base dell'Agenda Sociale 2000-2005[381] e con riferimento ad una sua precedente Comunicazione[382]. L'intraprendenza delle istituzioni – o forse sarebbe meglio dire l'indifferenza delle istituzioni rispetto alla volontà delle parti sociali di procedere autonomamente – è stata recepita negativamente dalle organizzazioni datoriali che l'hanno interpretata come un volere "mettere il cappello ad una loro iniziativa" dando, così, "una pugnalata alle spalle del dialogo sociale"[383]. L'intervento della Commissione ha messo pressione soprattutto al *management* per indurlo a raggiungere l'accordo 'sotto il ricatto' di un imminente intervento per le vie legislative ordinarie, fenomeno etichettato in dottrina come *the shadow of hierarchy*[384]. Dalla vicenda sembra potersi inferire una

---

[378] Cfr. Comunicazione della Commissione, *Partenariato per il cambiamento in un'Europa allargata*…, cit., p. 10, su cui si veda nota 41.

[379] Siglato l'8 ottobre 2004 a Bruxelles tra ETUC, UNICE/UEAPME e CEEP. Sulla vicenda si è soffermato anche SMISMANS S., *The European Social Dialogue in the Shadow*…, op. cit., p. 176.

[380] *Work Programme of the European Social Partners 2003-2005*, su http://www.etuc.org/r/656. Ad oggi, a questo sono seguiti altri due programmi di azione delle parti sociali europee, quello 2006-2008 e l'ultimo 2009-2010.

[381] Reperibile sul sito http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm.

[382] Comunicazione della Commissione, *Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e dalla società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006* [COM (2002) 118 def. del 11.03.2002], in cui, appunto, si afferma che "le varie istanze del dialogo sociale potranno occuparsi in modo utile di tali nuovi rischi, in particolare dello *stress*, il cui aspetto multiforme, proprio per le numerose patologie che possono essergli attribuite, giustifica pienamente un'iniziativa di questo genere che coinvolge le parti sociali. La Commissione avvia nel 2002 una consultazione delle parti sociali circa lo stress e le sue conseguenze sulla salute e la sicurezza sul lavoro, in ottemperanza alla procedura di cui all'articolo 138 del trattato" (p. 16).

[383] Così SMISMANS S., *The European Social Dialogue in the Shadow*…, op. cit., p. 176, riferendosi ad un'intervista con le associazioni dei datori di lavoro svoltasi a Bruxelles nell'aprile del 2006.

[384] SMISMANS S., *The European Social Dialogue in the Shadow*…, op. cit., p. 161ss. L'autore spiega le sue ragioni basandosi su tre punti: 1. Il DSE è tanto effettivo quanto maggiore è la sua dipendenza dalle istituzioni, sia sotto il profilo dell'incentivo a negoziare sia dell'implementazione attraverso intervento pubblico; 2. Le istituzioni giocano un ruolo importante nelle procedure di adozione di un accordo collettivo, dove spesso è difficile stabilire gli agenti negoziali, e in ragione di ciò il DSE sembra essere a prima vista una forma di

sorta di concorrenza di intenti e azioni tra istituzioni europee e parti sociali: quello che cresce nel campo dell'autonomia, a volte è stato seminato dalle istituzioni pubbliche e viceversa. Ciò che una parte della dottrina ha definito puramente una tecnica regolativa piuttosto che un livello autonomo di contrattazione[385], forse andrebbe meglio riconsiderato – in un'ottica pluralistica e alla luce della più recente evoluzione delle relazioni negoziali – come un modello di ibridazione tra processi regolativi pubblici e privati in Europa[386].

## 4. I modelli di efficacia della negoziazione collettiva autonoma.

La stretta connessione tra programmi di azione della sfera privata e programmi di azione della sfera pubblica non può *tout court* tradursi in una perfetta sovrapposizione della prima sulla seconda, né sotto il profilo dei contenuti dell'azione né tanto meno con riguardo alla sua efficacia. Dal primo punto di vista è opportuno rimarcare che l'analisi dei *non statutory-agreements* mostra come essi costituiscano uno strumento di *bottom-up* che opera in settori di *governance* in cui la legislazione classica non interviene[387], mentre, sotto il secondo profilo, il discorso si rivela più complesso e coinvolge direttamente l'impostazione teorica adoperata in questo studio. Infatti, se, da una parte, può essere convincente l'idea che l'accordo delle parti sociali confluito in una decisione del Consiglio[388] comprometta in parte i connotati di autonomia, ottenendo un effetto *binding* grazie ad un atto classico di legislazione – nel caso di specie la direttiva – dall'altra parte, la stessa osservazione non risulta altrettanto calzante nei confronti di quegli atti che rimangono, anche per il profilo dell'implementazione, affidati ai rapporti sociali interprivati, i quali non possono essere aprioristicamente esclusi dal regime giuridico dell'efficacia, ma possono essere inseriti in un ventaglio graduato di vincolatività legato a quanto stabilito autonomamente dai soggetti stipulanti. In altre parole, per questa seconda sfera di relazioni negoziali sarebbe necessario uscire dalla pura logica binaria del *binding* vs *non binding*, tipica di un approccio ermeneutico legalistico, per entrare in uno scenario diversificato, in cui l'efficacia della singola negoziazione è correlata al

---

governance attraverso la quale il potere pubblico delega funzioni al privato; 3. La governance a livello settoriale provvede più efficacemente di una governance centralistica. Si veda anche BERCUSSON B., *European Labour Law*, London, Butterworths, 1996, pp. 539-541, dove l'autore sottolinea come le parti sociali abbiano un incentivo a negoziare pena l'intervento dell'azione legislativa e descrive efficacemente il fenomeno con l'espressione "bargaining in the shadow of the law". Si veda anche ID., *Globalizing Labour Law: Transnational Private Regulation and Countervailing Actors in European Labour Law*, in TEUBNER G. (ed.), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 160. Cfr. anche MORAVSCSIK A., *The Choice of Europe*, London, UCL Press, 1998, p. 452, dove un'altra espressione utilizzata è "negotiate or we will legislate".

385 BERNARD N., *Legitimising EU Law: Is Social Dialogue the Way Forward? Some Reflections around the UEAPME Case*, in SHAW J. (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing, p. 279ss; LO FARO A., *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva…*, op. cit., spec. 257ss.

386 CAFAGGI F., *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *PD*, 2004, n.2, p. 205ss.

387 SMISMANS S., *The European Social Dialogue in the Shadow…*, op. cit., p. 164, ma anche BRANCH A., *The Evolution of the European Social Dialogue Towards Greater Autonomy: Challenges and Potential Benefits*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2005, n.2, p. 337: "Another important factor in assessing the shift towards greater autonomy is the fact that the social partners are choosing to pursue numerous *autonomous initiatives entirely pro-actively in areas where no Commission initiatives are foreseen*" (c.vo mio).

388 A prescindere da chi ne sia il soggetto promotore, ovvero senza considerare se sia il frutto di una consultazione oppure il risultato di una genuina negoziazione.

grado di obbligatorietà che le parti decidono di conferirgli[389], misurabile nel tempo sulla base della sua diffusione[390]. In alternativa si dovrebbe pensare che tutti i risultati della negoziazione collettiva sarebbero irrilevanti e privi di alcuna efficacia per il solo fatto di non essere recepiti in un atto legislativo. Valutazione irrealistica ove si rifletta sul fatto che l'ampio panorama della negoziazione autonoma, nonostante le difficoltà oggettive che presenta, offre indubbiamente, sia alle istituzioni europee sia agli attori collettivi, "potential benefits and (…) that all the players involved have an interest in making them work"[391].

La Commissione ha uno specifico interesse perché il metodo autonomo permette un maggiore e più consensuale progresso economico e sociale in aree tematiche in cui la legislazione europea ha manifestato difficoltà ad intervenire: per disaccordi interni alle istituzioni – specialmente tra Consiglio e Parlamento a causa della 'gelosia' degli Stati nel mantenere quanto più ampio possibile il loro spazio regolativo –, o anche per la mancanza di capacità traspositiva di alcuni Stati[392] – che dimostra come la legislazione non sia di per sé una soluzione[393]–, o infine, semplicemente perché gli attori collettivi spesso mettono al centro delle loro strategie temi su cui l'Unione non ha competenza a legiferare – per esempio "il contenuto e l'organizzazione della formazione professionale"[394].

I rappresentanti dei datori hanno interesse negli ambiti di competenza dell'Unione perché attraverso un ruolo attivo nella politica sociale – indirizzato a favorire una struttura stabile e compiacente alle imprese – potrebbero "controllare" in prima persona iniziative che altrimenti sarebbero decise dalle istituzioni europee; al di fuori delle competenze dell'Unione, invece, perché in un contesto spietato di competizione internazionale i datori di lavoro attraverso la negoziazione collettiva potrebbero "export European-style labour standards beyond European borders"[395].

I sindacati, infine, perché nei terreni in cui non sono previste iniziative sovranazionali, per man-

---

389 In questo senso, l'accordo collettivo autonomo per il controllo dell'esposizione al silice (*Agreement on workers health protection through the good handling and use of crystalline silica and products containing it*, del 25.4.2006, in http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=en) costituisce un'iniziativa innovativa nel contesto dell'ex art. 139 Tce (oggi art. 155 TFUE), dal momento che sembra inaugurare una modalità di effetto diretto che ne consente l'implementazione senza ulteriori interventi.

390 Sarebbe più corretto scrivere diffusione controllata, in considerazione del fatto che molti degli accordi negoziati vengono monitorati attraverso i *follow-up reports*, che hanno proprio una funzione di pubblicità e contestuale controllo dell'effettività. Questa lettura permette di avvicinare l'efficacia negoziale alla effettività, senza necessariamente confondere i due piani, i quali, sia pure distinti, appaiono così *interferenti* da ridisegnare la traiettoria normativa degli effetti della negoziazione collettiva europea.

391 BRANCH A., *The Evolution of the European Social Dialogue Towards Greater Autonomy*…, op. cit., p. 338.

392 Basti pensare alla mole di procedimenti conclusi e ancora in corso tra la Commissione e molti Stati appartenenti all'Unione per la non attuazione di provvedimenti sovranazionali.

393 Considerazione che potrebbe essere ripetuta in merito alla capacità traspositiva della contrattazione collettiva, ma vi è chi sul punto ha sostenuto come l'attuazione non dipenda strettamente da un vincolo legale: "Nor does it follow that because an agreement is a legal contract it is more likely to be implemented. Non-compliance, it seems, is no more a problem in Ireland and the UK, which are characterized by 'voluntarism', than in other countries where collective agreements are legally enforceable. (…) *Furthermore, implementation does not necessarily rely on the presence of traditional regulatory instruments*" (c.vo mio), MARGINSON P., SISSON K., *European Integration and Industrial Relations. Multilevel Governance*…, op. cit., p. 90.

394 Art.166 TFUE: "L'Unione attua una politica di formazione professionale che rafforza ed integra le azioni degli Stati membri, nel pieno rispetto della *responsabilità di questi ultimi per quanto riguarda il contenuto e l'organizzazione della formazione professionale*" (c.vo mio).

395 BRANCH A., *The Evolution of the European Social Dialogue Towards Greater Autonomy*…, op. cit., p. 340.

canza di competenza, possono avvalersi della negoziazione autonoma come sola alternativa regolativa, ove si consideri che quest'ultima costituisce il metodo attraverso il quale essi "can extend collective regulation into areas not widely dealt with at the national level"[396]; ma anche perché la contrattazione contribuisce a rafforzare la loro stessa ragion d'essere in un momento in cui in molti Stati membri i lavoratori sindacalizzati diminuiscono sensibilmente[397].

Si può, dunque, inferire la presenza di un interesse diffuso e generalizzato nei confronti di quella che convenzionalmente si è soliti riassumere nella formula ampia della negoziazione su base volontaria e con regolazione autonoma, processo che apre le maglie dell'indagine su un complesso di testi ad efficacia differenziata, che spaziano – sia per ambito e dimensione[398], sia per struttura – dagli accordi veri e propri alle semplici raccomandazioni. Il problema dell'efficacia si pone, pertanto, con sfumature differenti in relazione a tutti i luoghi di negoziazione rilevanti in ambito europeo e, per essere compreso, necessita di un passaggio successivo indirizzato a chiarire la fitta rete di concatenazioni che si instaurano tra il tradizionale piano ordinamentale sovranazionale e il sistema sindacale di regolazione sociale europea, specie nella sua declinazione di *autonomous agreement*. Il carattere legale della negoziazione collettiva è stato oggetto di discussione sin dall'Aps e molti osservatori hanno mostrato seri dubbi sulla opzione implementativa autonoma dal momento che l'applicazione dipenderebbe dalla capacità delle parti sociali europee di vincolare gli attori negoziali nazionali e, a cascata, dalla forza contrattuale dei soggetti nazionali di garantire l'applicazione individuale delle misure stabilite collettivamente. Inoltre, l'armamentario a disposizione dei protagonisti delle relazioni industriali ed in particolare l'impatto normativo tra l'accordo collettivo ed il rapporto di lavoro individuale sarebbero profondamente disuguali da uno Stato membro all'altro. Ciò ha spinto alcuni commentatori[399] ad affermare che la via autonoma creerebbe una situazione così differenziata in relazione ai singoli Stati membri da mettere in discussione il valore aggiunto europeo dell'accordo. Dal momento in cui alcuni accordi autonomi sono stati adottati, il dibattito sulla loro efficacia legale si è riacceso ed ha aperto l'orizzonte delle riflessioni giuridiche sul punto, spaziando da soluzioni di rigoroso diritto positivo, incentrate su più ampie basi istituzionali, a costruzioni normative più originali.

La tecnica implementativa attraverso decisione del Consiglio fornisce agli attori la *chance* di essere coinvolti nel *law making process* e ciò costituisce solo uno dei profili emergenti, poiché l'altro è rappresentato invece dal delicato compito che investe le parti sociali nel regolare, tramite di-

---

396 MARGINSON P., SISSON K., *European Integration and Industrial Relations. Multilevel Governance*…, op. cit., p. 103, l'osservazione è fatta in relazione agli accordi soft di settore che si occupano di temi soft ma ben potrebbe estendersi agli altri ambiti della negoziazione.

397 Vedi AA.VV., *The Role of Unions in The Twenty-First Century*, Oxford, Oxford University Press, 2001, tr. it. BOERI T., BRUGIAVINI A., CALMFORS L. (a cura di), *Il ruolo del sindacato in Europa*, op. cit., spec. p.19ss. vedi anche DØLVIK J. E., VISSER J., *ETUC and European Social Partnership: A Third Turning Point?*, in COMPSTON H., GREENWOOD J. (eds.), *Social Partnership in the European Union*, Basingstoke, Palgrave, 2001, per le quali l'apporto determinante della negoziazione collettiva a livello europeo è "to restore the legitimacy and credibility of trade unions as societal actors, not least in the national arena and against the trend of neoliberalism and union weaknening" (p. 39).

398 Ove per ambito, si intende il generale campo di azione della negoziazione collettiva (intersettoriale, settoriale o aziendale) e per dimensione, la peculiare sfera 'politica' di intervento dell'azione contrattuale (europea, transnazionale).

399 LO FARO A., *Funzioni e finzioni*…, op. cit., p. 163ss.

sposizioni normative, gli assetti giuridici tra *management* e *labour*. Quando si focalizza l'attenzione su questo secondo profilo, dalla prospettiva dell'autonomia collettiva, diventa più chiaro come la via istituzionale sia solo una delle strade praticabili per conferire all'accordo valore legale, mentre itinerario principe è quello costituito dalle procedure e prassi proprie delle parti sociali *ex* art.155.2 TFUE.

Il modo in cui questo modello implementativo debba funzionare è il cuore della discussione. Alcuni autori pensano che lo schema suggerito dal Trattato richieda ulteriori passaggi traspositivi[400]: seguendo questa linea di pensiero si assegnerebbe all'implementazione autonoma una valenza meno significativa, possibilità già contemplata prima della ratifica del Trattato di Maastricht. Poiché il Trattato contiene, invece, entrambe le possibilità, ovvero sia relazioni contrattuali che accordi, questi ultimi devono avere una differente qualità legale rispetto ad un semplice contratto tra privati. La differenza discende dalla tecnica di implementazione autonoma la quale conferisce proprietà giuridiche ulteriori agli atti negoziali europei, in quanto include un qualcosa in più di un 'trasloco' di mere regole da impartire al livello nazionale. Inoltre, consolidata, con il Trattato di Lisbona, l'ipotesi che la contrattazione collettiva sia un diritto fondamentale riconosciuto dall'ordinamento europeo[401], ciò determina la libertà dei datori di lavoro e dei lavoratori di organizzarsi

---

400 FRANSSEN E., *Legal Aspect of European Social Dialogue*…, op. cit., p. 139ss, spec. p. 139: "european collective agreements have to be implemented by the national affiliates"; SCIARRA S., *Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources*, in DAVIES P., LYON-CAEN A., SCIARRA S., SIMITIS S. (eds.), *European community labour law. Principles and Perspectives. Liber amicorum Lord Wedderburn of Charlton*, Oxford, Clarendon press, 1996, p. 202; LO FARO A., *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva*…, op. cit., pp. 165-166, il quale parla di "esplicito rinvio alle parti nazionali in funzione di soggetti deputati alla loro attuazione"; nello stesso senso ARRIGO G., *Dialogo sociale istituzionale dopo il Trattato di Amsterdam*, in *LI*, 1998, n.15-16, p. 10: "Non, dunque, efficacia diretta delle norme del contratto collettivo comunitario ma rinvio alla contrattazione collettiva nazionale ed obbligo delle parti nazionali di attuarle".

401 È opportuno sottolineare che l'art. 6 TUE, riformato dal Trattato di Lisbona, dispone che: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni" (GUE C 115 del 9 maggio 2008, p. 19). L'attribuzione alla Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati costituisce un indubbio passaggio di assestamento ed integra la fase conclusiva del "lento" "consolidato" e "inarrestabile (…) sdoganamento giurisprudenziale" (così Pollicino O., Sciarabba V., *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, n.1, p. 101ss. Per il lungo dibattito sul valore giuridico ed i tipi di efficacia riconducibili alla Carta di Nizza, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, cfr. CARUSO B., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in SCIARRA S., CARUSO B. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da AJANI G., BENACCHIO G.A., vol.V, Torino, Giappichelli, 2009, spec. p. 723ss; GIUBBONI S., *Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *DLRI*, 2001, n.4, spec. pp. 617-621, dove si affronta la distinzione tra significato politico e valore giuridico della Carta; CARUSO B., MILITELLO M., *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *RIDL*, 2009, n.2, III, p. 147ss. In particolare sull'art.28, si legga VENEZIANI B., *Right of collective bargaining and action*, in BERCUSSON B. (ed.), *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights - Summary*, in www.etui-rehs.org, p. 53ss, spec. p. 56; LAZZARI C., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e le relazioni industriali: il diritto di contrattazione collettiva*, in *DLRI*, 2001, n.4, p. 641ss; da ultimo FONTANA G., *Libertà di organizzazione sindacale e diritto alla negoziazione collettiva*, op. cit. Il riferimento alla contrattazione collettiva come diritto, era presente in alcuni documenti ufficiali già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in tal senso cfr. la Proposta di Risoluzione del Parlamento europeo, *Sulle sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea*, [PE, 2008/2085/INI del 30.09.2008], spec. il considerando *c), g), r)* e *z)*, dove ampi riferimenti alla sentenza Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, GUCE C 6 del 8 gennaio 2000, p. 1-2; ID., in *Racc.*, 1999, p. 5751; si vedano le pronunce più recenti, Corte di Giustizia (Grande Sezione), 11 dicembre 2007, causa C- 438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eestiin*, in GUE C 51 del 23 febbraio 2008, p. 11; ID, in *Racc.*, 2007, p. 10779; Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007 (Grande Sezione), causa C- 341/05, *Laval un Partneri Ltd*, in GUE C 51 del 23 febbraio 2008, p. 9; ID., in *Racc.*, 2007,

e concludere accordi fissando le condizioni di lavoro. Nonostante le disposizioni del Trattato non indichino con precisione, neanche nella nuova formulazione del TFUE, la disciplina dell'efficacia di un accordo collettivo, appare chiaro che la mancanza di un ancor minimo effetto legale violerebbe questo diritto così come infrangerebbe la stessa autonomia collettiva, ed in particolare il potere collettivo che si esprime attraverso la negoziazione, il quale si troverebbe confinato in una sfera di applicazione dimidiata perché incerta.

È noto come nei sistemi privi di *legal framework*, per gli accordi collettivi, operi la fortunata formula di efficacia "binding in honor only"[402], ovvero un procedimento che riconosce ricadute giuridiche sui contratti individuali di lavoro in caso di incorporazione[403] e che testimonia la posizione peculiare rivestita dall'autonomia collettiva nel panorama delle fonti. In tutti gli altri ordinamenti, incluso quello costruito sul diritto privato internazionale, la carenza di efficacia potrebbe nuocere alle prerogative di regolazione generale tipiche delle negoziazioni dei gruppi intermedi. In una prospettiva europea, l'esercizio del diritto alla negoziazione collettiva non richiede, in via predeterminata, una descrittiva negoziale degli effetti giuridici, bensì necessita di un inquadramento flessibile dell'efficacia che contemperi le diverse esperienze maturate nei vari paesi in relazione alle conseguenze giuridiche delle obbligazioni collettive.

Il concetto intorno a cui ruotano molte delle difficoltà è quello di *legal enforceability*, idea valvola

---

p. 11767; Corte di Giustizia, 3 aprile 2008, causa C- 346/06, *Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert, in qualità di curatore fallimentare della Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG v. Land Niedersachsen*, in GUE C 128 del 24 maggio 2008, p. 9; ID., in *Racc.*, 2008, p. 1989; Corte di Giustizia, 19 giugno 2008, causa C- 319/06, *Commissione v. Granducato del Lussemburgo*, in GUE C 209 del 15 agosto 2008, p. 4-5; ID., in *Racc.*, 2008, p. 4323. Al di là dei potenziali scenari delineatisi nell'ambito della negoziazione collettiva autonoma, non bisogna dimenticare che la Corte di giustizia, sino ad oggi, si è pronunciata sulla dimensione sociale secondo argomentazioni che hanno risentito notevolmente del tentativo di bilanciare e proporzionare i diritti fondamentali di contrattazione ed autotutela collettiva con le libertà economiche riconosciute nel Trattato. In realtà, proprio recenti indirizzi giurisprudenziali della Corte EDU testimoniano come ci siano margini per affermare la cifra distintiva dell'autonomia collettiva nella sua accezione più ampia, ovvero l'esercizio della libertà contrattuale, la quale come diritto fondamentale condensa il diritto civile e politico all'autodeterminazione insieme ad istanze sociali di giustizia secondo l'autentico approccio congeniale ai diritti umani, si veda NOVITZ T., *A Human Rights Analysis of the Viking and Laval Judgments*, in BARNARD C. (ed.), *The Cambridge yearbook of European legal studies*, 2007-2008, vol. 10, Oxford, Hart Publishing, 2008, spec. p. 543 ss. Proprio in virtù della circostanza che l'UE, a seguito del Trattato di Lisbona, ha aderito formalmente alla CEDU (art.6.2 e 6.3 TUE), riconoscendo i diritti in essa sanciti come principi generali facenti parte del diritto dell'Unione, appare di estremo interesse la recente ed esemplare sentenza della Grande Chambre CEDU sul diritto di negoziare e concludere accordi collettivi. La stretta comunanza dei rapporti tra ordinamenti differenti, a livello nazionale, europeo e internazionale, sul versante della tutela dei diritti umani è emersa dall'esito del procedimento giurisdizionale, dove si attesta espressamente non solo il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi – quali contenuti fondamentali della libertà sindacale garantita dall'art. 11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali – ma anche una possibilità di restrizione di tali diritti ridotta e proporzionata, il cui onere della prova di legittimità incombe sul soggetto giuridico che intende limitarli, sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, (Grande Chambre), 12 novembre 2008, caso n. 34503/97, *Demir e Baykara c. Turchia*, e la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 aprile 2009, caso n. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, entrambe in http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/, su cui si veda BRONZINI G., *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *RIDL*, 2009, n.4, II, p. 975ss.

[402] KAHN-FREUND O., *Legal Framework* in FLANDERS A., CLEGG H. A. (eds.), *The System of Industrial Relations in Great Britain: its history, law and institutions*, Oxford, Blackwell, 1954, pp. 57-58: "They are intended to yield 'rights' and 'duties', but not in the legal sense; they are intended, as it is sometimes put, to be 'binding in honour' only, or (which amounts to very much the same thing) to be enforceable through social sanctions but not through legal sanctions". DUKES R., *Otto Kahn-Freund and Collective Laissez-Faire: An Edifice without a Keystone?*, in *Modern Law Review*, 2009, n.2, p. 232. Per una panoramica sulla situazione delle relazioni industriali inglesi, si veda DICKENS L., *Legal regulation, institutions and industrial relations*, in Warwick Papers in Industrial Relations, n.89 - may 2008, p. 3ss, http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/wbs/research/irru/wpir/wpir_89.pdf.

[403] KAHN-FREUND O., *Labour and the law*, op. cit., p. 148.

che trova un'ampiezza di significati nell'orbita della "società europea". Una prima linea interpretativa potrebbe essere quella di configurare la negoziazione collettiva come strumento *enforceable on principle*[404], cioè come atto non 'giustiziabile' o meglio la cui inosservanza non integrerebbe alcuna violazione del diritto alla contrattazione collettiva (ex art. 28 della Carta di Nizza) a livello europeo, data la prevalenza del momento traspositivo nazionale. Tale impostazione si scontra con la costruzione giuridica del fenomeno dell'autonomia collettiva ed in particolare con lo sviluppo indipendente degli *autonomous agreements* come espressione della più ampia libertà fondamentale di contrattare e di concludere o meno accordi collettivi: la contrattazione collettiva non potrebbe essere definita autonoma qualora poi fossero le stesse istituzioni sovranazionali a decidere della validità di un'intesa conclusa. Considerando questo aspetto, l'implementazione attraverso decisione del Consiglio sarebbe certamente più agevole ed effettiva rispetto alla *voluntary route*.

Tuttavia, bisogna prendere atto che la seconda opzione non può essere valutata con gli stessi parametri con cui si misura la prima ed osservare che la procedura da ultimo citata è gravata da uno svantaggio, cioè dal penetrante condizionamento delle volontà politiche della Commissione e del Consiglio[405]. Ciò sarebbe accettabile, con riferimento alla libertà di contrattare, se le parti di un accordo fossero realmente dotate di un altro itinerario formale percorribile: l'implementazione autonoma, sia pure non perfettamente equivalente a quella in chiave istituzionale, deve essere effettiva per costituire una valida alternativa.

## 5. Dagli statuti paralleli alla costruzione dell'effetto diretto: le mappe teoriche dell'efficacia.

Se si giudica come alternativa la forma dell'implementazione autonoma, è necessario verificare come questo tipo di processo si svolga nel dettaglio. Accettare le differenze nazionali significa che un accordo collettivo europeo avrà un effetto diretto in ogni Stato membro secondo le modalità e le tecniche che ogni paese riserva alla regolamentazione degli effetti dei contratti collettivi nazionali. Infatti, la teoria degli statuti paralleli[406] prende le mosse dal presupposto che un accordo collettivo europeo ha bisogno di essere assorbito e fatto proprio dal sistema nazionale, ovvero necessita di essere comunicato e conosciuto in termini giuridici (comprensione)[407] come uno dei

---

[404] KAHN-FREUND O., *Labour and the law*, op. cit., p. 136.

[405] Nonostante sia generalmente condiviso che le autorità sovranazionali non possono mutare i termini di un accordo collettivo (*right to emend*), esse sono in grado di rifiutare il trasferimento in direttiva (*right to reject*). Si veda WELZ C., *The European Social Dialogue under articles 138 and 139 of the EC Treaty. Actors, processes, outcomes*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2008, pp. 323-326; BERCUSSON B., VAN DIJK J.J., *The Implementation of the Protocol and the Agreement on Social Policy of the Treaty on European Union*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1995, n.1, p. 3ss; Comunicazione della Commissione, *Applicazione dell'Accordo sulla Politica Sociale* [COM (1993) 600 def. del 14.12.1993], punti 38 e seguenti; GORELLI HERNÁNDEZ J., *El diálogo en la Unión Eruopea: incidencia en el sistema de fuentes del derecho*, in *Temas Laborales*, 2000, n.55, p. 71; BETTEN L., *The Democratic Deficit of Partecipatory Democracy*..., op. cit., p. 33; ADINOLFI A., *Admissibility of action for annulment by social partners and 'sufficient representativity' of European agreements*, in *European Law Review*, 2000, n.2, p. 166. Vi è anche chi non distingue tra diritto di emendare e diritto di rigettare un accordo, FRANSSEN E., *Legal Aspect of European Social Dialogue*..., op. cit., p. 208.

[406] DEINERT O., *Moves of implementing European Collective Agreements and their impact on collective autonomy*, in *Industrial Law Journal*, 2003, n.4, p. 322; ID., *Self-Executing Collective Agreements in EC Law*, in DE VOS M. (ed.), *A Decade Beyond Maastricht: the European Social Dialogue Revisited*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, p. 43.

[407] Per una riflessione generale sul significato della parola *comprensione* di disposizioni normative, si veda RESCIGNO G.U., *Comunicazione, comprensione, interpretazione di disposizioni normative*, in *DLRI*, 2008, n.4, spec. p. 590. Parafrasando le parole di Rescigno e collocando il discorso giuridico su un piano, per così dire, di teoria normativa della comunicazione si potrebbe affermare che le ragioni

tanti accordi nazionali in modo da produrre sul rapporto individuale di lavoro il medesimo effetto che potrebbe generare il contratto collettivo tipico di quel paese membro. In questa dimensione si può assumere un'angolazione di relativismo giuridico, che non si traduce necessariamente nell'opportunismo dell'efficacia, in quanto, posto che i contratti collettivi a livello europeo producono immediatamente dei vincoli, la loro profondità ed estensione è rimessa alle previsioni dei singoli ordinamenti nazionali[408]. Si potrebbe rilevare che proprio l'applicazione differenziata sia il limite connaturato alla negoziazione collettiva europea, incapace di raggiungere l'obbiettivo dell'armonizzazione delle condizioni di lavoro.

La linea ipotizzata cerca, pertanto, di by-passare la dipendenza dai sistemi nazionali proponendo una forma di effetto diretto degli *autonomous agreement* che si avvale delle aperture congenite all'art. 155 TFUE. L'espressione "in accordance with the procedures and practices specific to management and labour and the Member states" è la chiave di volta adoperata da una parte della dottrina[409] per individuare un riferimento esplicito ai partners sociali europei senza l'intermediazione di quelli nazionali, i quali peraltro non sono espressamente richiamati. Da questo ne consegue che l'orientamento che valorizza al massimo grado la regolazione autonoma (art. 155.2, prima parte, TFUE) propugna una lettura indirizzata a 'premiare' i soggetti sociali europei come principali protagonisti dell'attuazione dell'euronegoziazione.

L'analisi letterale del testo normativo citato, incentrata sulla struttura paratattica implicita nel

---

per le quali un accordo collettivo europeo possa tradursi in una comunicazione valida per un sistema nazionale sono molte. In particolare, una ragione è quasi sempre condizione necessaria affinché la comunicazione sia valida e la cui assenza è quasi sempre condizione sufficiente affinché la comunicazione risulti invalida: la *comprensione* del messaggio comunicato da parte del soggetto destinatario della comunicazione, sia esso il legislatore nazionale o le parti sociali. Rimanendo nell'orbita della *comprensione*, si potrebbe dire che nel caso in cui gli interessati convergano sul giudizio che vi è stata piena e totale comprensione, le disposizioni dell'accordo collettivo a livello europeo dovrebbero operare automaticamente, mentre solo nei casi dove si registra il dissenso sul contenuto comunicato – salvo precisare in cosa consista il dissenso – il passaggio di trasfusione in provvedimenti attuativi nazionali diventa necessario. Ovviamente, si tratta di un approccio di teoria generale che ben si presta ad inquadrare il problema dell'applicazione degli *autonomous agreement*, cioè a verificare la coincidenza tra il riconoscimento degli accordi autonomi, espresso nel Trattato, e l'efficacia di tali negozi collettivi sul piano nazionale. Sul punto, però, può essere utile un'ulteriore divagazione. Sottoscrivere una dottrina (normativa) generale e coerente della *comprensione* non è possibile Tutte le 'direttive' interpretative sono soggette ad eccezioni non enumerabili in anticipo (si veda CHIASSONI P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, spec. cap.II), così da rendere difficile comporre un codice interpretativo coerente. Se allora l'interpretazione (in senso lato, intesa come comprensione; *stricto sensu*, come eguale soluzione di dubbi sul significato) gioca un ruolo modesto, maggiore attenzione merita l'analisi della *costruzione giuridica*. Tanto più che, come emerge dal caso degli effetti del contratto collettivo autonomo, la formulazione di norme *apocrife*, o per dirla con le parole di Guastini (GUASTINI R., *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. Cost.*, 2007, n.2, p. 1380), la costruzione di norme inespresse è spesso una costruzione di secondo grado, resa possibile cioè dalla costruzione del problema stesso, cioè dall'idea di negoziazione collettiva autonoma.

408 D'ANTONA M., *Il quarto comma dell'art. 39 della costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, n.4, p. 678, ora in CARUSO B., SCIARRA S. (a cura di), *Opere. Scritti sul diritto sindacale*, Milano, Giuffrè, 2000, vol.II, p. 414: "Non bisogna confondere, innanzitutto, la *profondità* con l'*estensione* degli effetti del riconoscimento legale. Quanto alla profondità, non vi sono molti dubbi sul fatto che il riconoscimento assegna un valore normativo, e non solo negoziale, ai prodotti della contrattazione collettiva nel sistema delle fonti dello stato. Più precisamente, la norma collettiva «riconosciuta», o se si preferisce la regola in essa contenuta (…) ha il medesimo valore della norma di diritto che l'incorpora e opera quindi come criterio di qualificazione in una serie aperta di casi, del tutto indipendentemente dal vincolo associativo (alla stregua di fonte *extra ordinem* o di fatto normativo, a seconda delle costruzioni). Tuttavia, dal valore normativo che la norma collettiva assume nel sistema delle fonti legali, non è consentito inferire l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo che la contiene nei confronti del gruppo o della categoria". Su questo saggio si veda la rilettura di CARUSO B., *Nella bottega del maestro: "Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi" (sapere, tecnica e intuizione nella costruzione di un saggio)*, in *DLRI*, 2009, n.1, p.53ss.

409 SCHIEK D., *Autonomous Collective Agreement as A Regulatory Device in European Labour Law: How to Read Article 139 EC?*, in *Industrial Law Journal*, 2005, n.1, spec. p. 52ss.

nesso congiuntivo *and*, avalla un'interpretazione 'sbilanciata' verso il ruolo degli attori sociali europei e trova come unico limite l'adozione di un metodo attuativo non in conflitto con i principi ordinamentali e le specifiche tradizioni nazionali[410]. Se l'art. 155 TFUE riconosce il fatto che la regolazione proveniente dalle istituzioni pubbliche non sia l'unica fonte possibile di regolazione sociale, "as a consequence, publicly generated law is not only capable of structuring social norms, but may also be receptive to such social norms, acknowledging their general applicability"[411]. In altre parole, la previsione del Trattato 'assorbe' la regolazione autonoma e ne accetta la sua rilevanza come fonte[412].

Una versione più attenuata, ma comunque riconducibile alla medesima opzione teorica, tenta di lasciare aperta la possibilità per gli attori sociali nazionali di procedere ad una attuazione, ribadendo, però, la centralità dei partners europei, i quali assumono il delicato compito di redigere clausole di amministrazione dell'accordo, in forza delle quali stabilire una cornice procedurale[413] a cui i corpi intermedi nazionali devono far riferimento. Gli accordi stipulati ai sensi dell'art. 155 TFUE prevedono al proprio interno la facoltà di utilizzare clausole in base alle quali le parti possono specificare la loro volontà di creare o non creare un self-executing agreement: nella prima ipotesi sono previste "strong procedures for monitoring and follow-up as well some attempts to identify for whom in it is intended and a procedure for dispute settlement (…). The agreement bypasses the need for national transposition in terms of national agreements or national law"[414].

---

[410] L'idea di fondo muove dall'opportunità per i soggetti sociali europei di attuare direttamente il proprio voluto negoziale in aderenza e nel rispetto delle fonti nazionali che disciplinano gli accordi collettivi ed anche delle prassi tipiche del *laissez faire*. In altri termini, se il contratto collettivo in Gran Bretagna è configurato come gentlemen agreement, non si può pretendere che il Regno Unito, di fronte ad un negoziato europeo, adotti un provvedimento legislativo di trasposizione.

[411] SCHIEK D., *Autonomous Collective Agreement*…, op. cit., p. 53.

[412] "For labour law agreements, this approach is especially adequate, because the different national traditions of the Member States all include some form of autonomous regulation. If we look back in history, we realise that *the collective agreement first came about in all legal orders as a social fact and only later did it become recognised in law*", SCHIEK D., *Autonomous Collective Agreement*…, op. ult. cit., p. 53. In senso analogo JEAMMAUD A., *Per una discussione sulla contrattazione collettiva europea dal punto di vista degli ordinamenti nazionali*, in LETTIERI A., ROMAGNOLI U. (a cura di), *La contrattazione collettiva in Europa*, Roma, Ediesse, 1998, p. 71: "Noi sappiamo bene che, nei nostri paesi, la negoziazione e la stipulazione di contratti collettivi non hanno atteso, per esistere e assumere una certa diffusione, l'adozione di leggi in grado di fornire una base e un quadro di riferimento legislativo. E inversamente tutti concordano che l'adozione di un corpo di regole che riconosca e rafforzi i contratti collettivi non rappresenta una condizione sufficiente a far nascere la negoziazione per favorire tali atti normativi".

[413] DEINERT O., *Self-Executing Collective Agreements in EC Law*, op. cit., p. 43. Infatti, chi propende per questa tesi, anche nella sua versione più attenuata, giunge ad affermare che le clausole adoperate in alcuni accordi autonomi (ad es. nel *Framework on telework*) non sono inquadrabili nell'art. 139 Tce: mentre il Trattato fa riferimento alle "procedures and practices specific to management and labour and the Member states", le parti sociali scrivono "procedures and practices specific to management and labour in the Member states". Questa forzatura linguistica, apparentemente innocua, indica che le parti sociali hanno interpretato il Trattato nel senso che l'accordo europeo può essere implementato solo attraverso la mediazione nazionale. L'accordo, in altri termini, non è idoneo ad una *self execution*, perché non contiene precisi diritti e richiede successive concrete previsioni.

[414] LÉONARD E. (ed.), *New structures, forms and processes of governance in European industrial relations*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2007, p. 39. Si veda l'*Agreement on workers health protection through the good handling and use of crystalline silica and products containing it*, del 25.4.2006, in http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=en, in particolare gli artt. 6 e 7 che descrivono le obbligazioni ed i sistemi di controllo a livello di impresa, e gli artt.7(4) e 8, che predispongono un sistema di monitoraggio a livello europeo. L'accordo è considerato *binding* (direttamente vincolante) per i soggetti sottoscrittori e stabilisce norme specifiche di applicazione individuale per chi è "directly or indirectly represented by the parties to this agreement", art.3(3). "The agreement will have a 'direct effect' in the sense that the signatory parties clearly intend to create provisions which directly apply to employers and employees without having the need for transposition by national collective agreements or national law" (p. 39).

Nel secondo caso le parti potrebbero "non intend to create a self-executing agreement", inserendo espressioni che dispongono la trasposizione nazionale[415].

Sulla scorta delle esemplificazioni enunciate, si trovano significative conferme, per gli accordi volontari, della tendenza ad avvalersi dell'efficacia diretta come meccanismo che renderebbe i successivi step a livello nazionale superflui: in tale senso l'assenza di un'attuazione nazionale non potrebbe inficiare l'efficacia di un accordo europeo ex art. 155 TFUE[416]. In questo caso, l'effetto diretto si può attribuire al carattere autonomo del dialogo sociale, ovvero alla prerogativa della negoziazione collettiva europea di influenzare le relazioni industriali a livello nazionale come se i contenuti fossero stati trasposti con i tradizionali canoni previsti nel contesto legale degli Stati. Rimane il fatto che un effetto diretto potrebbe aversi solo quando le parti introducono nell'intesa clausole *ad hoc*, finalizzate a rendere effettivo quanto concordato, come nell'*Agreement on use of crystalline silica*. Il ragionamento è basato sull'idea che la contrattazione collettiva costituisce un diritto fondamentale dell'ordinamento europeo ed implica che gli accordi collettivi siano dotati di congegni di *enforceable* sin dalla loro stipula: si pone l'accento sul diritto alla contrattazione collettiva e si indica una sorta di *Soziale execution* senza l'interferenza delle istituzioni, consentendo al *bargaining* autonomo di essere una realistica ed effettiva alternativa all'implementazione attraverso decisione del Consiglio. Due principali argomenti potrebbero essere mossi contro questo approccio interpretativo.

Il primo si incentra su una visione che, tra tutti gli effetti legali attribuibili al contratto collettivo, vede una contrapposizione tra conseguenze giuridiche legate all'ipotesi di implementazione attraverso misure di trasposizione nazionale ed esistenza di un diritto alla contrattazione collettiva europea con immediata capacità di vincolo. La critica, però, ribadisce che non si tratta di una vera dicotomia in quanto l'efficacia del contratto sarebbe strettamente dipendente dall'impulso delle parti sociali nazionali, e dunque chiusa in una tenaglia che strozza l'azione contrattuale europea, stringendola tra l'ingerenza delle funzioni istituzionali e la prevalenza del ruolo delle sigle sindacali e datoriali a livello di ogni paese[417].

La seconda obiezione riferibile all'effetto diretto induce l'interprete a misurarsi con il tema della legittimazione a catena (dall'ambito europeo a quello dei singoli Stati) e quindi con l'analisi dei modelli di relazioni industriali nazionali più che con un approccio che privilegia il piano sovranazionale. Anche se un effetto diretto promana dall'azione negoziale dei partners sociali europei e

---

[415] "In the context of Article 139 of the Treaty, this European framework agreement shall be implemented by the members of UNICE, UEAPME, CEEP and ETUC (and the liaison committee EUROCADRE, SICEC) in accordance with the procedures and practices specific to management and labour in the Member States". Così l'art.12 del *Framework agreement on telework* del 16.7.2002; ed anche l'art.7 del *Framework agreement on work-related stress* dell'8.10.2004; l'art.5 del *Framework agreement on harassment and violence at work*, documenti rinvenibili sul sito http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=en. Negli ultimi due accordi è stata inserita la formula "in the countries of the European Economic Area" a riprova di un sistema di relazioni industriali che estende il proprio campo di applicazione anche al di là dei paesi membri dell'Unione, pur rimanendo a forte connotazione europea.

[416] DEINERT O., *Moves of implementing European Collective Agreements and their impact on collective autonomy*, op. cit., p. 323.

[417] In questo senso *ex multis* anche BAYLOS GRAU A., *La contrattazione collettiva dal punto di vista degli ordinamenti nazionali*, in LETTIERI A., ROMAGNOLI U. (a cura di), *La contrattazione collettiva in Europa*, Roma, Ediesse, 1998, p. 65, il quale sostiene "che gli accordi collettivi di livello comunitario necessitano, per produrre effetti nei rapporti fra imprenditori e lavoratori a livello nazionale, di una «internalizzazione» mediante la contrattazione collettiva propria di ogni sistema, che faccia propri i contenuti dell'accordo collettivo europeo".

nonostante questa strada consenta l'ingresso dei negoziati europei nelle regolamentazioni nazionali dei rapporti collettivi di lavoro, ciò implicherebbe, in contesti differenziati e con profonde divergenze sul piano dell'efficacia generale da assegnare ad atti di natura privata (sistemi *voluntary* vs sistemi con *legal framework*), l'importazione di una contrattazione che adotta schemi di affiliazione uniformi e relazioni lineari di membership e responsabilità.

Ridurre l'autodeterminazione delle parti sociali a semplice espressione di mediazione privata, ancorché finalizzata a scopi collettivi, significa contraddire l'aspirazione delle relazioni sindacali a trasformarsi da risorsa extraordinamentale ad autentico esercizio di autonomia. Il lato opinabile di questa operazione è quello di non riuscire a spiegare in termini giuridici quel fenomeno di applicazione sociale spontanea a cui l'art. 155 TFUE attribuisce, peraltro, rilevanza formale[418]. Una volta relegato sul piano del giuridicamente irrilevante il legame esistente tra il ruolo di fonte ed il momento negoziale delle relazioni industriali, diviene praticamente impossibile giustificare in chiave tecnica il perché e il come le parti dei rapporti individuali si sentano vincolate ad applicare le disposizioni normative contenute negli accordi collettivi autonomi. L'applicazione sociale spontanea, lungi dall'essere una costante delle relazioni industriali, è senza dubbio una variabile dipendente di quella che abbiamo chiamato fase di amministrazione del contratto e dei rapporti di forza esistenti tra parti sociali europee. In fondo, rimuovere ogni componente di 'flessibilità' o 'incostanza' di attuazione convenzionale finisce con lo scambiare l'effetto giuridico del contratto, inteso come atto tipizzato dall'ordinamento, con quello che, invece, è un effetto sociale della contrattazione, intesa come *faktisches Prozess* di normazione sociale[419].

Le critiche ipotizzate, pertanto, scontano un vizio di origine, da ascrivere alla visione monistica della *figura juris* del contratto collettivo, la quale assegna ad esso la medesima natura nei vari stadi in cui si afferma e, soprattutto, una preminenza gerarchica al *niveau* europeo, inquadrato come una sorta di quarto livello sopra quelli nazionali (impresa, settore, intersettoriale)[420]. *De*

---

[418] JEAMMAUD A., *Per una discussione sulla contrattazione collettiva europea…*, op. cit., p. 71: "Bisogna intendersi. Sarebbe assurdo ritenere che la negoziazione collettiva europea non possa svilupparsi come pratica sociale e politica, e che essa non sappia produrre effetti – ivi compresi quelli che hanno la forma di regole giuridiche (come tali riconosciute dagli ordinamenti degli stati membri) – fin quando essa non risulterà dotata di uno specifico quadro normativo; finché cioè non esisterà uno «statuto giuridico della negoziazione collettiva europea». L'assenza di regole giuridiche relative ad una determinata prassi – per suggellarne la validità, all'occorrenza stimolarne l'attivazione, stabilirne la portata – non impedisce mai che tale prassi prenda corpo e prosperi".

[419] SIMITIS S., *Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1957, p. 56ss. Il concetto è mutuato da RENNER K., *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein beitrag zur kritik des burgerlichen rechts*, mit einer einleitung und anmerkungen KAHN FREUND O., Stuttgart, Fischer, 1965, IIIª ed., tr. it. a cura di MITTENDORFER C., *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione giuridica: un contributo alla critica del diritto civile*, Bologna, Il Mulino, 1981.

[420] Nei paesi senza un *legal framework* potrebbero sorgere dubbi in merito a quali siano le previsioni legali che estendono l'accordo collettivo europeo: in questi sistemi, difficoltà specifiche sorgono per l'affermazione di un vincolo diretto che scaturisce dall'accordo collettivo europeo proprio perché le relazioni industriali dipendono poco dall'intervento pubblico nazionale e molto di più traggono la propria effettività dal legame tra rappresentati e rappresentanti, cioè dal peso attribuito allo statuto giuridico dell'adesione alle organizzazione di interessi. Di converso, nei sistemi con *legal framework* per la negoziazione collettiva, la diffusione *erga omnes* è strettamente correlata alla posizione occupata dai soggetti rappresentativi nazionali, selezionati in base a *standard* prestabiliti legalmente: il problema sembra spostarsi dal profilo dell'efficacia a quello della rappresentatività normativamente misurata. Bisogna distinguere due aspetti che tendono ad essere sovrapposti: quello che attiene alla natura dell'accordo e dei relativi effetti e l'altro che riguarda la 'fisionomia' degli attori. Se risulta difficile il compito di delimitare i confini tra queste due sfere su scala nazionale, lo è ancor di più nel rapporto tra *enforceability* delle fonti nell'ordinamento europeo e *representativeness* degli agenti negoziali nel sistema sociale europeo delle relazioni industriali.

*iure condendo*, una soluzione meno radicale rispetto a quella dell'effetto diretto, volta a risolvere parzialmente il problema dell'uniformità delle implementazioni, è quella suggerita dalla Commissione nella sua Comunicazione del 2004, la quale propone l'adozione di un accordo quadro di base, da stipulare a livello interprofessionale, per disciplinare l'efficacia della contrattazione autonoma secondo variabili gradienti di intensità che rispondono alle diverse tipologie di negoziati[421].

## 6. La negoziazione collettiva autonoma nella prassi: contenuti e strumenti.

L'art. 155 TFUE apre la strada ad un'azione bipartita di carattere europeo che può assumere varie vesti negoziali. Sul piano pratico i soggetti sociali hanno adottato una serie di strumenti validi in relazione all'*ambito* di riferimento (intersettoriale, settoriale o aziendale). A prescindere dalla nomenclatura indicata dalla Commissione e al di là della scarsa rilevanza del *nomen juris* designato per certe intese, una dottrina[422] ha colto una distinzione tra *posizioni comuni* e *impegni reciproci*. Le prime sono dei documenti condivisi dalle parti sociali, indirizzati principalmente ad influenzare i soggetti pubblici delle politiche sociali europee e corrispondono a quelli che secondo le classificazioni della Commissione possono essere catalogabili come *joint opinions*[423]. Tutti gli altri documenti possono essere considerati impegni reciproci tra organizzazioni di interessi con riflessi sugli aderenti, cioè con clausole rivolte ai membri delle rispettive coalizioni sociali. In questa categoria una distinzione può essere tracciata tra accordi veri e propri, raccomandazioni e strumenti vari come anche i *procedural texts*.

La vitalità del dialogo sociale europeo si può valutare utilizzando un'ampia gamma di testi di taglio regolativo, unici indicatori idonei a mettere in luce l'attivismo delle parti sociali. Il risultato di una simile verifica potrebbe essere limitato se si considera il numero ristretto di *binding texts*, ma in base alla prospettiva di un'efficacia graduale e differenziata, specificata precedentemente, questi rilevatori quantitativi sono la principale fonte di cognizione per comprendere a fondo i percorsi della negoziazione autonoma. La tipologia di testi dipende dalle dinamiche di scambio all'interno dei Comitati di settore e tra le organizzazioni che ne fanno parte. Un attore sociale, ad esempio, potrebbe considerare che il tema delle pari opportunità richieda misure legislative più forti, mentre un'altra tematica potrebbe essere affrontata attraverso *guidelines*, più inclini ad adattarsi ai contesti produttivi nazionali o di singola impresa. Ciò incoraggia la conclusione di *Framework texts*

---

[421] Si pensi alla tradizione italiana a proposito degli accordi quadro come il *Protocollo sulla politica dei redditi e dell'occupazione, sugli aspetti contrattuali, sulle politiche del lavoro e sul sostegno al sistema produttivo*, siglato il 23 luglio 1993, o alla più recente intesa, sia pure ottenuta senza il consenso della sigla sindacale maggioritaria (CGIL), *Accordo quadro di riforma degli assetti contrattuali* del 22 gennaio 2009.

[422] POCHET P., *Sectoral Social Dialogue? A Quantitative Analysis*, in *Transfer*, 2005, n.3, spec. p. 320 ss.; ID., *Le dialogue social sectoriel, une analyse quantitative*, in *Chronique internationale de l'IRES*, septembre 2005, n.96, spec. p. 24ss, in http://www.crimt.org/Publications/IRES_Ci_No96_2005.pdf.

[423] Nel settore dell'aviazione civile, si veda la *Joint Statement on Quality, Safety and Training in the ground handling sector* del 21 gennaio 2005; nel settore della pesca, si veda la *Opinion regarding the Commission's Communication [COM(2007)591final] to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and to the Committee of the Regions on Re-examining the social regulation in the perspective of more and better seafaring jobs in the EU* del 16 luglio 2008.

e di codici di condotta, piuttosto che di *Agreements* nel senso tradizionale del termine[424]. Come è stato notato da alcuni studiosi[425], mentre i risultati potrebbero essere considerati deludenti se comparati alle regolazioni nazionali, basate su consolidate tradizioni di *hard regulation*, essi, in realtà, sono una buona base di partenza per cogliere la prolifica ed eterogenea azione negoziale autonoma del livello europeo, dal momento che non appare congruo effettuare un confronto tra forme di contrattazione profondamente dissimili.

È chiaro che essi non posseggono la stessa valenza normativa tipica di un accordo nazionale, soprattutto per quello che concerne le materie oggetto di intervento (ad esempio, non è stato affrontato il classico istituto della retribuzione), ciò nonostante i temi coperti da questi negoziati potrebbero toccare tasti sensibili del rapporto di lavoro (ad esempio, la salute e sicurezza o la formazione)[426]. Le molteplici applicazioni di nuovi schemi regolativi (OMC[427], scambio di informazioni[428] e *benchmarking*[429]) si sostanziano nell'impiego di testi di nuova generazione, come accordi autonomi e raccomandazioni che si avvalgono di meccanismi di *follow up reports*[430].

La prima operazione in questo senso, a livello interprofessionale, è stata messa in opera nel *Framework of actions for the lifelong development of competencies and qualifications* del 28 febbraio 2002, che ha identificato nel campo della formazione alcune priorità in merito alle quali le parti sociali hanno iniziato a lavorare sul piano nazionale, riferendo annualmente i progressi introdotti[431]. Anche nella dimensione settoriale, si è fatto ampio uso di strumentazioni simili, specie

---

[424] In ambito interprofessionale, da un'analisi quantitativa su circa 50 documenti, risulta che solamente 3 accordi (*telework*, *work related stress* e *harassment and violence at work*, oltre ad uno in corso di elaborazione sugli *inclusive labour markets*) hanno la struttura formale di *agreement*.

[425] MARGINSON P., SISSON K., *European Integration and Industrial Relations. Multilevel Governance*…, op. cit., pp. 25-26 e spec. cap.III, p. 54ss.

[426] Per esempio, il tema della formazione è un caso illuminante di come un accordo su profili lavoristici generali, ritenuti apparentemente di tenore meno impegnativo e senza conseguenze giuridiche, in realtà, rivelino la propria forza normativa laddove si pensi al diverso peso retributivo che acquisisce il sinallagma contrattuale per i lavoratori che conseguono maggiori competenze professionali. LEISINK P., *The European Sectoral Social Dialogue and the Graphical Industry*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2002, n.1, p. 103: "The social dialogue on minimum standards for 'soft' issues also possesses a hard side, directly or indirectly: for instance, the costs of health and safety arrangements or the implications of vocational training qualifications for job requirements and wage ladders".

[427] L'OMC si basa su un processo interattivo che sviluppa un impatto potenziale attraverso metodi 'non legislativi'. L'influenza sulle politiche europee passa attraverso il canale dell'autonoma diffusione di procedure, limitate al livello amministrativo e valutate in base all'effettiva incidenza, in contrapposizione ad una cooperazione rafforzata tramite la partecipazione degli attori sociali ad un più alto livello nel processo decisionale, attraverso la mediazione del Consiglio. Ciò rende l'OMC una tecnica particolare della decisione europea, anche se le relative caratteristiche variano secondo l'ambito di applicazione. Il metodo si applica a differenti aree politiche, relative alla strategia di Lisbona, quali la politica macroeconomica, la politica dell'occupazione, la regolazione del mercato unico, l'inclusione sociale e la riforma di pensione.

[428] Lo scambio di informazioni mira a creare un *network* di attori coinvolti nella *policy making* così da creare processi di apprendimento reciproci a partire da una semplice comunicazione di dati.

[429] *Benchmarking* implica un processo continuo di misurazione di *outcomes*, servizi e buone prassi contrattuali mediante il confronto con i migliori negoziati frutto della contrattazione collettiva autonoma.

[430] Si tratta di rapporti di monitoraggio sull'implementazione dei prodotti della negoziazione, che soddisfano non solo esigenze ricognitive, ma soprattutto di misurazione dell'effettività e, pertanto, svolgono una funzione trasversale rispetto a tutte le tipologie di accordi sperimentate dalle parti sociali.

[431] Si vedano i *Framework of actions for the lifelong development of competencies and qualifications* (First follow-up report 2003) del 14 marzo 2003; *Framework of actions for the lifelong development of competencies and qualifications* (Second follow-up report 2004) del 5 marzo 2004; *Framework of actions for the lifelong development of competencies and qualifications* (Third follow-up report 2005)

dei codici di condotta[432], per promuovere iniziative accompagnate da effettivi controlli circa la successiva applicazione. Nel ramo della produzione dello zucchero, ad esempio, si è adottato il *Corporate social responsability in the european sugar industry. Code of conduct*, *annex I - examples of good practice* del 7 febbraio 2003, documento connesso ai medesimi congegni procedurali di monitoraggio[433] evidenziati che coniugano specifici interventi di ricognizione con ulteriori prospettive di sviluppo. I *Framework agreements*, ispirati all'OMC[434], sono strettamente connessi con il sistema dei *follow up*, tanto è vero che, stabilendo principi ampi e perseguendo lo scopo di sollecitare le negoziazioni e/o i sistemi legislativi nazionali o regionali di ogni paese membro, essi risultano *binding in honor only*, pur essendo seguiti da costante attività di verifica per la loro implementazione. Le procedure di *follow-up*[435] utilizzate dai vari attori per verificare le differenti fasi attuative, soprattutto con riguardo alla loro natura e alla loro effettività, sono a loro volta diversificate: si tratta di rilevamenti statistici, rapporti annuali, conferenze plenarie, presentazioni di *good practices* e creazione di siti informatici. La loro natura indipendente li pone in stretto collegamento con la promozione di una *good will* diffusa, cioè con un volontarismo vigile e aggiornato. Per tale ragione è difficile calibrare l'impatto reale di tali testi sulla capacità della negoziazione collettiva autonoma di raggiungere gli obiettivi prefissati[436], ma proprio l'ampio ventaglio di tematiche affrontate grazie a questi *new generation texts* testimonia la propensione di dispositivi duttili, e solo apparentemente 'esili', ad ottenere un discreto effetto di estensione generalizzata e di penetrazione nei sistemi del lavoro nazionali, esito difficilmente immaginabile per quello che tradizionalmente si intende con il termine *agreement*.

Negli ultimi due anni le parti sociali europee hanno confermato di essere in grado di adempiere ai loro impegni e di forgiare le relazioni industriali nell'UE secondo innovazioni procedurali di sistema. L'analisi congiunta delle principali sfide per il mercato del lavoro europeo, elaborata dalle parti sociali intersettoriali ha contribuito alla creazione di un consenso europeo attorno ai principi

---

del 1 marzo 2005, *Framework of actions for the lifelong development of competencies and qualifications* (Evaluation report 2006) del 27 aprile 2006.

[432] Si tratta di raccomandazioni rivolte ai partners nazionali utili ad identificare dei principi o dei minimi standard che devono essere implementati a livello nazionale o di impresa e in alcuni casi possono servire anche a promuovere standard più elevati.

[433] *First Report on the Code of conduct on Corporate Social Responsibility* del 26 febbraio 2004; *Second Report on the Code of conduct on Corporate Social Responsibility - Annex: Examples of good practice* del 28 febbraio 2005; *Third Implementation Report (2005) on the Code of conduct on Corporate Social Responsibility* del 28 febbraio 2006; *Fourth Implementation Report (2006) on the Code of conduct on Corporate Social Responsibility* del 28 febbraio 2007; *Fifth Implementation Report (2007) on the Code of conduct on Corporate Social Responsibility* del 28 febbraio 2008, tutti reperibili all'indirizzo http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=en.

[434] *Industrial Relations in Europe 2008*, cit., p. 131.

[435] Per esempio nel settore del commercio, si veda LÉONARD E. (ed.), *New structures, forms and processes of governance*…, op. cit., p. 50, il quale riferisce che "EuroCommerce and UNI-Europa Commerce have conducted a joint evaluation of the implementation of 'European social dialogue texts at national and company level'. The annual evaluation concerns five texts, and is conducted by means of a questionnaire sent to the national member organisations. In fact, the data collected hardly go beyond determining the degree of awareness among part of the members, who received a questionnaire to evaluate five key joint texts. Some 27 organisations/companies replied to the questionnaire with an overall positive outcome: 100 per cent of the survey respondents are aware of the existence of joint texts and consider those to be relevant and useful. Both EuroCommerce and UNI-Europa Commerce members do their best to further raise awareness of European-level joint texts and attempt to reinforce the role of European social dialogue in the sector (extracted from a 2006 PowerPoint presentation by EuroCommerce and UNI-Europa Commerce). The evaluation also comprises examples of good practice".

[436] Un'altra categoria, più *soft*, comprende le formule delle *joint declarations* e delle *joint opinions*, le quali contraddistinguono molti degli *output* sottoscritti in seno alla gran parte dei settori merceologici interessati dalla contrattazione collettiva.

comuni in materia di *flexicurity* nell'ambito del Consiglio europeo del dicembre 2007[437]. Parallelamente, le parti sociali hanno continuato a svolgere azioni autonome, con particolare riferimento alla conclusione dell'accordo quadro autonomo in materia di violenza e mobbing sul posto di lavoro[438], e nell'ottobre del 2008 hanno avviato le trattative per un altro accordo di cornice sugli *inclusive labour markets*.

Altro esempio di virtuosa versatilità è offerto dai rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori di numerosi settori (commercio, governi locali, ospedali e sicurezza privata) caratterizzati dal contatto con soggetti terzi (clienti, pazienti e altri soggetti), i quali hanno dato seguito ad un'iniziativa multisettoriale, complementare rispetto all'accordo intersettoriale, allo scopo di integrare l'accordo generale con le specifiche esigenze dei settori[439]. Il caso è singolare perché si tratta di una negoziazione settoriale di ciò che è stato già concordato a livello intersettoriale e mostra le potenzialità di una cooperazione rinforzata tra più Comitati settoriali e tra ambiti differenti di negoziazione. Un altro esempio di collaborazione multisettoriale (pulizie, catering, sicurezza privata, tessile), è la *Joint declaration of UNI-Europa, EFFAT, ETUF-TCL and COESS, FERCO, EFCI and EURATEX "Towards Responsible Awarding of Contracts"*, del 18 aprile 2008, attraverso cui si è promossa un'azione di sensibilizzazione sull'aggiudicazione di appalti socialmente responsabili[440].

---

[437] Cfr. Comunicazione della Commissione, *Verso principi di flessicurezza: posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, [COM (2007), 359 def del 27.06.2007], con nota di SANSONI A.M., su *DRI*, n.4, 2007, p. 1263ss; Comitato economico e sociale europeo, *La flessicurezza (dimensione della flessibilità interna - contrattazione collettiva e ruolo del dialogo sociale come strumento di regolazione e riforma dei mercati del lavoro)*, CESE, 999/2007, Bruxelles, 11 luglio 2007, in GUE C 256/20 del 27 ottobre 2007, p. 108ss; Parlamento europeo, *Proposta di risoluzione su «Verso principi comuni di flessicurezza: posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza»*, relatore CHRISTENSEN O. del 29 agosto 2007. Per una completa raccolta di documentazione sulla flexicurity, si rinvia al dossier a cura di MASSIMIANI C., *Flexicurity. posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, REV. Finale (03/2008) - *Include i principi comuni di flessicurezza approvati dal Consiglio europeo del 14 dicembre 2007*, n.10/2008, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm. SCIARRA S., *Is Flexicurity A European Policy?*, in URGE WP, 2008, n.4, su www.urge.it; si veda il volume monografico di *DLM*, n.3, 2007, AA.VV., *La flexicurity in Europa. Quale modernizzazione del diritto del lavoro?*, 2007, con i contributi di ZOPPOLI L.; CARUSO B. e MASSIMIANI C.; GOTTARDI D.; DELFINO M.; LIMARDO E.; BRONZINI G.; ALES E.; ZOPPOLI A.; SANTAGATA R.; MUTARELLI M.; SANTUCCI R.; TREVES C.; si veda, altresì, il numero monografico sulla rivista *Bullettin of Comparative Labour Relations*, 2008, n.2, III, con i saggi di BÄCKSTRÖM H.; PASTORE F.; WATANABE H.R.; RYMKEVITICH O.; VIELLE P., *Flexicurity: Redefining the Security of European Citizens*, in Observatoire Social Européen, *Policy Paper*, ottobre 2007, n.1, in www.ose.be; TANGIAN A., *European Flexicurity: Concepts, Methodology and Policies*, in *Transfer*, 2007, n.4, p. 551ss; FUNK L., *European Flexicurity Policies: Acritical Assessment*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2008, n.3, p. 349ss; VIELLE P. BONVIN J.M., *Putting Security at the Hearth of the European Social Pact - Proposals to Make Flexixurity more Balanced*, in *Transfer*, 2008, n.3, p. 419ss; DELFINO M., *Diritto comunitario e comparato. Diritti sociali e flexicurity*, in *RIDL*, 2009, n.1, III, p. 29ss.

[438] Si veda l'accordo cit., *Framework agreement on harassment and violence at work*, documento rinvenibile sul sito http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=en. L'accordo è mirato a favorire il contrasto e la gestione dei problemi di mobbing psicologico e sessuale e di violenza fisica sul posto di lavoro e prevede l'obbligo per le imprese di adottare una politica di tolleranza zero e di definire le relative procedure (reazione rapida alle denunce, principi di dignità, imparzialità e trattamento equo, azioni disciplinari, sostegno alle vittime).

[439] Le rappresentanze dei settori citati si sono incontrate nel corso dell'anno 2007 ed all'inizio del 2008 per decidere come promuovere l'accordo sull'*harassment* e sulla *violence at work* a livello settoriale. Alla loro iniziativa è seguito un seminario multisettoriale organizzato dalla Commissione proprio sulla tematica della violenza verso terzi, svoltosi a Bruxelles il 14 marzo 2008, a cui hanno aderito 16 rappresentanti di settore, oltre che le confederazioni europee. È attualmente in preparazione un negoziato multisettoriale *on third-party violence*.

[440] In particolare si evidenzia il passaggio che attiene alle ripercussioni negative sulle condizioni di lavoro e sulle future assunzioni nel caso permanga una situazione di appalti non controllati sotto il profilo tecnico-giuridico, in particolare promuovendo "*contracts not simply on the basis of price*" ma "Taking into account *qualitative* elements relating to, for example, the *skills and capabilities of the provider*, the company and contract management, the environmental footprint, the *working conditions of workers along the supply chain and the respect of international labour standards*, *national laws and collective agreements including trade union rights is essential*".

Negli stessi anni in ambito settoriale si sono registrate numerose azioni autonome su temi trasversali[441] rispetto ai conclamati *topics* che dominano gli accordi contrattuali nazionali: si tratta di argomenti dalla caratura non misurabile a corto raggio, bensì da vagliare nel lungo periodo, non solo perché tagliano diagonalmente le *issues* cardine del rapporto di lavoro – si pensi alla varietà di implicazioni che abbraccia una materia come la responsabilità sociale di impresa – ma anche perché finalmente attraverso schemi procedurali si possono condensare soluzioni sui diritti individuali dei lavoratori con misure di carattere pubblico al fine di modernizzare il mercato del lavoro. La mobilità professionale, ad esempio, è diventata uno dei temi principali dei negoziati europei ed è al contempo uno dei pilastri chiave dell'Unione, se considerata alla luce della libertà di movimento delle lavoratrici e dei lavoratori. Se, in questa fase, solamente il 2,2% dei cittadini dell'Unione Europea vive e lavora in uno Stato membro diverso da quello di origine, attraverso i *qualification passports* è possibile rendere comparabili le competenze acquisite. Le parti sociali di settori che presentano una forza lavoro particolarmente mobile o che necessitano di un miglioramento del livello di specializzazione nel loro complesso hanno sviluppato passaporti di qualifica e specializzazione (ospedaliero) e collaborato al *Quadro europeo delle qualifiche*[442], a piattaforme di scambio (agricoltura) o a programmi e certificati di formazione professionale (commercio e parrucchieri)[443].

Anche la gestione di tematiche come la salute e sicurezza e l'uguaglianza di genere continua ad attirare fortemente l'interesse delle parti sociali a livello europeo. In particolare, la salute nei luoghi di lavoro e le prassi in materia di sicurezza nelle aziende possono trarre beneficio da raccomandazioni e guide pratiche rivolte alle situazioni specifiche di ciascun settore[444]. Nell'ambito dell'uguaglianza di genere, le parti sociali di alcuni settori hanno elaborato strumenti innovativi tra cui linee guida per i piani di azioni di genere, che servono a supportare le iniziative dei governi locali e regionali e ad incoraggiare un condiviso e durevole approccio di discussione per le parti sociali. In altri contesti i partners sociali hanno adottato orientamenti politici ambiziosi corredati

---

[441] Le aree di intervento sono: Economic and/or sectoral policies, Sustainable development, CSR (Restructuring), Employment, Enlargement, Working conditions, Social aspects of Community policies, Health and safety (Harassment), Training and Lifelong Learning, Social dialogue, Working time, Mobility, Gender Equality (Non-discrimination), Public Procurement, Undeclared Work.

[442] Cfr. Raccomandazione congiunta del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 sulla *Costituzione del quadro europeo delle qualifiche per l'apprendimento permanente*. Lo sviluppo del quadro europeo delle qualifiche ha avuto inizio nel 2004 in risposta alle richieste degli Stati membri, delle parti sociali e di altre parti interessate, concernenti la creazione di un riferimento comune necessario ad incrementare la trasparenza nelle qualifiche, in
http://ec.europa.eu/dgs/education_culture/publ/pdf/eqf/ broch_it.pdf

[443] Cfr. nel settore dell'agricoltura, la *Resolution regarding creation of a Agripass CV*, del 10 maggio 2007; nel settore ospedaliero, si veda *EPSU- HOSPEEM code of conduct and follow up on Ethical Cross-Border – Recruitment and Retention in the Hospital Sector*, del 7 aprile 2008; nel ramo servizi alberghieri, ristorazione e bar (Horeca), cfr. *EFFAT-HOTREC joint statement on the continuation of their work on the "European Qualification and Skills" Passport"*, del 2 dicembre 2008; o nel campo dei *personal services*, in particolare nel settore dei parrucchieri, il già cit. *European agreement on the Implementation of the European Hairdressing Certificates*, del 18 giugno 2009.

[444] Cfr. *Policy statement on Health & Safety and Training*, del 13 dicembre 2006, accordo siglato tra EURELECTRIC - EPSU - EMCEF, dove si raccomanda alle parti affiliate di recepire nel settore elettricità l'accordo intersettoriale sullo stress da lavoro e le nuove direttive sull'esposizione ai rischi (asbestosi, agenti fisici, vibrazioni, onde elettromagnetiche). In particolare, riconosce la centralità della formazione nella prevenzione dei rischi sul lavoro, anche per i lavori flessibili. Si veda anche il cit. *Musculo Skeletal Disorders - Introduction and Review of Good Working Practices in Telecoms*, del 1 ottobre 2007.

da un piano di lavoro (come nel settore ferrovie)[445] o addirittura da veri e propri *kit* di strumenti pratici per la gestione delle risorse umane (elettricità[446] e telecomunicazioni[447]).

Un crescente numero di società multinazionali ha intrapreso la strada di negoziare a livello transnazionale *joint texts* ed accordi veri e propri, definiti come punta di un *iceberg* dell'attività di negoziazione negli EWCs[448]. Tema a cavallo tra le materie di pertinenza dell'agone settoriale e del campo di azione delle imprese, è quello della Corporate Social Responsability (CSR)[449], argomento chiave per lo sviluppo giuridico ed economico del sistema di relazioni industriali in UE. In realtà, si tratta di un crogiuolo di questioni dove la combinazione tra i *core labour standard* dei lavoratori e le strategie organizzative della produzione sono profondamente intrecciate al punto da mettere alla prova l'incedere della negoziazione collettiva europea. Uno dei profili che interessano questo snodo cruciale concerne la verifica della eventuale estensione del «modello europeo» di protezione dei lavoratori. "Al riguardo, si sono delineate esperienze interessanti per ciò che attiene al contenuto dei diritti individuali riconosciuti da parte dei datori di lavoro. Secondo alcune clausole si prevede l'estensione, almeno in parte, ai dipendenti delle filiali situate nei paesi al di fuori dell'Unione europea, di diritti che sono patrimonio dei dipendenti dell'impresa con sede in UE"[450], o mediante dispositivi di matrice legale oppure negoziale[451], assicurando un livello di protezione

---

445 Cfr. *Joint recommendations for a better representation and integration of women in the railway sector,* del 12 giugno 2007, dove si tenta una migliore integrazione del lavoro femminile in una cornice tradizionalmente riservata agli uomini e prescrive impegni di *follow up*.

446 Cfr. *Equal Opportunities And Diversity Toolkit/Best Practices Guide,* del marzo 2007, che individua, tramite indicazioni pratiche, strumenti per i *manager* e i sindacati per realizzare una eguaglianza non solo di genere, individuando le varie fonti di discriminazione, e tecniche per assicurare sistemi di pagamento che non penalizzino le professionalità femminili oltre a dispositivi di monitoraggio costante.

447 Cfr. *Diversity at work*, del 1 maggio 2007, accordo che vede la *alterità* da una prospettiva ampia e prende in conto una serie di aspetti: come l'eguaglianza di genere, l'orientamento sessuale, la disabilità, l'età, la razza, la religione.

448 EWCB, *GM, Ford and GE cases highlight EWCs' bargaining role*, in *European Works Councils Bulletin*, March/April 2005, n.56, p. 7ss.

449 La bibliografia sul punto è ampia e differenziata. Senza alcuna pretesa esaustiva si veda, SCARPONI S. (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2001; DORSSEMONT F., *Corporate social responsibility, what's in a name? A critical appraisal of the Green Paper*, in *Transfer,* 2004, n.3, p. 362ss; SOBCZAK A., *Corporate social responsibility: from labour law to consumer law*, in *Transfer*, 2004, n.3, p. 401ss; NORDSTGAARD M., KIRTON-DARLING J., *Corporate social responsibility within the European sectoral social dialogue*, in *Transfer*, 2004, n.3, p. 433ss; MONTUSCHI L., TULLINI P. (a cura di), *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 2006; RUSCONI G., DORIGATTI M. (a cura di), *Impresa e responsabilità sociale*, Milano, Franco Angeli, 2006; CANTONI S., *La responsabilizzazione delle imprese private nell'attuazione dei diritti fondamentali dell'uomo e del diritto internazionale in materia di lavoro*, in *Il diritto dell'economia*, 2005, n.4, p. 677ss; GOTTARDI D., *Il diritto del lavoro nelle imprese socialmente responsabili*, in *LD*, 2006, n.1, p. 5ss; DEL PUNTA R., *Responsabilità sociale d'impresa e diritto del lavoro*, in *LD*, 2006, n.1, p. 41ss; TURSI A., *Responsabilità sociale dell'impresa, "etica d'impresa" e diritto del lavoro*, in *LD*, 2006, n.1, p. 65ss; CALAFÀ L., *Dialogo sociale e responsabilità sociale dell'impresa nella governance europea*, in *LD*, 2006, n.1, p. 99ss; GRYNBERG R., QALO V., *Labour Standards in US and EU Preferential Trading Arrangements*, in *Journal of World Trade*, 2006, n.4, p. 619ss; GUARRIELLO F., *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese nel diritto comunitario: verso una responsabilità sociale «condivisa»?*, in SCARPONI S. (a cura di), *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, in Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli studi di Trento, n.64, 2007, p. 123ss; COMPA L., *Corporate Social Responsibility and Workers' Rights*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2008, n.1, p. 1ss; DE SCHUTTER O., *Corporate Social Responsibility European Style*, in *European Law Journal*, 2008, n.2, p. 203ss; ORBIE J., BABARINDE O., *The Social Dimension of Globalization and EU Development Policy: Promoting Core Labour Standards and Corporate Social Responsibility*, in *Jounrnal of European Integration*, 2008, n.3, p. 459ss.

450 SCARPONI S., *Globalizzazione e responsabilità sociale delle imprese transnazionali*, in *LD*, 2006, n.1, pp. 159-160.

451 Cfr. il già cit. *Agreement of EDF Group Corporate Social Responsibility*, del 17 maggio 2005, reperibile sul sito http://www.ewcdb.eu. Si veda l'articolo redazionale *International CSR consultative committee set up at EDF - A recent global agreement at the French energy group EDF establishes an innovative international joint committee to discuss corporate social responsibility matters*, in *European Works Councils Bulletin*, May/June 2005, n.57, p. 11ss.

maggiore di quella garantita in forza della disciplina lavoristica locale[452].

Un ruolo importante sia ai fini della garanzia di effettività degli impegni assunti, sia allo scopo di definire contenuti più omogenei rispetto alla tutela dei lavoratori e dell'ambiente di lavoro, è svolto dai sindacati europei di settore ma soprattutto dagli EWCs, i quali attraverso i *Substantive Agreements* si occupano principalmente di materie quali gli effetti della ristrutturazione – mediante dichiarazioni di principio su come affrontare i cambiamenti[453] o decisioni dettagliate sui programmi di riconversione industriale e di gestione del personale[454] – o di specifici aspetti di politica aziendale tra cui si annoverano le misure prevenzionistiche in merito alla salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro e la protezione dei dati personali.

## 7. La 'quinta' libertà nell'Unione.

Alla luce di quanto è emerso da questa digressione sulle cruciali tematiche affrontate nell'architettura composita della negoziazione autonoma, pare corretto sostenere che una delle finalità del nuovo metodo di gestione degli interessi esaminato sia quella di tutelare aspettative che il sistema sociale di relazioni industriali riconosce ed approva, e che generalmente definisce come legittime. Probabilmente il fondamentale principio *pacta sunt servanda*, ossia l'idea che l'impegno contrattuale debba essere rispettato, ne costituisce una chiara espressione, anche se da sola non sufficiente. Tutte le volte in cui ci si trovi di fronte ad un conflitto tra pretese sostenute dai

---

[452] Talvolta la tendenza all'estensione dei diritti contrattuali riconosciuti nei confronti dei dipendenti delle imprese situate nell'UE si limita al mero rispetto delle legislazioni locali ed alla definizione di livelli salariali ispirati unicamente a parametri del mercato del lavoro locale.

[453] Cfr. l'*Agreement on the AXA Group European Works Council* tra AXA Group, French labour organizations e UNI-Europa, del 6 ottobre 2005, reperibile al sito http://www.ewcdb.eu/agreements.php, e *l'Agreement on the AXA Group European Works Council* del 29 giugno 2009, http://www.cegaxa.com/fileadmin/comptes_rendus_CEG/Accords/Accord_CEG_AXA_2009_V6_Final-EN.pdf, spec. Clause 7 (*Applicable Law*): "The parties note that this agreement is inherently supra-national and that its purpose is to allow employees within the European Union to be represented without regard to national borders, entities or outlooks. As a result, they hereby solemnly affirm that this agreement is governed by EU law, in particular by the EU Treaty, the Social Charter and European Directive No. 94/45 of September 22, 1994 and takes account of the new European Directive n.2009/38 dated May 6 2009. Also, any difficulty which may arise in connection with its construction or application shall be resolved by European Community institutions"; si veda anche la *Schedule 1. - Document relating to the dialogue between labour and management at the AXA Group in Europe*, in particolare il Punto 3 (*Pledges to employees, particularly in the case of major organizational changes*), Principio 4: "AXA will do its utmost to prevent *compulsory redundancies* and *other collective disruptions*, by pursuing other approaches whenever possible. In particular, AXA will: - Seize the opportunities offered by natural headcount attrition to facilitate employment issues; - Make every effort to help employees analyze their skills and career paths and offer them training and reassignment opportunities whenever this becomes necessary and is possible; - Give priority to voluntary departures and job redeployment instead of redundancies and other forms of collective disruption; - Deal with decisions of international transfer of business (for example in the case of offshoring) applying the principles of social dialogue explained in this text to the European countries involved. The above *alternative social measures* give the company the leeway in making the desired changes and give staff a say in their future, even in *a period of difficult restructuring*. Pursuant to the above principles, AXA pledges to maintain its internal skills base and to operate with a view to profitability, in order to sustain the company in the long term. To this end it encourages staff members be flexible and consider accepting job change offers". Si veda l'articolo redazionale *AXA EUK agrees restructuring principles - The AXA insurance group and its EWC have recently agreed a set of Europe-wide principles to govern the handling of business restructuring and other issues*, in *European Works Councils Bulletin*, July/August 2005, n.58, p. 14ss.

[454] Cfr. La General Motors (GM) Europe - European Employee Forum (EEF) ha negoziato una serie di 5 accordi a livello europeo con il *management*. Il primo di questi (siglato nel 2002) copre i *principles of social responsibility*, mentre gli altri 4 affrontano specifici profili inerenti i fenomeni di ristrutturazione, prevedendo spazi per successive implementazioni attraverso la negoziazione collettiva (*The effects on employment and employees of GM's alliance with Fiat*, 2000; *Handling restructuring at Vauxhall*, 2001; *A restructuring programme at Opel*, 2001; *A Europe-wide restructuring plan to cut costs and boost competitiveness*, 2004). Per tutti gli accordi in materia di ristrutturazione transnazionale in seno agli EWCs, si veda CARLEY M., HALL M. (eds.), *European Works Councils and Transnational Restructuring*, Lussemburgo, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2006, in http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef0683.htm.

poteri sociali sorge il problema dei confini di riconoscimento con l'ordinamento giuridico, in questo caso europeo. L'interesse del *management* a programmare la produzione di beni o la fornitura di servizi sulla base di costi già definiti e di rischi preventivati è l'esatto equivalente dell'interesse dei lavoratori a programmare l'esistenza loro e delle loro famiglie e ad essere protetti contro fatti che possono incidere sulla loro qualità di vita. Un confronto come questo, di aspettative o di interessi, è senza dubbio oggetto di attenzione da parte della legislazione del lavoro sovranazionale e mette a nudo il carattere conflittuale che talvolta contraddistingue i sistemi di relazioni industriali.

Ed allora, come è noto, l'intervento legislativo può nel migliore dei casi svolgere una funzione di 'levatrice' per la negoziazione, ma è il conflitto di interessi ed il *countervailing power* che conducono alla formazione di accordi servendosi degli strumenti regolativi di matrice sociale. In questi casi, quando si registra un passaggio di testimone dalla sfera pubblica alla sfera privata, la negoziazione autonoma, a prescindere dall'ambito coinvolto, diventa il *medium* giuridico per raggiungere obiettivi di politica sociale perseguiti dall'ordinamento. Per esempio laddove le parti sociali, su materie di frontiera come la flessibilità o l'occupazione, siano riuscite ad introdurre contenuti sperimentali e di avanguardia, esse si sono rese protagoniste di azioni e metodi indirizzati a condizionare l'operato delle istituzioni europee. È di tutta evidenza, però, che la libera iniziativa contrattuale delle parti rischia di essere affievolita quanto più gli attori sociali sono relegati al ruolo di interfaccia della Commissione europea. In altre parole, la circostanza che la negoziazione collettiva sia inquadrabile come vettore di politiche sociali europee non ne giustifica il totale assorbimento nei meccanismi istituzionali, pena la perdita dei connotati dell'autonomia per assumere, invece, i tratti noti del dialogo sociale istituzionale.

La comprensione di questo passaggio è fondamentale non solo per prendere le distanze rispetto ad un approccio funzionalistico insito in quello che si è definito come 'procedimento integrato', ma anche per sapere come opera in modo più concreto e dettagliato il sistema sociale disegnato dagli attori collettivi in Europa. Un contributo innovativo giunge proprio da quegli attributi 'storici' del processo di negoziazione collettiva, figli genuini dell'autonomia, che sono riconducibili ai tradizionali obiettivi di tutela del lavoro e di regolazione organizzativa del capitale. I complessi adattamenti sequenziali che caratterizzano l'ampio novero di accordi autonomi evidenziati mostrano una graduale logica di spostamento della razionalità, ovvero di lento avvicinamento a soluzioni di compromesso che godono di consenso generalizzato perché soddisfano interessi di lungo periodo degli attori sociali coinvolti. Le materie oggetto di regolazione contribuiscono a trasformare la stessa negoziazione collettiva in un'attività di gestione dei processi, anziché di definizione degli istituti, come era in passato e come lo è tuttora in quelle realtà in cui predominano mere logiche di mercato.

La tendenza verso una regolazione 'post-normativa' delle relazioni industriali di settore e di impresa è il segnale evidente di un mutamento di rotta, sia sotto il profilo degli strumenti adoperati sia per ciò che riguarda i *topics* selezionati. Dal punto di vista dell'azione collettiva volontaria, risponde ad esigenze di garanzia e difesa dei diritti dei lavoratori anche un negoziato che disciplina la formazione in un settore o in azienda, specie se ottiene significative ricadute sul sistema salariale e più in generale sulle condizioni di lavoro. Così come le ragioni giustificatrici di un'intesa che trova misure sociali e principi che regolamentano le riconversioni industriali sono da collocare su un piano più elevato di organizzazione del cambiamento.

Le difficoltà registrate nello studio di prodotti negoziali eterogenei e polivalenti mettono in luce come possa rischiare di essere solo una operazione di maniera il tentativo di classificarli *ex ante* secondo una funzione specifica in riferimento all'ambito di pertinenza (intersettoriale, settoriale o di impresa). Invece, sarebbe più interessante verificare *ex post* le funzioni di tutela e/o di organizzazione assolte, alla luce dei processi regolativi posti in essere dalle parti, dei temi trattati e delle formule adoperate – di natura esortativa (*advisory*)[455] o di stampo obbligatorio (*mandatory*)[456] – e vedere come attraverso uno strumento fondamentale, il monitoraggio (*follow-up*), si possano raggiungere alti livelli di effettività.

L'idea di pluralismo normativo poggia su un concetto empirico di potere sociale, il quale rimane il vero criterio per misurare la capacità di imporsi degli interessi organizzati. Si tratta di un modello in cui si stabilizza un processo circolare di implementazione, in grado di collegare il potere e l'azione rivendicativa degli attori collettivi alle istituzioni europee, cioè di costruire un ponte tra il procedimento di legittimazione dei soggetti e le politiche sociali dell'ordinamento. Per valutare normativamente un processo descritto in questi termini, diventa decisivo comprendere con quali *strumenti* il potere sociale si esprime e come conferisce rilevanza a certi interessi collettivi.

Negli ultimi dieci anni i negoziati settoriali hanno conosciuto notevoli trasformazioni quantitative e qualitative che hanno radicalmente mutato le funzioni originarie che li avevano visti nascere e diffondersi sotto l'ala protettiva dei massimi organi sovranazionali. I recenti sviluppi di un *agire comunicativo sociale* che rilancia le iniziative dei partners collettivi di settore e vivifica un *linguaggio negoziale* fondato su reciproci e comprensibili scambi di informazione tra le parti, sono la prova di una razionalità giuridica distante rispetto alle consuete tecniche per ottenere il consenso dei corpi intermedi. L'analisi delle tipologie di accordi negoziali tra attori che agiscono strategicamente si focalizza sulla forza normativa sottesa al *bargaining*, specie nella versione della negoziazione autonoma. Le trattative che scaturiscono dalla negoziazione volontaria ed autonoma di nuovo conio sono il frutto di una disponibilità cooperativa di soggetti orientati a risultati mirati e si collegano a regole intese come restrizioni empiriche (monitoraggio degli accordi) e limitazioni razionali (clausole di non regresso negli accordi): si tratta di un concorso dinamico tra aspettative contrattuali su tematiche innovative, da un lato, e norme sociali che guidano le volontà contrattuali, dall'altro.

Se la Commissione europea, a partire dal 1998[457], in vista della promozione e del potenziamento del dialogo sociale, si è proposta gli obiettivi di rendere più aperta questa modalità comunicativa intersoggettiva, più efficace e parallela rispetto al comportamento delle istituzioni europee e più vicina ad una contrattazione collettiva reale di livello europeo, non si può negare che le ultime

---

[455] Cfr. la *Joint position - New structures, job security and employability* del Gruppo Deutsche Bank (marzo 1999), analizzata in CARLEY M., HALL M. (eds.), *European Works Councils and Transnational Restructuring*, op. cit., pp. 27-28.

[456] Cfr. la *Joint Position - Principles Management of the social dialogue in Europe* del Gruppo AXA (aprile 2005), esaminata in CARLEY M., HALL M. (eds.), *European Works Councils and Transnational Restructuring*, op. cit., pp. 29-30.

[457] Comunicazione della Commissione, *L'adeguamento e la promozione del dialogo sociale*, cit., p. 4 e p. 10.

manifestazioni della negoziazione hanno fornito solidi segnali di una nuova libertà, la quinta potremmo dire, che emerge nell'orizzonte europeo: "the freedom to circulate documents"[458].

[458] COLLINS H., *The Freedom to Circulate Documents: Regulating Contracts in Europe*, in *European Law Journal*, 2004, n.6, pp. 802-803: "The regulatory technique of promoting *autonomous agreements* that fix the ancillary terms of model standard form contracts can secure this *fifth freedom*, without the need to harmonise substantive laws. (…) But the *legitimacy* of a modern regulatory system must rely more on its achievement of acceptable substantive outcomes and its degree of transparency and democratic participation, and rather less on its formal legal rational qualities. (…) What is required for positive integration rather is the employment of modern regulatory techniques such as autonomous agreements in order to secure the free circulation of fair documents".

# Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza)*

Mariagrazia Militello

1. L'uguaglianza nella Costituzione e nella Carta di Nizza. Analogie e differenze di "struttura". 141

2. Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana. I divieti di discriminazione e il sindacato di ragionevolezza. 143

3. L'uguaglianza davanti alla legge nella Carta di Nizza. 146

3.1. La Corte di Giustizia, i diritti fondamentali e il principio di eguaglianza. 148

4. L'eguaglianza sostanziale tra diritto interno e diritto europeo. E la Carta di Nizza? 153

5. I divieti di discriminazione nella Costituzione e nell'ordinamento italiano. 157

6. Il divieto di discriminazione nell'ordinamento comunitario. Dal Trattato alla Carta di Nizza. 159

6.1. L'articolo 21 della Carta di Nizza e l'«universalizzazione» della tutela antidiscriminatoria. 163

6.2. Il rapporto tra i divieti di discriminazione comunitari e la CEDU. Il caso Maruko e la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. 165

7. La Corte di giustizia e il nuovo modello di eguaglianza. 170

8. Conclusioni. Eguaglianza e non discriminazione. "Personaggi in cerca d'autore" nel nuovo ordinamento costituzionale europeo. 177

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 77/2010

## 1. L'uguaglianza nella Costituzione e nella Carta di Nizza. Analogie e differenze di "struttura".

Sarebbe ridondante cominciare il presente contributo evidenziando enfaticamente le differenze tra la Carta di Nizza e la Costituzione italiana. È stato già giustamente ed ampiamente messo in evidenza lo scarto esistente tra questi due documenti sul piano dell'efficacia giuridica, della genericità dei contenuti e della gerarchia valoriale e anche come questa differenza abbia indotto la dottrina ad assumere atteggiamenti diversi – ora pessimistici e rinunciatari ora troppo ottimistici e "creativi" – nei confronti di un approccio comunitario che si è rivelato tanto distante dal riconoscimento dei diritti sociali fondamentali contenuto nella nostra Costituzione materiale[459]. E ciò malgrado le speranze che hanno accompagnato la rinnovata promessa sulla futura vincolatività giuridica della Carta, all'indomani della sua riproclamazione[460].

Il principio di eguaglianza – preso qui in considerazione – è uno dei principi fondamentali della Costituzione italiana e del diritto sovranazionale. Espressione di un "diritto" in senso stretto, il principio di eguaglianza, tra le altre cose, vieta le arbitrarie distinzioni connesse a determinati fattori esplicitamente enunciati dalla legge attraverso il suo "negativo" rappresentato dal divieto di discriminazione[461].

L'articolo 3 della Costituzione, come noto, recita «*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*».

Ad esso fanno da *pendant* i due articoli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che aprono il capo III dedicato all'Uguaglianza: l'art. 20, rubricato "Uguaglianza davanti alla legge", per il quale «*Tutte le persone sono uguali davanti alla legge*» e l'art. 21 – "Non discriminazione" – che recita «*1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. 2. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi*».

Dalla semplice lettura delle disposizioni citate, e pur all'interno di una formulazione per gran parte molto simile, si riesce con facilità ad individuare una prima differenza consistente nella mancanza

---

459 Cfr. R. De Luca Tamajo, I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario e nella Costituzione italiana, in questa Rivista, 2008, fasc. 2, p. 3.

460 Come noto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel dicembre del 2000, è stata di recente riproclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, a ridosso della firma del Trattato di modifica dei Trattati istitutivi avvenuta il 13 dicembre 2007 a Lisbona. Sul rapporto tra Trattato di Lisbona e Carta di Nizza, cfr. da ultimo L. S. Rossi, Il rapporto fra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone (a cura di), Le scommesse dell'Europa, Roma, 2009.

461 S. Borelli, Efficacia e ambito di applicazione dei principi di non discriminazione. La sentenza Bartsch, in G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone (a cura di), Le scommesse dell'Europa, cit., p. 177 ss.

all'interno degli articoli 20 e 21 della Carta di Nizza di un riferimento specifico a quel principio di uguaglianza sostanziale che rappresenta invece una parte fondamentale dell'art. 3 della Costituzione. Si tratta di un aspetto del principio di uguaglianza – trasposizione giuridica di una concezione in base alla quale è necessario eguagliare le persone non soltanto sul piano del trattamento giuridico ma anche sul piano dei fatti, nel godimento dei beni della vita[462] – che nella Carta di Nizza trova spazio, a prima vista, soltanto all'interno dell'art. 23, dedicato all'uguaglianza uomo-donna il cui secondo comma stabilisce che «il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato», con una formulazione, assai diversa – almeno formalmente – da quella sperimentata dalla nostra Costituzione.

Quanto la suddetta differenza abbia peso e cosa implichi l'assenza di un principio di eguaglianza sostanziale all'interno della Carta di Nizza e in che termini si possa parlare di una vicinanza o di una distanza tra i modelli di uguaglianza espressi dalla Costituzione e dalla Carta di Nizza – e in genere dal diritto UE – è una questione complessa che va oltre il raffronto formale tra le enunciazioni e richiede la contestualizzazione dei precetti. Soltanto dopo aver fatto questa operazione, è possibile capire se davvero manchi un principio di eguaglianza sostanziale nell'ordinamento sovranazionale e, in caso contrario, in che termini esso si differenzi da quello enunciato nella nostra Costituzione.

Limitandosi, per il momento, ad un più circoscritto raffronto tra il primo comma dell'art. 3 della Costituzione e gli articoli 20 e 21 della Carta di Nizza appare evidente un'altra diversità – questa per così dire "di struttura" – che riguarda l'enunciazione del principio di uguaglianza e, segnatamente, il fatto che esso viene nella Costituzione declinato compiutamente in un unico articolo, mentre nella Carta di Nizza è smembrato in due parti. Il rapporto tra le due fonti, in termini di formulazione di uno o più principi, si può ricostruire facilmente soltanto ricordando per grandi linee le interpretazioni date dalla dottrina all'indomani della entrata in vigore della nostra legge fondamentale.

Il primo comma dell'art. 3 è stato, infatti, da subito inteso concordemente come il contenitore di due diversi precetti, nel senso che la proclamazione per cui «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge» possiede un autonomo significato normativo, distinto da quello che si ricava dalle successive specificazioni riguardanti le diverse distinzioni. Esso esprime – è stato affermato – «accanto ad una serie di specifici divieti di discriminazione, un principio generale di eguaglianza»[463]; per cui «bisogna […] tener distinta la generica enunciazione in esso contenuta dalla successiva elencazione delle posizioni soggettive rispetto alle quali viene ribadita la proibizione di distinzioni»[464]. Secondo l'interpretazione maggioritaria dunque la medesima disposizione legislativa contiene due diversi precetti. Nella Carta di Nizza invece i due diversi precetti hanno ciascuno un proprio contenitore normativo.

Di tal che, limitando per il momento la riflessione alla struttura delle disposizioni, si può dire che l'apparente rapporto uno a due con riferimento agli articoli contenuti nella Costituzione e nella

---

[462] F. Ghera, Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario, Padova, 2003, p. 20.

[463] F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit., p. 30; C. Esposito, Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione, in La Costituzione italiana. Saggi, Padova, 1954, p. 30; C. Mortati, Istituzioni di diritto pubblico, Padova, 1976, p. 1019.

[464] G.U. Rescigno, Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana, in Eguaglianza e legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici, Padova, 1999, p. 83.

Carta, in realtà si risolve in un rapporto paritario: ai due precetti contenuti nel primo comma dell'art. 3 corrispondono altrettanti precetti contenuti negli articoli 20 e 21.

Il contenuto di tali precetti e la loro evoluzione sarà invece oggetto di un'analisi più dettagliata; si proverà dunque, nel corso della trattazione, a ricostruire il ruolo che i diritti di eguaglianza e non discriminazione hanno avuto negli ordinamenti nazionale e sovranazionale – e il modo in cui esso si è evoluto – e si tenterà di farlo incrociando l'analisi dei due sistemi. Dando per acquisito il divario esistente tra Costituzione italiana e Carta di Nizza, si tenterà poi di indovinare, se possibile, quale sia il modello di eguaglianza destinato ad operare nel sistema ormai *multilivello* del riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali[465].

## 2. Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana. I divieti di discriminazione e il sindacato di ragionevolezza.

Il principio di eguaglianza ha svolto e continua a svolgere – nell'ordinamento interno e in quello comunitario – diverse funzioni, oltre a quella anticipata di vietare arbitrarie discriminazioni fondate sulla considerazione di una tipica condizione soggettiva, riconducibile ad un precetto autonomo e, nel caso della Carta di Nizza, oggetto di una diversa disposizione rispetto a quella che sancisce il principio generale di eguaglianza.

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione si è aperto un acceso dibattito proprio sul principio di portata "generale" contenuto nella formula "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge". Che tale principio avesse una propria autonomia normativa è stato sin da subito concordemente riconosciuto; il problema si è invece posto rispetto alla sua interpretazione, in un primo momento assai più contestata, per varie ragioni.

Il timore di parte della dottrina era, infatti, che si ricavasse dalla norma un generico e, soprattutto, onnicomprensivo divieto di discriminazioni normative arbitrarie sganciato dalla considerazione di un motivo tipizzato dal legislatore con il risultato di attribuire alla Corte costituzionale il potere di sindacare la legittimità delle leggi entrando nel merito delle decisioni assunte dagli organi politici rappresentativi[466]. Da qui le prime impostazioni restrittive che suggerivano di ritenere l'affermazione per cui «tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge» corrispondente alla concezione liberale del principio di eguaglianza secondo la quale le norme di legge dovrebbero rivolgersi a tutti i consociati con formule soggettivamente universali come "chiunque", "tutti", "il cittadino" e le uniche disparità all'interno dell'ordinamento giuridico avrebbero dovuto legarsi a ragioni di ordine obiettivo. In altre parole, si faceva leva sui divieti espressi dalla Costituzione per avvalorare una lettura in chiave di parità formale del precetto di eguaglianza secondo la quale il legislatore sarebbe tenuto ad uniformare le discipline normative[467]; interpretazione questa sostenuta sia da

---

[465] B. Caruso, I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo, in S. Sciarra-B. Caruso (a cura di), Il lavoro subordinato, vol. V del Trattato di diritto privato dell'Unione Europea, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, Torino, 2009, p. 730.

[466] C. Esposito, Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione italiana, cit., ripreso da F. Ghera, Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario, cit., p. 32.

[467] In questi termini M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro, Giuffrè, 1991, la quale ricostruisce l'intero dibattito dottrinale (spec. p. 34 ss.).

chi riteneva tassativa l'elencazione del legislatore, sia da chi la riteneva invece meramente esemplificativa di un generale divieto di discriminazioni arbitrarie.

Accanto a questa posizione si collocava quella di chi non negava che il principio di eguaglianza potesse e dovesse consentire di ricavare un criterio di "logicità" che però avrebbe dovuto rintracciarsi all'interno della stessa legislazione, in maniera da essere rilevato dunque solo in presenza di "scoordinamenti normativi" o di deroghe ingiustificate dai principi dell'ordinamento[468]. In questo caso, si sosteneva l'autonomia dei divieti di discriminazione rispetto al principio di eguaglianza, di cui i primi non sarebbero né una limitazione né una conferma, bensì "norme a sé stanti, che si sovrappongono al principio di eguaglianza formale ed in tal senso vi apportano deroga, sebbene allo scopo di una più radicale parificazione giuridica"[469]. Tale autonomia però non era in grado di superare l'ostacolo determinato dal fatto che ci sono ipotesi normative che danno peso alle differenze contemplate dall'art. 3 ovvero casi in cui è impossibile per il diritto prescindere da queste differenze.

Si trattava di teorie destinate a motivare il ripudio di una concezione dell'eguaglianza in termini di eguaglianza distributiva e ad indebolire i nessi tra primo e secondo comma dell'art. 3; nessi che la giurisprudenza costituzionale stava invece assecondando arrivando sino a sindacare "le ragioni giustificatrici dell'eguaglianza formale di trattamenti a cui il legislatore assoggettava situazioni diseguali di fatto".

Da qui ha preso avvio, infatti, l'orientamento, adottato dalla maggioranza degli interpreti, che pur concordando sull'illegittimità delle differenziazioni specificamente considerate dalle prime proclamazioni del principio di eguaglianza, sosteneva che il principio generale di eguaglianza dovesse avere una portata più ampia in grado di consentire alla Corte costituzionale di effettuare quantomeno un controllo sulla logicità delle scelte del legislatore il quale, in caso contrario, sarebbe stato libero di compiere qualunque genere di discriminazione che fosse diversa da quelle puntualmente tipizzate, benché magari illogica perché priva di giustificazione o basata sulla premessa erronea di una differenza di fatto non rispondente alla realtà[470]. Questa impostazione è quella che parte da una visione dei criteri di differenziazione elencati dalla Costituzione non come deroghe alla rigida applicazione dei divieti di discriminazione ma come "segmenti di un diverso paradigma dell'eguaglianza, che intende il principio costituzionale in termini non formali ma materiali", ed è nei fatti quella che ha dato vita, rappresentandone il contributo più importante, alla affermazione del principio di "eguaglianza – ragionevolezza" che è poi diventato il parametro più frequente applicato nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi[471].

Dal canto suo, la Corte costituzionale ha, per un certo periodo di tempo, sposato la posizione restrittiva della dottrina, come emblematicamente rappresentato dalla decisione assunta nella

---

[468] M. Mazziotti, Il diritto al lavoro, Milano, 1956; L. Paladin, Il principio costituzionale di eguaglianza, Milano, 1965; F. Ghera, Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario, cit., p. 32.

[469] L. Paladin, Il principio costituzionale d'eguaglianza, Milano, 1965; M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza, cit., p. 35. E ancora M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza, cit., p. 35.

[470] C. Mortati, Istituzioni di diritto pubblico, cit., p. 1020; F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit., p. 32.

[471] La ragionevolezza definita da Romagnoli "il fattore R" che circola nelle vene della giurisprudenza che «quando non assume il basso profilo dell'equità caso per caso, si sostiene pragmaticamente sull'argomentazione «consequenzialista» di cui è dato verificare la congruità empirica piuttosto che l'aderenza ad un sistema dogmaticamente gerarchizzato di valori». Cfr. Romagnoli, Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 1994, p. 545 ss.

sentenza n. 28 del 1957. L'occasione per la pronuncia di questa sentenza è stata la richiesta di un sindacato di costituzionalità riguardante la differenza tra la disciplina vincolistica dettata per la locazione degli immobili ad uso abitativo e la corrispondente disciplina dettata invece per gli immobili ad uso commerciale. La Corte ha giudicato infondata la denunciata violazione dell'art. 3 co. 1 della Costituzione affermando che "la valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da disciplinare non può non essere riservata al potere discrezionale del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti dal primo comma dell'art. 3 Cost., ai sensi del quale le distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali non possono essere assunte quali validi criteri per l'adozione di una disciplina diversa". Di conseguenza, ha sostenuto la Corte, "fino a quando tali limiti siano osservati e le norme siano dettate per categorie di destinatari e non *ad personam*, ogni indagine sulla corrispondenza della diversità di regolamento alla diversità delle situazioni regolate implicherebbe valutazioni di natura politica o quanto meno un sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento che alla Corte non spetta esercitare"[472].

Questa posizione è stata superata dalla Corte già con la sentenza n. 53 del 1958, espressione di un orientamento che si è poi mantenuto costante. In essa i giudici hanno affermato che non "si compiono valutazioni di natura politica, e nemmeno si controlla l'uso del potere discrezionale del legislatore, se si dichiara che *il principio di eguaglianza è violato quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso considera e dichiara diverse*".

Con una sentenza successiva la posizione della Corte è diventata ancora più netta. I giudici costituzionali hanno, infatti, affermato che "al fine di valutare se una legge sia o meno in contrasto con il principio di eguaglianza non basta accertare che la stessa non sia in contrasto con i precetti inderogabili posti nel comma 1 dell'art. 3 Cost., giacché detto principio è violato anche quando la legge, *senza un ragionevole motivo*, faccia un trattamento diverso ai cittadini che di trovino in eguali situazioni"[473]. In tal modo arrivando ad enucleare definitivamente dal principio di eguaglianza il criterio di ragionevolezza delle leggi.

Il passaggio dalla considerazione in chiave formale del precetto di eguaglianza – per la quale "al maggior rigore nel proclamare intangibile per la Corte il potere normativo del legislatore nei limiti indicati dal primo comma dell'art. 3, corrispondeva l'equivalente proclamazione dell'intangibilità di detti limiti per il legislatore"[474] – ad una lettura diversa – che intende il principio costituzionale non in termini formali ma materiali – ha preso avvio dall'interpretazione dei divieti specifici.

Detta interpretazione è stata estesa alla prima parte del comma in maniera tale che l'intera norma è stata letta come un divieto di discriminazioni irrazionali, con una presunzione di irrazionalità per le ipotesi espressamente prese in considerazione dalla disposizione costituzionale. Senza volere

---

[472] E. Cheli, Il giudice delle leggi, Bologna, 1996, p. 72 il quale ricorda come «la Corte veniva così ad escludere un qualsiasi sindacato sulle differenziazioni operate dalla legge, salvo quelle rientranti nei divieti espressamente enunciati nel primo comma dell'art. 3 e che per ciò stesso venivano considerate costituzionalmente illegittime», il cui giudizio è riportato da F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit., p. 33.

[473] Sentenza Corte costituzionale n. 15 del 1960.

[474] Così M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro, cit., p. 39 che cita Ferrara, Relazione, in Occhiocupo (a cura di), La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale, Bologna, 1984, p. 90.

riproporre quanto da altri esaustivamente illustrato ed ampiamente analizzato[475], basti ricordare come l'evoluzione delle teorie costituzionali di cui si è detto e della giurisprudenza in materia di discriminazione – soprattutto fondata sul sesso – abbiano tradotto l'eguaglianza nel principio fondante la legittimità dell'attività di regolazione dello Stato che in tanto è legittima in quanto non sia arbitraria, cioè non sia *ragionevole*, rispetto allo scopo che si prefigge[476].

## 3. L'uguaglianza davanti alla legge nella Carta di Nizza.

Sul versante del diritto europeo – dalla parte della Carta di Nizza – è l'art. 20 a fare da *pendant* alla formulazione del principio di eguaglianza "generale" contenuto nella prima parte del primo comma dell'art. 3 della Costituzione[477]. La codificazione del principio generale di eguaglianza rappresenta una novità assoluta per la legislazione comunitaria, pur costituendo la trasposizione di un principio ormai acquisito dall'ordinamento grazie all'attività creativa della Corte di Giustizia.

Come anticipato, l'art. 20 apre il Titolo III della Carta dedicato all'Uguaglianza ed è rubricato "Uguaglianza davanti alla legge". Nelle spiegazioni del Presidium, adottate in occasione della proclamazione del 2000 e riadattate nel 2007, si dice che questo articolo corrisponde al *principio generale di diritto che figura in tutte le costituzioni europee* ed è stato sancito dalla Corte come uno dei *principi fondamentali del diritto comunitario*. Giusta la previsione per la quale la funzione principale della Carta dei diritti fondamentali – secondo quanto si legge nel preambolo – è quella di «rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti *più visibili* in una carta»[478].

Queste precisazioni, pur contenute in un documento che non ha lo *status* di legge, "rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta"[479]. Nel caso di specie, infatti, benché non chiariscano evidentemente il contenuto del principio che va ricercato altrove, esse offrono due elementi importanti per la sua comprensione.

Anzitutto, il fatto che l'art. 20 venga indicato come corrispondente ad un principio generale di diritto che figura in tutte le costituzioni europee autorizza ad un rinvio ad esse e, quindi, anche alla Costituzione italiana. Con questa scelta, prima la Corte di Giustizia e poi il legislatore hanno

---

[475] Il riferimento è a M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza, cit., in particolare cap. I, e a F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit., cui si devono anche le ricostruzioni fatte nel testo.

[476] «Il principio d'eguaglianza conduce a sindacare la non arbitrarietà delle scelte legislative rispetto allo scopo che esse si prefiggono»; in questi termini M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza, cit., p. 25.

[477] L'art. 20 peraltro riferisce l'eguaglianza davanti alla legge non già ai cittadini comunitari ma a "tutte le persone", ampliando così il riferimento soggettivo contenuto nella maggior parte delle formulazioni analoghe presenti nelle Costituzioni degli Stati membri. Cfr. F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit., p. 200; S. Borelli, Art. 20. Uguaglianza davanti alla legge, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), La Carta dei diritti dell'Unione Europea. Casi e materiali, Taranto, 2009, p. 243 ss.; L. Azzena, La costruzione del principio di eguaglianza nell'ordinamento comunitario, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2007, n. 3, p. 1419 ss.

[478] M. Cartabia, L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea in M. Cartabia (a cura di), I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee, Bologna, 2007, p. 32.

[479] Sulle "famigerate" Spiegazioni della Carta, cfr., per tutti, V. Sciarabba, *Le "spiegazioni" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2005, p. 59-93.

senz'altro inteso considerare le tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri[480] come punti di riferimento per individuare i diritti fondamentali protetti a livello sovranazionale, per garantire una tutela che fosse equiparabile a quella riconosciuta dalle Corti costituzionali nazionali.

Un semplice confronto letterale e limitato alle enunciazioni "formali" del principio di eguaglianza, però, condurrebbe ad individuare certamente delle mancanze nella Carta di Nizza e nel diritto UE in generale e consentirebbe di considerare il livello di protezione offerto dall'ordinamento sovranazionale inferiore rispetto a quello conosciuto dalla nostra Costituzione. Parte della dottrina avverte, infatti, giustamente che un confronto tra la Carta di Nizza e le esperienze costituzionali dei paesi membri sarebbe del tutto improprio perché «il processo costituente dell'Europa dei diritti è una sperimentazione priva di precedenti un po' perché pretende di dimostrare di poter fare a meno della forma-Stato e un po' perché, avendo un numero imprecisato di padri, non ha la certezza che tutte le madri siano donne oneste»[481]. Il che è senz'altro vero se si pretende di guardare la Carta di Nizza o, più in generale, l'ordinamento costituzionale sovranazionale *in fieri* e di vedervi qualcosa di equiparabile ad un ordinamento costituzionale nazionale. Se, invece, si assume una diversa prospettiva e si parte proprio dalle differenze esistenti tra i due ordinamenti, per osservare l'evoluzione che l'ordinamento sovranazionale e i diritti fondamentali in particolare hanno avuto soprattutto nell'elaborazione della Corte di giustizia, si può tentare di rintracciare quel *fil rouge* che lega l'esperienza europea a quelle nazionali e che in prospettiva, con molta probabilità, condurrà alla costruzione di un processo compiuto di *cross fertilization* fra le Corti che finirà per determinare, a sua volta, la valorizzazione di un principio di eguaglianza non nazionale né europeo, ma "trasversale".

La seconda puntualizzazione contenuta nelle spiegazioni del Presidium ricorda come, sin dai primi approcci, la Corte di giustizia abbia qualificato il principio di uguaglianza come uno dei principi fondamentali *propri* del diritto comunitario.

Sin dalle sue prime pronunce, la Corte ha, infatti, riconosciuto il principio di eguaglianza – inteso nell'accezione che vieta di trattare in maniera diversa situazioni analoghe e in maniera uguale situazioni diverse, senza una giustificazione obiettiva – in quanto accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionali, oltre che a livello sovranazionale dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, come parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e, di conseguenza, principio del diritto comunitario.

L'individuazione del principio di eguaglianza come principio del diritto comunitario, inoltre, coincide quasi interamente con l'origine della tutela dei diritti fondamentali, considerati *tout court*, nella giurisprudenza della Corte di giustizia in un contesto che vedeva da una parte l'affermazione della primazia del diritto comunitario e, dall'altra, l'assoluto vuoto normativo in materia di tutela dei diritti fondamentali. E ciò perché il principio di eguaglianza è uno dei principi fondamentali più importanti espressi dagli ordinamenti costituzionali nazionali e, per questa ragione, ha avuto

---

[480] In argomento, si ricordi il dibattito sviluppatosi in dottrina, sul finire degli anni Ottanta, riguardante il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri; se debba essere inteso nel senso che la tutela offerta dalla Corte sia limitata agli elementi comuni agli ordinamenti nazionali oppure sia riferita all'ordinamento che offre la tutela più ampia oppure si identifichi con la *better law*, cioè con la regola che si adatta meglio alle esigenze dell'ordinamento comunitario. In questi termini riferisce il dibattito Tesauro che lo definisce sterile; cfr. G. Tesauro, La Corte di giustizia e i diritti fondamentali, in Bronzini, Guarriello, Piccone (a cura di), Le scommesse dell'Europa, Roma, 2009, p. 69.

[481] U. Romagnoli, Verso l'Europa dei diritti di libertà: quale libertà?, in Eguaglianza & Libertà. Rivista di critica sociale, maggio 2009, consultabile in http://www.eguaglianzaeliberta.it/articolo.asp?id=1119.

modo di imporsi con maggiore forza nello scenario sovranazionale, soprattutto in un contesto nel quale le istituzioni comunitarie, accanto al vincolo del primato del diritto comunitario, dovevano garantire un sindacato minimo di ragionevolezza dei propri atti legislativi che fosse realizzato alla stregua di principi interni e non ricavati dagli ordinamenti degli Stati membri. E, di conseguenza, questa funzione propria del principio di eguaglianza ha in alcuni casi rappresentato il viatico per l'ingresso nell'ordinamento sovranazionale delle prime affermazioni relative alla tutela dei diritti fondamentali.

### 3.1. La Corte di Giustizia, i diritti fondamentali e il principio di eguaglianza.

«Nell'ambito del sistema comunitario il ruolo principale nella tutela dei diritti fondamentali doveva originariamente spettare alle Costituzioni nazionali e ai rispettivi giudici. Il vuoto *dei trattati* non era un vuoto di *tutela* […]»[482]. Ben presto però il vuoto di tutela a livello sovranazionale in materia di diritti fondamentali divenne "insopportabile" per alcune Corti costituzionali, per il timore che la primazia del diritto comunitario in mancanza di un catalogo di diritti fondamentali sovranazionale potesse nuocere agli ordinamenti costituzionali interni mettendo in non cale i diritti fondamentali o parte di essi. Per questa ragione ben presto cominciarono a pervenire alla Corte di giustizia richieste di riesame degli atti comunitari per violazione dei diritti fondamentali contenuti nelle Carte costituzionali.

In un primo momento, invero, i giudici comunitari si sono rifiutati di sindacare la legittimità di atti comunitari utilizzando come parametro le norme – e i diritti – delle Costituzioni nazionali, evitando dunque di seguire le suggestioni provenienti dagli operatori del diritto nazionali. In quegli anni, la preoccupazione della Corte era quella di affermare l'unità dell'ordinamento comunitario, la sua autonomia e la sua superiorità rispetto agli ordinamenti nazionali; per cui un riferimento alle costituzioni degli Stati membri, al fine di tutelare i diritti umani fondamentali, avrebbe potuto costituire un elemento di indebolimento del sistema comunitario[483].

Successivamente però la stessa Corte ha imboccato una strada diversa andando sempre più nel senso del riconoscimento dei diritti fondamentali della persona come "parte dei principi generali del diritto comunitario", di cui si impegnava a garantire l'osservanza[484]. Una delle prime pronunce in cui è contenuta questa affermazione è la sentenza *Stauder*[485], nella quale i giudici sovranazionali sono stati chiamati a decidere della legittimità di una interpretazione non omogenea data dai diversi Paesi membri, in ragione della diversità della lingua, alla medesima decisione della Commissione. In particolare in quella occasione la Corte, ha affermato che una decisione, quando sia

---

[482] M. Cartabia, L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea, in M. Cartabia (a cura di), I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee, Bologna, 2007, p. 18.

[483] In questi termini U. Villani, Diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea, in Diritto dell'Unione Europea, 2004, n. 1, p. 73, qui p. 74.
C'è però chi in dottrina ritiene che non si sia trattato di un vero e proprio diniego di giustizia; in questi termini P. H. Teitgen, La protection des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice de Communuuteés europeénnes, in L'adhesion des Communautés europeénnes. La Convention europeéenne des droits de l'homme, Bruxelles, 1981, pp. 24 SS.

[484] L'atteggiamento astensionista della Corte venne meno quando finalmente ebbe l'intuizione di ricostruire i diritti fondamentali come principi generali del diritto comunitario. In questo senso F. Salmoni, La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità Europee, in Diritto pubblico, 2002, n. 2, p. 514.

[485] Corte di giustizia, 12 novembre 1969, C-29/1969, *Erich Stauder c. Stadt Ulm - Sozialamt*.

destinata a tutti gli Stati membri, debba essere applicata ed interpretata in maniera uniforme, utilizzando a ben vedere il canone della ragionevolezza applicato in base alla *ratio legis* (in questo caso quella della decisione, appunto), intesa quale scopo obiettivo della norma[486].

Con il passare del tempo, il linguaggio della Corte in materia di diritti fondamentali si è arricchito dei riferimenti alle tradizioni costituzionali comuni[487] e di quelli ai Trattati cui gli Stati membri hanno aderito e in particolare alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo[488]. In una situazione di vuoto per la mancanza di un *Bill of rights* europeo[489], lo scopo e la giustificazione dello sviluppo giurisprudenziale in materia di diritti fondamentali nell'Unione Europea risiede nel tentativo di «[…] coprire una zona d'ombra che si era venuta a creare in seguito all'affermazione della supremazia del diritto europeo: «*filling the gap*» […]»[490]. Era questo l'obiettivo della Corte di giustizia.

E volgere lo sguardo all'evoluzione della giurisprudenza in materia di diritti fondamentali, ricordando al contempo il ruolo che il principio di eguaglianza ha da sempre svolto nelle Costituzioni dei Paesi membri[491], non è un mero esercizio di stile in quanto consente di delineare, chiarendola al contempo, la relazione esistente tra i diritti fondamentali e l'importanza ad essi riconosciuta nell'ordinamento sovranazionale – ancor prima della loro consacrazione nei Trattati[492] – e il ruolo immediatamente assunto, anche nel contesto comunitario, dal principio di eguaglianza.

Quanto alla funzione svolta, allo stesso modo di quanto è avvenuto nel sistema costituzionale, il

---

[486] S. Borelli, Art. 20. Uguaglianza di fronte alla legge, cit., p. 250.

[487] Corte di giustizia, 13 dicembre 1979, C-44/1979, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*.

[488] Corte di giustizia, 14 maggio 1974, C-4/1973, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee*. Il fatto che la Corte sia spesso ricorsa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo applicando direttamente le norme o utilizzandola come fonte di interpretazione dei principi del diritto comunitario ha indotto la dottrina ad una duplice interpretazione della natura della Convezione, ora considerata parte integrante dell'ordinamento comunitario, ora invece fonte estranea ancorché ispiratrice per l'individuazione in via interpretativa di quel *Bill of Rigths*, il cui rispetto è garantito dal diritto comunitario. La letteratura in argomento è sconfinata; cfr., *ex aliis*, M. Benedettelli, Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee, Padova, 1989, p. 104 ss.; M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza, cit., p. 107.

[489] Parte della dottrina ha ritenuto che sulle ragioni originarie della mancata inclusione di un *Bill of Rights* già nel Trattato istitutivo "può avere influito il timore che l'atto stesso di enumerare dei diritti dei quali non fosse ammessa la violazione potesse finire per diventare un invito a estendere i poteri e le competenze attribuite fino ai confini di quei diritti stessi". In questo senso J. H. Weiler, Il sistema comunitario europeo, Bologna, 1985, p. 139.

[490] M. Cartabia, L'ora dei diritti fondamentali, cit., p. 20.

[491] «La previsione della garanzia di eguaglianza contenuta nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (artt. 2 e 7) si pone nel solco del consolidato costituzionalismo liberale. Nel 1948, tutti gli stati facenti parte alle Nazioni Unite, a prescindere dalla caratterizzazione ideologica dei rispettivi ordinamenti, *si trovarono d'accordo nell'accettare un principio-valore* che aveva caratterizzato l'affermarsi del moderno costituzionalismo […]». Cfr. M. Montalti, L'eguaglianza come valore e nelle sue declinazioni normative, in Politica del diritto, 2009, fasc. 1, p. 103.

[492] L'orientamento della Corte è stato codificato dal Trattato UE del 1992, il cui art. 6, n. 2 stabiliva, nella precedente formulazione, che "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali … e quali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario". Anche se qualcuno ha notato come tale disposizione non rappresenti una novazione della fonte "per cui il riconoscimento delle tradizioni costituzionali comuni come fonte del diritto comunitario deve essere tuttora considerato come risultato di una regola giurisprudenziale e non di una regola derivante dall'accordo degli stati"; in questi termini A. Pizzorusso, Il patrimonio costituzionale europeo, Bologna, 2002; F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit., p. 183.
Già l'Atto Unico, sottoscritto a Lussemburgo il 16 febbraio 1986, fissando un nuovo assetto costituzionale, aveva impresso un impulso fondamentale al processo di costituzionalizzazione dei diritti sociali, rappresentando una tappa importante nel processo per l'approvazione della Carta comunitaria dei diritti fondamentali e segnando "il definitivo allontanamento dallo schema dei trattati predisposto a realizzare solo uno spazio economico"; cfr. in questo senso R. Pilia, I diritti sociali, Napoli, 2005, p. 65.

principio di eguaglianza è venuto ad assumere, nel contesto sovranazionale, «il duplice carattere di principio formale di legalità e di regola materiale di non discriminazione, che vincola il legislatore rispetto non solo alla forma esterna della legge, ma anche al suo contenuto giuridico-materiale»[493]. La strada però attraverso cui si è giunti all'emersione del "*constitutional role*"[494] del principio di eguaglianza è assai diversa.

Tralasciando per il momento le affermazioni del principio di eguaglianza attraverso gli specifici divieti di discriminazione – che costituiscono senz'altro la parte più significativa della giurisprudenza comunitaria in materia e sulle quali si tornerà più avanti –, occorre intanto rivolgere l'attenzione a quelle pronunce nelle quali la Corte ha usato il principio di eguaglianza come criterio di giudizio sulle leggi o come "livello minimale" del sindacato di ragionevolezza[495].

Come anticipato, le varie funzioni del principio di eguaglianza sono state valorizzate – e si sono di conseguenza sviluppate – in maniera diversa e, come si vedrà, il ruolo svolto dai divieti di discriminazione è diventato presto determinante anche per l'enucleazione del principio generale di eguaglianza quale principio fondamentale dell'ordinamento comunitario. Come nel sistema costituzionale italiano, il principio di eguaglianza è stato dai giudici utilizzato alla stregua di un criterio di ragionevolezza, ma il processo di enucleazione di un principio dall'altro ha seguito un percorso esattamente inverso: è lo sviluppo della normativa antidiscriminatoria che ha, infatti, consentito di enucleare il principio di eguaglianza generale dai divieti specifici di discriminazione «come espressione di un principio generale del diritto comunitario, che esiste indipendentemente dalle direttive ed in particolare dai comportamenti attuativi e/o omissivi degli Stati membri»[496]. Laddove invece, nell'ordinamento italiano, «l'eguaglianza nasce e si presenta innanzi tutto come un principio generale, per poi specificarsi in una serie di specifici divieti di discriminazione»[497].

La Corte comunitaria in varie occasioni – non ultime quelle citate nelle spiegazioni del Presidium di cui si è detto[498] – ha costantemente sostenuto che il «[…] principio generale di uguaglianza che fa parte dei principi fondamentali del diritto comunitario […] impone di non trattare in modo

---

493 M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza, cit., p. 19.

494 G. More, The principle of equal treatment: from market unifier to fundamental right?, in P. Craig e G. De Burca (a cura di), The evolution of EU law, Oxford, 1999.

495 S. Borelli, Art. 20. Uguaglianza di fronte alla legge, cit.

496 L. Curcio, A. Guariso, Articolo 21. Non discriminazione, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), La Carta dei diritti, cit.; come noto, la Corte di Giustizia, nella sentenza Mangold, con riferimento alla discriminazione per età ha affermato che «Il principio di non discriminazione in ragione dell'età deve pertanto essere considerato un principio generale del diritto comunitario […]» (punto 75 della sentenza CGCE del 22 novembre 2005, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*). Da questa affermazione – non inedita – la Corte ha tratto una conseguenza invece inedita per la quale i divieti di discriminazione, in quanto specificazione di un principio di eguaglianza che esiste indipendentemente dalle direttive, vivono di una vita propria che prescinde dai comportamenti degli Stati e dall'assetto presente e futuro delle competenze. In questi termini, M. Barbera, IL nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità, in M. Barbera (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio, Milano, 2002, p. XLIII.

497 F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit., p. 223.

498 «Il principio generale di uguaglianza, di cui il divieto di discriminazione è espressione specifica, fa parte dei principi fondamentali del diritto comunitario e impone che situazioni analoghe non siano trattate in modo diverso e che situazioni diverse non siano trattate nello stesso modo, a meno che un siffatto trattamento non sia obiettivamente giustificato» (sentenza 17 aprile 1997, C-15/1995, EARL de Kerlast c. Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) e Coopérative du Trieux; sentenza 20 settembre 1988, C- 203/86, Spagna c. Consiglio).

diverso situazioni analoghe, salvo che una differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata».

In tutte le sentenze richiamate, ad essere applicato, infatti, non è uno specifico divieto di discriminazione (o, meglio, non solo) ma, appunto, un principio generale di uguaglianza, utilizzato dalla Corte come "livello minimale" del sindacato di ragionevolezza. Nel caso *Ruckdeschel*[499] – prima volta in cui il principio di eguaglianza è stato riconosciuto quale principio fondamentale del diritto comunitario – la prevalenza di questa funzione risulta ben evidente. Il rapporto tra divieto di discriminazione e principio di uguaglianza viene, infatti, tracciato chiaramente attraverso l'affermazione dell'estensione di quest'ultimo al di là del raggio di azione di uno specifico divieto di discriminazione, pur esistente nel regolamento la cui interpretazione era stata sottoposta al giudizio della Corte. Quest'ultima ha, infatti, sostenuto che, nonostante la norma che vieta qualsiasi discriminazione fra produttori dello stesso prodotto non contempli altrettanto inequivocabilmente i rapporti tra diversi settori industriali o commerciali nel campo dei prodotti agricoli trasformati, «ciò non toglie che il divieto di discriminazione enunciato dalla norma summenzionata è solo l'espressione specifica del principio generale di uguaglianza che fa parte dei principi fondamentali del diritto comunitario» e che «questo principio impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che una differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata»[500].

Ad identiche affermazioni la Corte è pervenuta a partire dal divieto di discriminazione nell'ambito della politica agricola comune (art. 40)[501], da quelli fondati sulla nazionalità[502] e sul sesso[503], a partire dal divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato[504], e tra lavoratori part-time e lavoratori full-time[505]. In tutti questi casi, i giudici comunitari hanno ribadito che i divieti contenuti nel Trattato e nella legislazione derivata sono l'espressione specifica di un principio generale di uguaglianza per il quale situazioni analoghe vanno trattate allo stesso modo a meno che una differenza non sia obiettivamente giustificata; a meno che, cioè, non sia *ragionevole*.

Se il processo maieutico che ha consentito di "tirare fuori" il principio di eguaglianza dai divieti di discriminazione settoriali si può considerare giunto a compimento, è però vero che, con riferimento all'uso di tale principio come strumento per la valutazione degli atti comunitari, la Corte, per quanto sia arrivata ad affermarne l'esistenza come diritto fondamentale dell'ordinamento comunitario, non si è spinta sino al punto di utilizzarlo per sindacare fino in fondo la razionalità e

---

[499] Corte di giustizia, 19 ottobre 1977, Cause riunite 117/76 E 16/77, *Albert Ruckdeschel & Co. e Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen; Diamalt AG c. Hauptzollamt Itzehoe*. cfr. S. Borelli, Art. 20. Uguaglianza di fronte alla legge, cit.

[500] Per cui, continuano i giudici, «si deve perciò stabilire se quellmehl e amido si trovino in situazioni analoghe, nel senso che l'amido possa sostituirsi al quellmehl nell'impiego specifico e tradizionale di quest'ultimo».

[501] Sentenza CGCE 17 aprile 1997, causa C-15/95, EARL; sentenza CGCE, 13 aprile 2000, C-292/97, Karlsson. Entrambe queste sentenze sono citate nella spiegazione del Presidium come pronunce nelle quali la Corte qualifica il principio di eguaglianza come principio fondamentale del diritto comunitario.

[502] Cfr., a titolo esemplificativo, la sentenza della Corte di Giustizia CE, 8 ottobre 1980, C-810/79, *Peter Überschär c. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*.

[503] V., ex aliis, la sentenza della Corte di giustizia CE, 26 giugno 2001, C-189/01, *Susanna Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*.

[504] Sentenza Corte di giustizia CE, 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food e altri*.

[505] Sentenza Corte di giustizia CE, 12 ottobre 2004, C-313/02, *Nicole Wippel c. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*.

quindi la legittimità degli atti comunitari, come invece ha fatto la Corte costituzionale italiana[506]. Infatti, è stato osservato[507], che mentre la Corte costituzionale sviluppa sulla base del principio di eguaglianza un sindacato assai penetrante, diversamente, i giudici comunitari si fermano, nell'applicazione del medesimo giudizio di eguaglianza, ad uno stadio preliminare, ravvisando al più una disparità di trattamento ma senza addentrarsi nello specifico della razionalità della differenza, ed anzi, nella maggior parte dei casi, giustificando il trattamento differenziato.

Si può leggere in diverse sentenze e, soprattutto, nelle analisi degli Avvocati Generali la spiegazione di questo *self restraint* mantenuto dalla Corte quando è in discussione solo l'uguaglianza davanti alla legge e non l'applicazione di uno specifico divieto di discriminazione, dovuta alla necessità di rispettare le scelte economiche e sociali del legislatore comunitario e nazionale per evitare che un secondo giudizio e un controllo troppo invasivo mettano in discussione il rispetto del principio di separazione dei poteri[508].

Secondo la Corte, dunque il principio generale di uguaglianza non potrebbe estendere l'ambito di applicazione delle direttive antidiscriminatorie a motivi di discriminazione non contemplati dal legislatore[509]. Di tal che, nonostante i salti in avanti spesso compiuti dalla giurisprudenza comunitaria in termini di affermazione del diritto fondamentale, l'eguaglianza ha finito per giocare nel sistema comunitario la funzione di favorire l'integrazione economica, più che la sua tipica funzione redistributiva. E ciò in ragione del fatto che il controllo di ragionevolezza non è effettuato in assoluto, essendo influenzato «in modo decisivo dai valori, dai principi e dagli scopi fondamentali dell'ordinamento all'interno del quale esso si compie (che forniscono i parametri di giudizio

---

506 Il motivo dell'uso incompleto del principio di eguaglianza è dalla dottrina rintracciato nella necessità sentita dalla Corte di giustizia di tutelare le ragioni dell'integrazione europea facendole prevalere, quando necessario, sui diritti fondamentali. «La tutela dei diritti fondamentali nella Comunità risulta fortemente condizionata dagli obiettivi generali dell'integrazione europea, e dunque in primo luogo a quelle connesse alla realizzazione del mercato comune. L'impressione è che nelle valutazioni assiologiche della Corte di giustizia le esigenze della integrazione economica europea predominino su quelle dei diritti fondamentali»; cfr. in questi termini, M. Cartabia, Principi inviolabili e integrazione europea, Milano, 1995, p. 42.

507 F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit., p. 286-287.

508 Cfr. i punti 33 e 35 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiares Maduro, 21 maggio 2008, C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e a. c. Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable e Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*.

509 Sentenza CGCE, 11 luglio 2006, C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA*. La Corte non nega la collocazione del divieto generale di discriminazione (usato in questo caso come corrispondente del principio generale di eguaglianza) nel novero dei diritti fondamentali; ciò nondimeno ne limita l'estensione. «È ben vero che nel novero dei diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario compare segnatamente il divieto generale di discriminazione. Quest'ultimo vincola quindi gli Stati membri allorché la situazione nazionale di cui trattasi nella causa principale rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario (v., in questo senso, sentenze 12 dicembre 2002, causa C-442/00, Rodríguez Caballero, Racc. pag. I-11915, punti 30 e 32, nonché 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, Racc. pag. I-5659, punto 75 e giurisprudenza citata). Da ciò non consegue tuttavia che l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 debba essere esteso per analogia al di là delle discriminazioni fondate sui motivi elencati tassativamente nell'art. 1 di quest'ultima» (punto 56). Un'interpretazione diversa, come già detto, è invece contenuta nella pronuncia resa sul caso Mangold, cit., in cui la Corte sostiene che il principio di discriminazione in ragione dell'età deve essere considerato un principio generale del diritto comunitario. Si tratta di una sentenza molto criticata per avere trasformato il divieto di discriminazione fondata sull'età in un principio generale del diritto comunitario aprendo la strada all'uso di tale principio «come parametro di legalità del comportamento del legislatore in tutte le materie che rientrano nel campo di applicazione materiale del Trattato, […] capace di porre in discussione le scelte degli Stati membri anche in settori diversi da quelli disciplinati dalla direttiva 2000/78». In questo senso cfr. R. Mastroianni, Efficacia "orizzontale" del principio di eguaglianza e mancata attuazione nazionale delle direttive comunitarie, in Diritti Lavori Mercati, 2006, fasc. 2, p. 442.

ai quali il giudice ancora le sue decisioni) […]»[510].

## 4. L'eguaglianza sostanziale tra diritto interno e diritto europeo. E la Carta di Nizza?

Malgrado le molte "similitudini" evidenti nella formulazione letterale del principio di eguaglianza nel diritto interno e nel diritto dell'UE, non si può certo fare a meno di notare la profonda differenza che esiste tra le due "carte fondamentali", vale a dire la totale assenza nella Carta di Nizza di un precetto generale di eguaglianza sostanziale. Come si è accennato in apertura, sarebbe improprio un confronto tra Carta di Nizza ed esperienze costituzionali nazionali se si pretendesse di trovare nella prima un mero calco delle ultime. Il confronto, al contrario, diventa utile e praticabile se si prendono in considerazione le peculiarità che i diritti fondamentali e, in particolare, i principi di eguaglianza e non discriminazione, presentano in ragione dello specifico contesto in cui sono stati elaborati e del modo in cui si sono nel tempo sviluppati. Sarebbe riduttivo concludere il suddetto confronto negando semplicemente l'esistenza del principio di eguaglianza sostanziale nell'ordinamento sovranazionale o, al contrario, ammettendola senza ulteriori specificazioni.

Per cercare di comprendere questa mancanza o se davvero una mancanza ci sia, e in che termini si possano assimilare la Costituzione e la Carta di Nizza intorno ad un concetto comune, occorre guardare alle sembianze che l'eguaglianza sostanziale ha assunto nell'ordinamento comunitario, partendo – nei limiti del possibile – dalla funzione cui il principio di eguaglianza sostanziale assolve nell'ordinamento interno.

Senza volere ripercorrerle interamente, basti ricordare che le letture dell'art. 3 co. 2 Cost. avanzate nel corso del tempo dalla dottrina sono essenzialmente tre[511]. Per la prima, l'art. 3 co. 2 esprimerebbe un ripudio nei confronti del capitalismo e l'intenzione di instaurare una società di tipo socialista. Per la seconda, che parte dal medesimo assunto "rivoluzionario", non si tratterebbe che di una promessa priva di alcun effetto giuridico in quanto altre parti della Costituzione la contraddicono. Per la lettura più accreditata, infine, il co. 2 dell'art. 3 della Costituzione avrebbe lo scopo di richiamare lo Stato alle proprie responsabilità sociali rappresentando, di fatto, il fondamento dello Stato sociale. Il che ha indotto la dottrina a ritenere pacifico che tale disposizione offra copertura costituzionale alla legislazione sociale fatta di norme destinate a tutelare i soggetti svantaggiati per garantire un'effettiva eguaglianza che si estenda oltre l'eguaglianza formale[512].

Nel diritto comunitario il riconoscimento dell'eguaglianza sostanziale ha avuto vita meno facile e, ad oggi, risulta nei fatti incompiuto. Il procedimento maieutico che ne ha caratterizzato la parziale emersione a livello sovranazionale è molto simile a quello seguito dal principio di eguaglianza

---

[510] M. Barbera, Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2003, fasc. 99-100, p. 406-407, la quale sostiene comunque che il sindacato giudiziale delle scelte politiche introdotto grazie al principio di eguaglianza nel sistema comunitario sia sostanzialmente simile a quello esercitato dalle corti costituzionali italiane.

[511] F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit., p. 72 cui si rinvia per l'esaustiva descrizione delle letture della norma costituzionale cui si accenna nel testo.

[512] La Costituzione stessa contiene altre disposizioni che prevedono "diritti dati ai lavoratori per la rimozione delle disuguaglianza sociali di fatto, e quindi come strumenti dello Stato per il raggiungimento di tal fine", come vuole il comma 2 dell'art. 3 della Costituzione. Questa funzione ha il diritto dei lavoratori di partecipare alla gestione delle imprese (art. 46 Cost.) o il diritto di sciopero (art. 40 Cost.), definito "il più tipico diritto attuale di eguaglianza sociale". In questi termini V. Simi, Il diritto di sciopero, Milano, 1956, p. 91; G. Suppiej, Sciopero e principio di eguaglianza, in R. Scognamiglio (a cura di), Diritto del lavoro e Corte costituzionale, Napoli, 2006, p. 317.

formale nato dai divieti di discriminazione. Quest'ultimo, è nato, come si è più volte ripetuto, dall'elaborazione del divieto di discriminazione il quale, a sua volta, ha trovato posto nel Trattato istitutivo di una comunità *economica* essenzialmente quale strumento per soddisfare le esigenze di buon funzionamento del mercato, come dimostrano le stesse pressioni esercitate a suo tempo dalla Francia che lungi dal perseguire uno scopo sociale – o, almeno, non solo – voleva semplicemente evitare che si producessero nocivi fenomeni di *dumping* salariale. Nessuno spazio dunque residuava a favore di interventi positivi che avessero come obiettivo l'eliminazione di una qualsivoglia diseguaglianza. Nel tempo le cose sono cambiate e, a partire dalla direttiva n. 76/207/CEE sul divieto di discriminazione fondata sul sesso, la Corte di giustizia ha affinato un orientamento di favore – divenuto pressoché costante – nei confronti di azioni destinate «[…] a ristabilire l'uguaglianza delle opportunità contrastando i condizionamenti storici della manodopera femminile allo scopo di permetterne l'accesso all'uguaglianza di trattamento giuridico da cui è di fatto esclusa perché versa in condizioni d'inferiorità sostanziale che la discriminano»[513].

A partire da questa posizione ribadita dalla Corte è stato poi preso lo spunto per introdurre nell'art. 141 del Trattato, dopo Amsterdam, il co. 4 che stabilisce che "allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali". Però si tratta sempre della possibilità di adottare azioni positive per colmare il divario esistente tra donne e uomini nelle carriere professionali.

Secondo qualcuno poi, come si ricaverebbe dalla stessa formulazione della disposizione, anche l'art. 13 del Trattato (ora art. 19 TFUE), inserito anch'esso grazie alle modifiche apportate ad Amsterdam, autorizzerebbe le istituzioni comunitarie a prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sulle altre caratteristiche personali elencate dal legislatore[514].

Nonostante questa apertura, però, il limite ravvisato nel Trattato e, di conseguenza, nelle direttive che attuano i precetti in esso contenuti, è quello delle condizioni personali in presenza delle quali, soltanto, il legislatore è autorizzato ad intervenire adottando azioni positive; non ci sarebbe alcuno spazio all'uso di strumenti di intervento nel caso in cui le diseguaglianze derivassero da condizioni sociali. Per questo aspetto, fondamentale, il principio di eguaglianza nel diritto comunitario dunque si differenzia da quello sancito dalla Costituzione italiana.

In altre parole, né il legislatore né la Corte di giustizia sono riusciti a sviluppare un principio di eguaglianza sostanziale equiparabile a quello contenuto nella nostra legge fondamentale; non stupisce dunque che la Carta di Nizza non abbia avuto da sola la forza di incorporare un precetto

---

513 U. Romagnoli, L'uguaglianza delle opportunità, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1989, fasc. 4, p. 957; M.V. Ballestrero, Le azioni positive in Italia, in Lavoro e diritto, 1988, p. 467.

514 F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit. p. 209. Nel medesimo senso Angelini per il quale l'art. 13, superando i confini del vecchio divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità, costituirebbe "una base giuridica generale per l'adozione di azioni positive a favore dei gruppi sociali sottorappresentati, possibile premessa all'affermazione di un futuro principio di eguaglianza sostanziale dei cittadini comunitari"; cfr. L. Angelini, A proposito di diritti sociali e principio di uguaglianza nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2001, p. 636-637.

nuovo e sconosciuto nella sua portata generale al diritto comunitario[515].

La maggior parte dei commentatori ha subito lamentato, all'indomani della prima proclamazione della Carta, la mancanza del principio di eguaglianza sostanziale, pur sottolineando la presenza di disposizioni «che mirano a rimuovere possibili diseguaglianze di fatto e a tutelare specificamente alcune categorie "deboli"»[516].

Secondo però un'interpretazione che si fonda sulla lettura sistematica dell'art. 20 e del significato del principio di eguaglianza, la lacuna determinata dalla mancata formulazione dell'eguaglianza sostanziale potrebbe essere del tutto sanata dal momento che «il principio di uguaglianza-obiettivo disegnato dalla Carta […] non si limita a garantire la parità nei diritti fondamentali ma, da un lato rispetta e valorizza le differenze (artt. 21-26), dall'altro si oppone alle diseguaglianze e impone "di lottare contro la povertà e l'esclusione sociale" (art. 34)»[517]; a sostenere questa posizione concorrerebbe anche il recente orientamento della Corte di giustizia la quale, nella sentenza *Badeck*, ha superato la distinzione tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale sostenendo come essi abbiano lo stesso obiettivo, anche se la seconda ha "una valenza ulteriore che vede il legislatore farsi carico di correggere una situazione di reale difficoltà di alcune fasce della popolazione" (punto 26).

A ben vedere nessuna delle due posizioni – né quella pessimista né quella ottimista – è sostenibile fino in fondo. La prima perché, fermandosi a notare la mancanza di una esplicita formulazione, si autolimita non considerando il contesto generale di riferimento che è pure caratterizzato dalla presenza di altre disposizioni contenute nella Carta e in importanti direttive di diritto antidiscriminatorio e dai principi di diritto enucleati dalla Corte di giustizia; la seconda perché, al contrario, prova troppo, noncurante del brocardo, in questo caso senz'altro valido, per il quale *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* e dimentica, a tacer d'altro, che spesso «i diritti fondamentali elencati nella Carta presuppongono politiche di *monitoring* ed *enforcement* che passano anche, ed inevitabilmente, attraverso l'intervento su materie tuttora escluse dalla competenza dell'Unione»[518].

---

[515] Di parere diverso è chi ritiene che la Carta – che, come afferma la Commissione, "rappresenta la quintessenza del patrimonio europeo di realizzazioni comuni in materia di diritti fondamentali" – non può che aver fatto propri i risultati conseguiti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dalle direttive e dalle modifiche al Trattato che vanno tutti verso l'affermazione dell'eguaglianza sostanziale; in questi termini L. Angelini, A proposito di diritti sociali e principio di uguaglianza, cit., p. 637-638. Nel medesimo senso M. Roccella, La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica, in Lavoro e diritto, 2001, p. 335.
Con quanto affermato, in verità, non si intende tanto negare in maniera *tranchant* la tendenza del diritto comunitario (legislazione e giurisprudenza) verso l'affermazione di un precetto di eguaglianza sostanziale; quanto piuttosto sottolinearne l'incompiutezza, l'incapacità di assolvere – almeno per il momento – alla medesima funzione cui invece esso assolve nell'ordinamento italiano, di copertura costituzionale dell'intera legislazione sociale. Piuttosto, come si può notare in diverse pronunce della Corte di Giustizia, sono i divieti di discriminazione – applicazione del principio di eguaglianza formale – a coprire, in alcuni casi, gli spazi lasciati vuoti dal diritto sociale sovranazionale.

[516] A. Celotto, Art. 20, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, L'Europa dei diritti, Bologna, 2001; L. Ferrajoli, Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea, in A. Galasso (a cura di), Il principio di eguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto della diversità, Milano, 2007. Del medesimo avviso anche G. De Simone, Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro, Torino, 2001, p. 16, nonostante noti che "la strada verso il riconoscimento del principio di eguaglianza sostanziale è implicitamente aperta", anche se per il momento solo con riferimento al sesso.

[517] L. Ferrajoli, Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea, cit.; S. Borelli, Art. 20. Uguaglianza di fronte alla legge, cit.

[518] A. Andronico, A. Lo Faro, Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2005, p. 513, qui p. 525. «La presente Carta non estende l'ambito di

Indubbiamente, quella di non inserire nella Carta di Nizza un esplicito precetto di eguaglianza sostanziale non è una svista ma una precisa scelta, coerente con l'impostazione classica del Trattato e delle evoluzioni legislative successive che hanno sempre attribuito maggior peso all'eguaglianza formale attraverso i divieti di discriminazione. È altrettanto vero però che esistono elementi convincenti, sia nella legislazione (Carta compresa) che nella giurisprudenza, capaci di temperare questa scelta.

La stessa Carta di Nizza contiene infatti la previsione, al co. 2 dell'art. 23 sulla parità tra uomini e donne, per la quale "il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato" che consacra l'orientamento giurisprudenziale fin qui sviluppatosi sulla legittimità delle azioni positive[519] e ribadisce quanto già espresso nel Trattato al co. 4 dopo le modifiche di Amsterdam[520]. E prevede altresì delle disposizioni, contenute anch'esse nel Titolo III dedicato all'Uguaglianza – rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica (art. 22), i diritti degli anziani (art. 25) e l'inserimento dei disabili (art. 26) – che presuppongono una differenza e ne garantiscono il rispetto e la tutela e, in alcuni casi, implicano un intervento correttivo[521], coerentemente con un approccio di natura sostanziale e non soltanto formale che invece imporrebbe di non considerare le differenze.

È dunque vero che non mancano nel diritto comunitario dimostrazioni dell'esistenza di un pur frammentato principio di eguaglianza sostanziale[522]; da qui, però, a sostenere che la mancanza di un'apposita formulazione di un precetto generale di eguaglianza sostanziale può essere sanata da un'interpretazione estensiva il passo, purtroppo, è tutt'altro che breve.

---

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 nei Trattati» (art. 51, co. 2).

[519] Legittimità che, secondo alcuni, continua a correre sul "filo del rasoio"; in questo senso cfr. L. Angelini, A proposito di diritti sociali e principio di eguaglianza, cit., che riprende un'espressione di Romagnoli.

[520] C'è chi, considerando i diversi destinatari di Carta di Nizza e Trattato, auspica un ruolo di maggior peso delle istituzioni comunitarie, nelle materie di loro competenza, nella realizzazione di un'uguaglianza effettiva tra uomini e donne. In questo senso, M. D'Amico, Trattato di Lisbona: principi, diritti e "tono costituzionale", in P. Bilancia, M. D'Amico (a cura di), La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona, Milano, 2009, p. 81.

[521] Pur con i limiti di cui si è detto, il riferimento è ovviamente all'art. 26 sull'inserimento dei disabili che, peraltro, si pone in linea con quanto disposto dalla direttiva quadro e, segnatamente, dall'art. 5 che prevede l'adozione di misure di sostegno ("soluzioni ragionevoli") a favore dei disabili appunto (art. 5 dir. 78/2000/CE).
Peraltro, la disposizione che prevede le soluzioni ragionevoli a favore dei disabili è stata utilizzata come esempio della funzione di "capacity-enhancing" propria, secondo parte della dottrina, della normativa antidiscriminatoria. Sul rapporto tra *capability* e non discriminazione cfr. S. Deakin, "Capacitas": Contract law and the institutional preconditions of a market economy, in European review of contract law, 2006, n. 3, p. 317, spec. 337-340.

[522] È appena il caso di ricordare l'importanza che riveste il principio di eguaglianza sostanziale nell'evoluzione giurisprudenziale riguardante la legittimità delle azioni positive. Sull'introduzione nel Trattato di Amsterdam di un principio di eguaglianza sostanziale attraverso la previsione delle azioni positive, cfr. L. Ronchetti, Uguaglianza sostanziale, azioni positive e Trattato di Amsterdam, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 1999, n. 5, p. 985 ss. Sul fatto che della penetrazione dell'eguaglianza sostanziale nell'ordinamento comunitario costituisce un sintomo l'esplicita attenzione che i diritti sociali hanno ricevuto nella revisione del Trattato compiuta ad Amsterdam, cfr. A. Giorgis, La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale, Napoli, 1999; M. V. Ballestrero, Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro, in Lavoro e diritto, 2000, p. 560; D. Izzi, Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti, Napoli, 2005, p. 7-8, la quale sottolinea anche come, allo stesso proposito, rivesta "un certo significato la comparsa dell'obiettivo comunitario di lotta all'esclusione sociale" che sembrerebbe riflettere la preoccupazione per il superamento degli ostacoli alla piena integrazione sociale contenuta nel comma 2 dell'art. 3, della Costituzione.

## 5. I divieti di discriminazione nella Costituzione e nell'ordinamento italiano.

«Il principio di eguaglianza si articola in molti principi, linguisticamente e contenutisticamente distinti, alcuni dei quali non derivabili da nessun altro»[523]. Uno di questi è costituito dal nucleo duro del principio[524], l'eguaglianza intesa come diritto che vieta arbitrarie distinzioni sulla base di determinati fattori soggettivi. E il secondo dei precetti contenuto nel primo comma dell'art. 3 della Costituzione si specifica proprio nel divieto di discriminazione fondato sul sesso, la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche, le condizioni personali e sociali.

In argomento – sulla definizione del contenuto delle distinzioni espressamente previste dalla Costituzione – il dibattito in dottrina è stato assai ampio. Pur non essendo questa la sede deputata alla ricostruzione di dette teorie, si può dire – come sostiene la parte maggioritaria della dottrina[525] – che le valutazioni richieste dall'applicazione dei principi di eguaglianza e non discriminazione non sono predeterminate dal vincolo all'ordine di valori contenuto nella Costituzione ma vanno ricostruite in considerazione dei mutati contesti storici e sociali, «tenendo presente che sono proprio le disposizioni in tema di eguaglianza e discriminazione a svolgere una funzione di apertura dell'ordine costituzionale a nuovi valori e nuove regole»[526].

Ed è questa la funzione che i divieti di discriminazione hanno svolto anche nell'ordinamento interno – sviluppare la tutela antidiscriminatoria in armonia con la situazione politica, economica e sociale[527] –, come dimostra la legislazione ordinaria che ha dato loro attuazione. Quando infatti il legislatore ha inteso considerare i fattori di rischio rispetto ai quali porre il divieto di discriminazione lo ha fatto a partire non dal sesso, che in quel momento storico non rappresentava un problema urgente[528] – che è invece il prototipo della legislazione antidiscriminatoria comunitaria – ma dalla necessità di garantire il libero esercizio dell'attività sindacale, la libertà di manifestazione delle opinioni politiche e della fede religiosa – problemi dominanti nel momento storico in cui è stato adottato l'art. 15 della legge n. 300 del 1970[529]. E lo ha fatto andando oltre la previsione contenuta nell'art. 4 della legge n. 604 del 1966 per la quale era stato già vietato il licenziamento "per rappresaglia", intimato per ragioni di ordine politico, religioso e sindacale, punito con la nullità. Art. 4 il cui contenuto è stato arricchito dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori che prevedeva la nullità degli atti discriminatori, ivi compreso il licenziamento, posti in essere "a causa dell'affi-

---

[523] G. U. Rescigno, Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana, in Eguaglianza e legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici, Padova, 1999, p. 81.

[524] F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit., p. 222.

[525] M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro, cit.; G. De Simone, Dai principi alle regole, cit., p. 128 ss.; D. Izzi, Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro, cit., p. 373 ss.

[526] M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro, cit., p. 50.

[527] G. De Simone, Dai principi alle regole, cit., p. 108.

[528] Per quanto, vale la pena di ricordare che nel 1963 il legislatore ha adottato una legge caratterizzata da un intento protettivo-paternalistico nei confronti delle donna con la quale ha stabilito il divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio (legge del 9 gennaio 1963, n. 7), alla quale è seguito un altro intervento che ha posto il medesimo divieto per ragioni legate alla maternità (legge 30 dicembre 1971, n. 1204, le cui disposizioni – dopo l'abrogazione della legge – sono state trasfuse nel Testo unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità adottato con il d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151).

[529] Insieme all'art. 8 sul divieto di indagini sulle opinioni, all'art. 16 sul divieto di trattamenti economici collettivi discriminatori e all'art. 28 sulla repressione della condotta antisindacale che completano la tutela.

liazione o attività sindacale ovvero della partecipazione ad uno sciopero" e la nullità per i licenziamenti attuati "a fini di discriminazione politica, religiosa" e – in seguito all'intervento della legge n. 903 del 1977 – anche "razziale, di lingua e di sesso".

In pratica, dunque, «la legge rende esplicita l'operatività in ambito privato dei divieti di discriminazione sanciti dall'art. 3 Cost., [...], e dà attuazione (sia pur parziale) alle norme della Convenzione OIL del 25 giugno 1958, n. 111, che vietano ogni discriminazione tra lavoratori basata sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla religione, sull'opinione politica, sull'origine nazionale o sociale»; in tal modo «i divieti si pongono nel solco della costituzionalizzazione del rapporto e della tutela internazionale contro la discriminazione, mettendo in luce quella tensione tra efficienza ed eguaglianza che costituisce un elemento insopprimibile di ogni sistema di mercato»[530].

E proprio in virtù del legame esistente tra la tutela antidiscriminatoria e la connotazione sociale e storica dei divieti si ricava una lettura obbligata per cui i divieti di discriminazione, più che sancire l'irrilevanza di determinate qualità soggettive, sono destinati ad impedire che esse si traducano in distinzioni produttive di diseguaglianze; ragion per cui il divieto di discriminazione – legato imprescindibilmente ai diritti dettati dall'art. 3 della Costituzione – deve essere letto in chiave funzionale e non psicologico-soggettiva[531]. Lettura che, benché non seguita subito dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza, è stata avvalorata dalla nozione di discriminazione disegnata dal legislatore nella c.d. legge sulle azioni positive n. 125 del 1991, che ha innovato il sistema sotto molti aspetti (codifica della nozione di discriminazione indiretta fondata sul sesso e previsione dell'azione pubblica contro le discriminazioni di carattere collettivo).

Il quadro della tutela antidiscriminatoria interna si compone anche di altri interventi, come quelli adottati per far fronte ai problemi posti da fenomeni migratori di massa e destinati a fornire tutela contro le discriminazioni perpetuate nei confronti dei cittadini extra-comunitari, non solo sul lavoro[532]. Da un altro punto di vista, vale la pena considerare anche la legge n. 68 del 1999 introdotta per rimediare alle difficoltà di inserimento nel lavoro dei portatori di *handicap* che, in qualche modo, si inscrive nel solco della disciplina sostanziale e processuale elaborata con riferimento alla differenza di genere.

---

[530] M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza, cit., 1991, p. 77. L'art. 15 dello Statuto, grazie alla legge n. 903 del 1977 che ne ha integrato il contenuto, giunse all'epoca "a colpire i pregiudizi collegati al sesso, alla razza e alla lingua del lavoratore, portando alla ribalta differenze di ordine naturale che, pur occupando un posto di primo piano nell'elencazione di cui all'art. 3, 1° comma Cost., erano rimaste fino ad allora, se non al di fuori, quantomeno ai margini della legislazione lavoristica"; cfr. D. Izzi, Eguaglianza e differenze, cit., p. 375.

[531] Così M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza, cit., p. 206. cfr. anche G. De Simone che analizza – con riferimento alla dizione "atti o patti diretti a fini di discriminazione" – la differenza tra la teoria c.d. "soggettiva" che tiene conto dell'animus del datore di lavoro e la teoria "oggettiva"-teleologica, sottolineando da un lato le difficoltà che comporta una lettura soggettiva e, dall'altro, la delicatezza del distinguo tra l'una e l'altra lettura quando dal piano teorico si scende a quello pratico (De Simone, Dai principi alle regole, cit., p. 122-123).

[532] Si veda la legge n. 943/1986, importante per l'affermazione del principio per cui agli immigrati regolarmente soggiornanti nel territorio nazionale sono assicurati "parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani". E poi la legge n. 40/1998 che con gli articoli 41 e 42 (ora trasfusi negli articoli 43 e 44 del d.lgs. n. 286/1998) ha ottenuto di garantire un compiuto sistema di tutela contro le discriminazioni fondate sulla "razza, il colore, l'ascendenza nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose", sia nei servizi pubblici che nei rapporti civili. Cfr. D. Izzi, Eguaglianza e differenze, cit., p. 376; sui primi provvedimenti in materia, cfr. A. Viscomi, Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato, Napoli, 1991; per la disciplina del 1998, cfr. M.G. Garofalo, M. McBritton, Immigrazione e lavoro: note al T.U. 25 luglio 1998, n. 286, in Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2000, I, p. 483 ss.

Infine, come noto, la legislazione antidiscriminatoria italiana è stata di recente arricchita – ancorché male – dai decreti di attuazione delle direttive comunitarie n. 43 e 78 del 2000. Questo nuovo intervento normativo è risultato invero assai deludente sotto diversi punti di vista. Oltre a riproporre pressoché pedissequamente le nozioni di discriminazione contenute nelle direttive – in alcuni casi talmente male da meritare la procedura di infrazione da parte della Commissione europea –il legislatore ha perso senza dubbio un'ottima occasione per recepire nell'ordinamento interno non tanto una nuova elencazione di motivi di discriminazione vietati e nuove definizioni quanto piuttosto un nuovo modello di eguaglianza che fosse in grado di ripristinare un collegamento più stretto con i principi protetti dall'art. 3 della Costituzione e di adattarsi al rinnovato contesto storico, culturale e sociale che – peggiore o migliore – non è sicuramente più lo stesso scenario che ha accolto la codificazione dei primi divieti di discriminazione.

## 6. Il divieto di discriminazione nell'ordinamento comunitario. Dal Trattato alla Carta di Nizza.

Se la costituzionalizzazione del principio di eguaglianza ha preceduto nel nostro ordinamento la specificazione dei diversi divieti di discriminazione, nell'ordinamento comunitario, come già detto, il processo è stato inverso[533]. E lo stesso vale per la sequenza previsione costituzionale/previsione legale[534]; se nel nostro ordinamento infatti è la Costituzione ad aver assistito alla prima proclamazione del principio generale di eguaglianza, cui poi la legislazione ordinaria ha dato in vario modo attuazione, nell'ordinamento comunitario è accaduto il contrario: il principio di eguaglianza è stato elaborato a partire dai divieti di discriminazione dalla legislazione e dalla giurisprudenza e solo dopo è stato consacrato nella Costituzione[535].

Il Trattato istitutivo CEE, infatti, prevedeva, già nella versione originaria del 1957, il divieto di discriminazione per nazionalità, strumentale a garantire la libera circolazione all'interno del mercato unico[536], e l'obbligo di parità retributiva uomo-donna a parità di lavoro, voluto fortemente dalla Francia e codificato al fine di evitare fenomeni di *dumping* sociale, legati ad un maggior costo del lavoro[537]. La marcata connotazione mercantilistica della disposizione si coglie visibilmente attraverso il confronto con la Convenzione OIL n. 100 sulla parità retributiva tra uomini e donne per

---

[533] Sorrentino, Il principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee, in Politica del diritto, 2001, p. 179 ss.

[534] Cfr., con riferimento al processo di "costituzionalizzazione" del diritto al "giusto tempo" nel rapporto di lavoro, G. Ricci, Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata (fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), in questo numero della Rivista.

[535] Sia consentito l'uso del termine Costituzione in questo contesto per meglio rendere visivamente il rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale, pur con la consapevolezza dell'avvenuta espunzione di detto termine dal linguaggio comunitario. Nelle Conclusioni della Presidenza tedesca del Consiglio europeo del 26 giugno 2007, nel quale è stato conferito mandato alla CIG per l'elaborazione del "trattato di riforma" dei trattati esistente, si legge, infatti, che «Il progetto costituzionale, che consisteva nell'abrogazione di tutti i trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato "Costituzione", è abbandonato» (p. 2); che «Il *TUE* e il *trattato sul funzionamento dell'Unione* non avranno carattere costituzionale ». Si stabilisce, inoltre, che «la terminologia utilizzata in tutto il testo dei trattati rispecchierà tale cambiamento: il termine "Costituzione" non sarà utilizzato».

[536] Sulla libera circolazione dei lavoratori, cfr. da ultimo G. Orlandini, La libertà di circolazione dei lavoratori subordinati, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), Il lavoro subordinato, vol. V del Trattato di diritto privato dell'Unione Europea, diretto da G. Ajani e G. A. Benacchio, Torino, 2009.

[537] Sui motivi che hanno "imposto" l'inserimento della disposizione normativa che prescrive la parità di trattamento uomo-donna, pur parziale in quanto circoscritta ai soli aspetti retributivi, si registra una vastissima letteratura. Ma vedi, principalmente M. Barbera, L'evoluzione storica e normativa del problema della parità retributiva tra uomo e donna, in *Lavoro e diritto*, 1989, p. 593; M. Barbera,

un lavoro di pari valore – di cui l'art. 119 costituisce la "european translation"[538] – le cui disposizioni erano invece principalmente destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei destinatari del precetto.

Nonostante la vocazione iniziale, è senza dubbio corretto parlare, come si è fatto, dell'art. 119 come di un'oasi sociale[539], potendosi facilmente individuare nel precetto paritario – con un'osservazione retrospettiva – un germe dell'attuale diritto sociale comunitario nonché un elemento fondante di quella *higher law* «la cui affermazione tanto è valsa a far prevalere il principio del primato del diritto comunitario sui singoli ordinamenti nazionali»[540]. Le ragioni iniziali del mercato, dopo un primo momento di apatia sociale, hanno, infatti, ceduto il passo alle ragioni della tutela al punto che, nonostante le limitate condizioni di operatività iniziali, l'art. 119 ha potuto svolgere una funzione «fortemente costituzionale»[541].

Inserito originariamente nel Capitolo I del Titolo III della parte III del Trattato CEE intitolato alla Politica sociale, l'art. 119, ponendo un obbligo diretto nei confronti degli Stati membri, è stato concepito in maniera diversa rispetto alle altre norme adottate in materia sociale e contenute nel medesimo titolo. Queste ultime avevano il solo compito di indicare alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri la linea flebile di un impegno da assumere al fine di facilitare il perseguimento di un progresso sociale che, in ogni caso, sarebbe seguito al corretto svolgimento del libero scambio, secondo una visione prettamente mercantilistica[542] dell'integrazione europea. Conseguito

---

Discriminazioni ed eguaglianza, cit., spec. p. 104 ss.; T. Pérez del Rio, *Parità retributiva*, in A. Baylos Grau – B. Caruso – M. D'Antona – S. Sciarra (a cura di), Dizionario di diritto del lavoro comunitario e comparato, Bologna, 1996; di recente M. Bell, *Anti – Discrimination law and the european Union*, Oxford, 2002. Al tempo delle negoziazioni che hanno condotto all'adozione del Trattato importanti differenze caratterizzavano lo scopo e i contenuti delle legislazioni sociali vigenti nei diversi Stati membri, come è stato sottolineato da E. Ellis, *European Community sexual equality law*, Oxford, 1991.

[538] In questo senso l'Avvocato Generale Trabucchi nella sentenza *Defrenne II*, nonostante lo stesso abbia di seguito specificato come la traduzione non sia perfetta. L'imperfezione, riferita dall'A. G. alla questione linguistica, può rintracciarsi anche con riguardo alle diverse finalità che connotano la disposizione internazionale rispetto a quella comunitaria.
È appena il caso di ricordare che i divieti di discriminazione originariamente sanciti nel Trattato non si limitano a quelli appena enunciati. Sono previsti altresì il divieto di discriminazione tra produttori e consumatori nell'ambito della politica agricola comune (34, co. 2 TCE); il divieto di discriminazione tra lavoratori che sono cittadini di uno Stato membro e lavoratori che, invece, pur lavorando nello stesso Stato, sono cittadini di un altro Stato membro (art. 39 TCE); l'obbligo di applicazione dello stesso trattamento per tutti i fornitori di servizi (art. 49 TCE); il divieto di discriminazione in materia di circolazione di capitali (art. 57 TCE); il divieto di discriminazione in materia di politica dei trasporti (art. 75 TCE); il divieto di discriminazione, nell'ambito del sistema fiscale interno, tra merci nazionali e merci importate (art. 90 TCE). Tutti divieti dichiaratamente destinati a garantire l'instaurazione e il corretto funzionamento del mercato comune.

[539] M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 2002, p. 203-204; J. Cruz Villalon, Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, n. 99-100, p. 353, che parla del divieto di discriminazione salariale in ragione del sesso e del divieto di discriminazione a motivo della nazionalità come le due uniche "oasi" di socialità nell'ambito della dimensione sociale europea.

[540] M. Roccella, T. Treu, Diritto del lavoro, cit., p. 64-65 con riferimento alla costruzione del diritto di libera circolazione come diritto fondamentale; J. H. Weiler, Il sistema comunitario europeo, cit., 1985, p. 160 ss.

[541] S. Sciarra, Integrazione dinamica tra fonti nazionali e comunitarie: il caso del lavoro notturno delle donne, in *Il diritto del lavoro*, 1995, p. 153. L'A. si riferisce, nella ricostruzione del processo di integrazione comunitaria, alle potenzialità che l'articolo 119 del Trattato CEE ha potuto esprimere nel corso del tempo rispetto alla definizione di un sistema giuridico comunitario costituzionale. Si veda anche S. Sciarra, Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*, Quaderni Fiorentini,* 2002, 31, p. 437; C. Barnard, *The economic objectivs of art. 119*, in T. Hervey – O'Keeffe (a cura di), *Sex Equality Law in European Union*, 1996, Wiley, 1996, p. 321 ss.

[542] M. D'Antona, La politica sociale nell'iniziativa della Commissione CEE: utopia o realtà?, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1991, n. 1-2, p. 11.

l'obiettivo della libera circolazione di merci, servizi, lavoro e capitale, il mercato – come pensato dai padri fondatori – avrebbe garantito anche il benessere sociale[543].

In un siffatto contesto, "l'unica norma di carattere imperativo contenuta nelle disposizioni sociali del Trattato"[544] era appunto quella contenente il principio di parità retributiva[545], il cui inserimento, come è stato giustamente sostenuto, ha senza dubbio influito profondamente sull'equilibrio della politica sociale europea, avendo creato un *focus* legislativo e giudiziario sulle questioni della discriminazione e della parità di trattamento[546]. Prima però di occuparsi della sua attuazione, le istituzioni comunitarie hanno atteso lungamente, perdendosi frattanto in sterili dibattiti sul significato dell'espressione «lavoro uguale» e sulla natura *self executing* della norma[547]. In un primo momento, infatti, nella Risoluzione del 1961 adottata dal Consiglio, era stata teorizzata la necessità che ciascun ordinamento nazionale inglobasse al suo interno un precetto paritario per conformarsi ai dettami comunitari; il che avrebbe quasi del tutto sterilizzato la potenzialità normativa della disposizione. Solo in una fase successiva, tale impostazione è stata superata – grazie ad una combinazione di interventi politici e giurisprudenziali[548] – aprendo così la strada all'espansione della «cittadella *egualitaria* all'interno della fortezza del diritto comunitario»[549].

Indubbiamente il ruolo fondamentale nell'affermazione del principio paritario all'interno dell'ordinamento comunitario lo ha avuto la Corte di giustizia la quale, nell'esercizio delle proprie funzioni – molto spesso esorbitandone i limiti – ha costantemente svolto un ruolo creativo che ha avuto e continua ad avere come effetto ultimo quello di «trovare ciò che è (poi viene dal legislatore reso, n.d.a.) diritto»[550]. Sollecitata dai giudici nazionali, essa ha, infatti, utilizzato i propri poteri di interpretazione delle norme comunitarie in maniera costruttiva, rivolgendo non pochi *input* ad un legislatore che si è peraltro dimostrato recettivo.

---

[543] "La "parificazione nel progresso" era considerata dai Padri fondatori un effetto "virtuoso" del successo economico del mercato comune, e non un impegno ad adottare misure legislative comunitarie miranti ad elevare gli standards protettivi o le prestazioni sociali negli Stati membri", cfr. D'ANTONA, Sistema giuridico comunitario, ora in B. Caruso e S. Sciarra (a cura di) *Opere*, I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Milano, 2000.

[544] M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza, cit., p. 105.

[545] "[…] one of the very few provisions creating a legal obligation to be included in the Title on social policy in the Treaty of Rome", cfr. C. Barnard, *The economic objectivs of art.119*, cit., p. 321.

[546] J. Shaw, Law, gender and the internal market, in T. HERVEY – O'KEEFFE (a cura di), *Sex Equality Law in European Union*, 1996, Wiley, 1996: 283 ss.

[547] Così M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza, cit., p. 105. L'autrice ricorda come il dibattito che ha impegnato le istituzioni comunitarie durante «il periodo di eclisse del principio» della parità retributiva, ha visto contrapporsi da una parte la Commissione e dall'altra i rappresentanti degli Stati membri presenti nel Consiglio con posizioni che andavano, da una parte, nel verso di riconoscere la diretta applicabilità della disposizione paritaria e, dall'altra, nel senso di richiedere come condizione della suddetta applicabilità misure interne di attuazione.

[548] Cfr. M. Bell, Anti-discrimination law and the European Union, cit., p. 43. L'A. individua le ragioni politiche dello sviluppo del cuore sociale del Trattato nella progressiva assunzione di consapevolezza da parte degli Stati Membri intorno al fatto che l'integrazione europea non sarebbe stata sostenuta se non si fosse sviluppata una maggiore legittimazione popolare. Il che ha reso prioritario rafforzare la dimensione sociale, con particolare attenzione alle pari opportunità tra donne e uomini.

[549] Si tratta di un'espressione di Lord Wedderburn che definisce quella parte di diritto comunitario che si occupa della eguaglianza di genere «as a separate citadel in the fortress of Community law». cfr. Lord Wedderburn, Labour Law and Freedom: Further Essays in Labour Law, London, 1995, p. 265.

[550] Così Gorla riferendosi a quella che qualifica «interpretazione onnipossente». Si tratta di una delle categorie usate dall'Autore per descrivere l'attività di interpretazione giurisprudenziale. In questo contesto, probabilmente l'accostamento appare un po' forzato, ma lo è volutamente per meglio definire il ruolo di supplenza nei confronti del legislatore comunitario costantemente svolto dalla Corte

Il che è stato determinante nel rendere autonomo un precetto incardinato in una struttura marcatamente economica, garantendo al contempo visibilità e protezione ad istanze sociali ancor prima che intervenisse una specifica regolamentazione legislativa in grado di riconoscere una tutela adeguata.

Questa intensa attività ha preceduto, accompagnato e seguito i vari interventi del legislatore, a cominciare da quelli concretizzatisi nelle direttive degli anni '70 sull'attuazione della parità di trattamento con riferimento alla retribuzione, alle condizioni di lavoro e ai regimi di sicurezza sociale. Ed è stata pervasa via via da aspirazioni e contenuti diversi fino ad arrivare all'inserimento nel Trattato dell'art. 13 (ora art. 19 TFUE)[551] e all'adozione delle direttive del 2000. La novità dell'art. 13, rispetto ai precedenti articoli 12 e 119 (ora articoli 18 e 157 TFUE), risiede nel fatto che, al contrario delle precedenti previsioni funzionali alla creazione del mercato unico, la nuova disposizione, pur priva di efficacia diretta[552], ha inteso dare effettiva attuazione ai principi di libertà, democrazia e rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali sanciti dalle Costituzioni degli Stati membri[553], come ampiamente ribadito nei considerando delle due direttive che, per prime, hanno utilizzato la base giuridica fornita dalla disposizione in commento[554].

L'art. 13 ha in altre parole rappresentato una sorta di apertura del principio di eguaglianza, ed è stato adottato al dichiarato scopo di avvicinare l'Europa ai cittadini, attraverso il rafforzamento degli strumenti che la Comunità possiede per promuovere e garantire i diritti fondamentali[555]. E ciò nonostante il limite procedurale[556] dell'obbligo di unanimità previsto per l'adozione dei "prov-

---

di giustizia in relazione all'attività di individuazione del contenuto dei divieti di discriminazione. Cfr. G. Gorla, 1989, p. 98. cfr. Inoltre M. Roccella, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, p. 127, il quale individua nella giurisprudenza comunitaria in materia di discriminazioni "l'apporto più significativo della Corte di Giustizia al diritto del lavoro".

551 L'articolo 13 (ora art. 19 TFUE) stabilisce che «Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».
Esso conterrebbe un nuovo principio generale che "supera di gran lunga i confini del vecchio divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità […]"; in questi termini, L. Angelini, A proposito di diritto sociali e principio di eguaglianza, cit., p. 636.

552 Che al contrario, come noto, è attribuita agli articoli 39 Tce e 141 Tce. Per quanto riguarda la diretta applicabilità dell'articolo che prevede la parità di trattamento retributiva uomo–donna, si veda la sentenza della Corte di Giustizia del 8 aprile 1976 in C–43/75 *Defrenne* che rappresenta l'apripista rispetto al riconoscimento dell'efficacia diretta di tale principio nei confronti non solo degli Stati, ma anche dei singoli datori di lavoro pubblici e privati; in dottrina v. M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza, cit.

553 Cfr. M. Bell, The new article 13 EC Treaty: a sound basis for European anti – discrimination law?, in *Maastricht Journal of European and comparative law*, 1999, n. 1, p. 6.

554 Nei considerando di entrambe le direttive trova spazio l'affermazione per cui «Conformemente all'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, l'Unione europea si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto, principi che sono comuni a tutti gli Stati membri e rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario» (considerando 1 dir. 78/2000/Ce e considerando 2 dir. 43/2000/Ce).

555 L. Waddington, Testing the limits of the EC Treaty article on non-discrimination, in *Industrial Law Journal*, 1998, n. 1, p. 134. Nonostante sulla formulazione di tale articolo e, dunque, sulla sua idoneità a servire allo scopo, l'autrice abbia espresso più di qualche perplessità

556 Cfr. M. Bell, The new art. 13 EC Treaty, cit.; L. Flynn, The implication of article 13 EC Treaty after Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others? in *Common Market Law Review*, 1999, n. 6, p. 1127.

vedimenti opportuni" per combattere le discriminazioni e quello sostanziale della mancata formulazione di una clausola generale[557] che fosse in grado di coprire tutti i motivi di discriminazione prevedibili[558].

Appare evidente dunque che, se in un primo momento, nell'ordinamento comunitario, l'aspirazione sociale era del tutto estranea alle disposizioni che si occupavano di prevedere i divieti di discriminazione, in tempi più recenti questi ultimi hanno assunto un ruolo fondativo della «dimensione sociale della cittadinanza dell'Unione»[559].

Da qui all'inserimento nella Carta di eguaglianza e divieto di discriminazione "tra i valori classificatori dei diritti fondamentali europei"[560] il passaggio è stato tanto breve quanto automatico. Non solo; nell'affermarsi come diritti fondamentali, essi hanno dimostrato più forza dei diritti sociali classici[561], mantenendo una propria autonomia e differenziazione anche visivamente rappresentata dal fatto che sono contenuti in un apposito titolo posto in mezzo tra quello dedicato alla Libertà e quello dedicato alla Solidarietà, e ciò verosimilmente proprio in ragione della "storia legislativa e giurisprudenziale" pregressa.

### 6.1. L'articolo 21 della Carta di Nizza e l'«universalizzazione» della tutela antidiscriminatoria.

Nella Carta di Nizza, il divieto di discriminazione è contenuto nell'art. 21 e riguarda la discriminazione fondata, *in particolare*, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, oltre che la discriminazione fondata sulla cittadinanza. Come confermato dall'inciso *in particolare*, tale precetto "costituisce un ampliamento di tipo universalistico della tutela antidiscriminatoria"[562] nonostante le restrizioni delle clausole orizzontali (art. 51)[563]. Restrizioni che però, come è stato convincentemente sostenuto, valgono relativamente rispetto ad un tema qual è quello dell'uguaglianza e della parità di trattamento che "non è una competenza, ma un principio generale, la cui operatività taglia trasversalmente tutto l'ordinamento comunitario, non diversamente da quanto accade negli ordinamenti nazionali"[564].

---

[557] Cfr. J. Cruz Villalon, Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria, cit., p. 358; altri, invece, ritengono che l'art. 13 contenga un nuovo principio generale, in questo senso, L. Angelini, A proposito di diritti sociali e principio di eguaglianza, cit., p. 636.

[558] Pare tuttavia possibile opporre che l'enucleazione tassativa di precisi divieti di discriminazione altro non è che l'espressione di contingenti esigenze storiche; cfr. M. Barbera, Eguaglianza e differenza, cit., p. 399.

[559] C. Barnard, The United Kingdome, the «Social Chapter» and the Amsterdam Treaty, in *Industrial Law Journal*, 1997, n. 3, p. 275; M. Bell, The new article 13 EC Treaty, cit.

[560] S. Giubboni, Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2001, p. 622.

[561] Il riferimento va a quei diritti sociali inseriti nel Titolo dedicato alla Solidarietà. Malgrado, infatti, il Consiglio europeo di Colonia avesse espressamente indicato i diritti sociali tra quelli di cui ci si sarebbe dovuti occupare, a lungo si è discusso addirittura sull'opportunità di un loro effettivo inserimento nella Carta. Cfr. per questa ricostruzione L. Angelini, A proposito di diritti sociali e principio di eguaglianza, cit., p. 635.

[562] L. Curcio, A. Guariso, Articolo 21. Non discriminazione cit., p. 257.

[563] L'art. 51, come noto, infatti limita l'operatività delle disposizioni contenute nella Carta agli atti delle istituzioni, degli organi dell'Unione e a quelli degli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione.

[564] M. Barbera, Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità, in M. Barbera (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio, Milano, 2007.

La disposizione, come sottolineato anche nelle spiegazioni del Presidium, trova la sua fonte sia nel Trattato della Comunità Europea che nella CEDU[565]. Il primo prevede, da una parte, il divieto di discriminazione relativo al sesso, la razza e l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali (art. 13, ora art. 19 TFUE) e, dall'altra, il divieto di discriminazione effettuata in base alla nazionalità (art. 12, ora art. 18 TFUE). Si è da più parti detto[566] come la disposizione della Carta di Nizza sia profondamente diversa da quella contenuta nel Trattato per il semplice motivo che la prima prevede un divieto di discriminazione che pone "un obbligo negativo incondizionato e generalizzato"[567]; mentre l'art. 13 del Trattato prevede sì un divieto, ma mediato dall'intervento delle istituzioni comunitarie cui il Trattato attribuisce il potere di adottare gli strumenti necessari per combattere le discriminazioni fondate sui motivi elencati dall'articolo stesso. Potere immediatamente esercitato, come noto, con l'adozione nel 2000 della direttiva n. 43 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e della direttiva n. 78 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro attraverso la previsione del divieto di discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali (art. 1).

Sul versante internazionale, invece, la CEDU stabilisce che "il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione" (art. 14)[568]. Rispetto a quest'ultima disposizione, è appena il caso di notare come la formulazione del divieto di discriminazione abbia un carattere "residuale" e, secondo alcuni, in parte ambiguo"[569], ma in realtà pienamente rappresentativo del ruolo ancillare svolto dai divieti di discriminazione quali strumenti di sostegno ai diritti fondamentali posti a salvaguardia della dignità umana[570]. Nonostante ciò e nonostante lo scarso interesse

---

[565] Per quanto riguarda il patrimonio genetico, l'art. 21 si ispira all'art. 11 della convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina.

[566] A. Celotto, L'Europa dei diritti, commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Bologna, 2001.
La differenza tra le due disposizioni è chiarita molto bene nelle spiegazioni del Presidium nelle quali si afferma che «non v'è contraddizione né incompatibilità fra il paragrafo 1 e l'articolo 19 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che ha campo d'applicazione e finalità diversi: l'articolo 19 conferisce all'Unione la facoltà di adottare atti legislativi, compresa l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, per combattere alcune forme di discriminazione di cui l'articolo stesso riporta un elenco completo. La normativa in questione può regolamentare gli interventi delle autorità degli Stati membri (come pure i rapporti fra i privati) in qualsiasi settore entro i limiti delle competenze dell'Unione. La disposizione dell'articolo 21, paragrafo 1, invece, non conferisce nessuna facoltà di emanare norme contro la discriminazione in questi settori d'intervento degli Stati membri o nei rapporti fra privati né sancisce nessun divieto assoluto di discriminazione in settori così ampi. […] Il paragrafo 1 non altera quindi l'ampiezza delle facoltà conferite a norma dell'articolo 19 né l'interpretazione data a tale articolo».

[567] L. Curcio, A. Guariso, Articolo 21. Non discriminazione, cit., p. 257.

[568] Sul principio di eguaglianza contenuto nella CEDU, Bin rileva come le modalità con cui la Corte europea dei diritti umani "procede nel giudizio di eguaglianza non differiscono sensibilmente dalle modalità seguite dai giudici nazionali e, in particolare, dalla Corte costituzionale italiana"; cfr. R. Bin, "Art. 14", in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, 2001.

[569] A. Viviani, Ancora sul principio di non discriminazione nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti umani, in Diritti umani e diritto internazionale, 2008, 3, p.653.

[570] Così M. Barbera, Eguaglianza e differenza, cit., p. 414.

manifestato dagli Stati[571] alla sua applicazione, la Corte di Strasburgo ha da subito reso un'interpretazione non restrittiva della disposizione arrivando a sostenere che il divieto di discriminazione può essere violato anche in assenza della violazione di una diversa norma della Convenzione[572], e superando così il limite più evidente ad una sua applicazione effettiva.

### 6.2. Il rapporto tra i divieti di discriminazione comunitari e la CEDU. Il caso Maruko e la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Si è poc'anzi detto del rapporto tra il divieto di discriminazione della Carta di Nizza e quello della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali. Come espressamente chiarito, nella misura in cui coincide con l'art. 14 della CEDU l'art. 21 si applica in conformità dello stesso.

Ed è interessante dunque guardare al rapporto tra il divieto di discriminazione dell'ordinamento comunitario e l'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo a partire da un punto di osservazione privilegiato offerto da una recente sentenza della Corte di Giustizia resa sul caso *Maruko*[573]. Si tratta di un "esperimento" recente dei giudici sovranazionali che finora non avevano tenuto molto in considerazione la CEDU, quantomeno non con riferimento al divieto di discriminazione.

Nella sentenza considerata, la domanda di pronuncia pregiudiziale – presentata nell'ambito di una controversia tra il signor Maruko e la Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (ente di previdenza dei lavoratori dei teatri tedeschi, VddB) – verte sull'interpretazione di alcune disposizioni della direttiva quadro n. 78/2000 e riguarda il diniego, espresso dall'ente di previdenza di riconoscere al signor Maruko una pensione di vedovo a titolo di prestazioni ai superstiti previste dal regime previdenziale obbligatorio di categoria al quale era iscritto il suo partner, poi deceduto.

Il signor Maruko era legato da un'unione solidale ad un costumista teatrale iscritto alla Vddb che aveva continuato a versare contributi a titolo volontario all'ente previdenziale durante i periodi nei quali non era iscritto a titolo obbligatorio. Dopo il decesso del partner, il signor Maruko aveva presentato la richiesta per ottenere il beneficio di una pensione di vedovo. E, dinnanzi al diniego opposto dalla VddB, ha proposto ricorso lamentando la violazione del principio della parità di trattamento e sostenendo che «il fatto di non accordare ad una persona, dopo il decesso del suo partner di unione solidale, il beneficio di prestazioni ai superstiti così come ad un coniuge superstite costituirebbe una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale della detta persona».

Non si tratta, con tutta evidenza, soltanto di una differenza di trattamento tra coppie sposate e coppie legate da un'unione solidale, ma di una differenza di trattamento fondata sull'orientamento sessuale dal momento che il signor Maruko e il suo partner non avrebbero potuto in nessun caso contrarre matrimonio, non essendo ammesso in Germania il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

---

[571] Dimostrato dalle scarse ratifiche raccolte dal Protocollo n. 12 alla Convenzione europea (solo 16 al 30 aprile 2008), cfr. Viviani, Ancora sul principio di non discriminazione, cit.

[572] *Abduhziz e* al. *C. Regno Unito,* ricorso n. 9214.80, sentenza del 28 maggio 1985.

[573] Sentenza CGCE, 1 aprile 2008, C-267/06, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*.

È stato osservato[574] che la Corte di Giustizia ha dimostrato nel passato scarsa attenzione alla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale[575], mentre è riuscita – anche in maniera innovativa e pur con qualche forzatura interpretativa – a riconoscere tutela adeguata nelle ipotesi di discriminazione determinata da cambiamenti di sesso[576]. Diversamente, la Corte di Strasburgo non solo ha fornito una definizione "relazionale" di orientamento sessuale[577], ma ha, ancor prima, considerato la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale ricompresa nell'ambito di applicazione dell'art. 14 CEDU che, pure, non la menziona espressamente[578].

Il rapporto tra il divieto di discriminazione e l'elaborazione della Corte EDU è ben espresso dall'Avvocato Generale Colomer nelle sue Conclusioni dalle quali si ricava l'importanza assunta nel tempo dal principio di eguaglianza – insieme al principio della libera circolazione, il più tradizionale e più radicato nell'ordinamento giuridico europeo (punto 83) – confermata dall'inserimento nel Trattato del diritto al rispetto per l'orientamento sessuale che figura nell'articolo 14 CEDU ed è esplicitamente recepito nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il suo carattere essenziale – continua l'Avv. Gen. – implica, ai sensi dell'art. 6 UE, che l'Unione ne garantisca il rispetto (punto 78).

Tali affermazioni rivestono un'importanza fondamentale anche per quanto riguarda l'uso dell'art. 21 della Carta di Nizza e del principio di non discriminazione. Esso, infatti, diventa il viatico per operazioni interpretative, di indubbia valenza, circa l'efficacia del diritto comunitario secondario. Efficacia che non viene legittimata attraverso operazioni tutte interne alle norme procedurali del

---

574 L. Curti, A. Guariso, Articolo 21, cit. È stato detto anche che "quello della discriminazione fondata sull'identità di genere e/o sessuale appare uno dei punti di vista privilegiati per osservare gli alti e i bassi di una giurisprudenza comunitaria che – non troppo casualmente – alterna innovazione a estrema cautela nel risolvere i casi che le vengono sottoposti"; cfr. in questi termini L. Calafà, Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensione superstiti: il caso Tadao Maruko dinnanzi alla Corte di giustizia CE, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2009, 1, p. 237 ss.

575 Cfr. il caso emblematico della sentenza Grant in cui la Corte praticamente sostiene che mentre una distinzione fondata sul sesso sarebbe illegale, fondarla sull'orientamento sessuale non lo sarebbe, dato che nessuna norma comunitaria la sanziona (Corte di Giustizia 17 febbraio 1998, C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd*).

576 Cfr. la sentenza P. (Corte di Giustizia 30 aprile 1996, C-13/94, *P c. S e Cornwall County Council*) e la sentenza K.B (Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, C-117/01, *K.B. c. The National Health Service Pensions Agency e The Secretary of State for Health*). Nel primo caso la Corte ha riconosciuto tutela al signor P. che era stato licenziato perché aveva deciso di cambiare sesso. Nel secondo caso (di diniego di riconoscimento di una pensione di reversibilità al convivente transessuale) ha riconosciuto che la disparità di trattamento incideva non sul riconoscimento della pensione, ma su una condizione preliminare indispensabile alla concessione di questa, ossia la capacità di contrarre matrimonio, e ha affermato che l'art. 141 CE osta ad una normativa che, impedendo ai transessuali di contrarre matrimonio secondo il sesso acquisito, li priva di una pensione di reversibilità.

577 L. Curcio, A. Guariso, Articolo 21. Non discriminazione, cit., p. 260.

578 Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo 21 dicembre 1999, Da Silva Mouta c. Portugal, punto 28, e 24 luglio 2003, Karner c. Austria, punto 33. E, di recente, caso E.B. c. Francia del 24 gennaio 2008 in cui la Corte ha stabilito che nel caso in cui i single vengano ammessi ad adottare, le autorità non possono indagare esclusivamente sull'orientamento sessuale dei richiedenti ma valutare complessivamente la loro personalità.
In un recente caso Frette c. Francia del 26 febbraio 2002, un giudice nella sua opinione dissenziente ha notato che "è chiaro che un consenso europeo in tale ambito sta emergendo". A dimostrazione di ciò, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha raccomandato al Consiglio di aggiungere l'orientamento sessuale quale fattore di discriminazione della CEDU e ha anche chiesto agli Stati di operare allo stesso modo nelle loro legislazioni nazionali; cfr. C. Danisi, *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in http://www.forumcostituzionale.it/site. L'A. si occupa di analizzare il principio di non discriminazione contenuto nella CEDU e nella Carta di Nizza, con riferimento al problematico ambito dell'orientamento sessuale.

Trattato e/o ai principi generali del diritto comunitario[579], bensì agganciata ad un diritto fondamentale sancito positivamente nella Carta, a mo' di *grundnorm* del sistema comunitario. La peculiarità di questa posizione risiede non tanto, ovviamente, nella dichiarazione del primato del diritto comunitario, quanto nel fondamento costituzionale della sua legittimazione[580]. L'avvocato considera, infatti, il riferimento all'art. 21 come uno degli argomenti idonei a giustificare l'applicabilità della direttiva 2000/78/CE al caso concreto[581].

Con riguardo al rapporto tra elaborazione giurisprudenziale comunitaria e CEDU, il caso Maruko appena illustrato non è che un esempio dell'atteggiamento ormai consolidato della Corte di Giustizia in base al quale la CEDU e, soprattutto, il patrimonio costituito dall'elaborazione da parte della Corte di Strasburgo dei diritti fondamentali in essa contenuti sembrano ormai rappresentare un "obbligatorio" punto di riferimento nella definizione di casi che coinvolgano *fundamental rights*[582]. D'altro canto, quello dei diritti fondamentali era, fino a poco tempo fa, lo spazio di azione privilegiato, di elezione, della Corte europea dei diritti dell'uomo che aveva la "*human rights jurisdiction*"; solo successivamente – a partire da *Stauder* – nel medesimo spazio si è inserita anche la Corte di giustizia attraverso affermazioni per cui "i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza" e al contempo creando per via pretoria quel catalogo di diritti fondamentali che rappresenta ormai il fulcro dell'*acquis communitaire*[583], oltre che punto di partenza imprescindibile per la consacrazione legislativa dei diritti fondamentali nella Carta di Nizza.

E ciò nonostante la Corte di giustizia soffra il limite di un linguaggio – quello dei diritti fondamentali – che non conosce e che non ha mai praticato con completa cognizione; il che giustifica il costante richiamo alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e soprattutto alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali nell'interpretazione della Corte di Strasburgo. A tal proposito la Corte di Lussemburgo ha anche avuto modo di specificare

---

[579] Sui principi del primato, dell'efficacia diretta e dell'interpretazione conforme del diritto comunitario, cfr. G. Bronzini-V. Piccone, *La Corte del Lussemburgo «scopre» la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela «multilevel» dei diritti fondamentali?*, in *Diritto del Lavoro*, 2006, 4, 979 ss.; ID. *La giurisprudenza europea «in movimento»: luci e ombre nel processo di costruzione di un* Ius comune, in G. Bronzini-V. Piccone (a cura di), *La Carta e le Corti*, Taranto, 2007, p. 281 ss.; ID., *La Carta di Nizza nella giurisprudenza delle Corti europee*, *I diritti dell'uomo*, 2006, 2, 5 ss.; ID., *L'efficacia «anticipata» della Carta di Nizza:* ius receptum?, *I diritti dell'uomo*, 2007, 2, 12 ss.; pure M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 30. Si v. pure R. Calvano, *Verso un sistema di garanzie costituzionali dell'UE? La giustizia costituzionale comunitaria dopo il Trattato di Nizza*, *G. Cost*., 2001, 1, 209 ss. e la ricognizione di A. Celotto, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: Disapplicazione o interpretazione conforme?*, in G. Bronzini-V. Piccone (a cura di), *La Carta e le Corti*, op. cit., 29 ss.; A. Von Bogdandy, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, *Dir. Pub. Comp. Eur*., 2005, 2, 581. Sui principi generali, cfr. E.W. Böckenförde, *Diritti fondamentali come norme di principio*, in ID., *Stato*, *Costituzione*, *Democrazia*, Milano, 2006, 225.

[580] In questi termini B. Caruso, M. Militello, La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008), in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2009, n. 2, p. 147 ss.

[581] «*In terzo luogo, perché il diritto alla non discriminazione fondata sulle tendenze sessuali figura nell'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950, ed è esplicitamente recepito nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il suo carattere essenziale implica, ai sensi dell'art. 6 UE, che l'Unione ne garantisca il rispetto*» (punto 78). Pertanto, a conclusioni delle sue osservazioni, l'Avv. Gen. sostiene che «*Non sussistono pertanto ragioni perché la direttiva 2000/78 non sia applicabile alla fattispecie in esame*» (punto 81).

[582] Così V. Piccone, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza sovranazionale*, in D&L, 2009, 1, p. 31 che riporta quanto sostenuto da J. Morijn, "Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution", in, *European Law journal,* gennaio 2006, p. 15.

[583] V. Piccone, Il principio di non discriminazione, cit.

più volte che quando una normativa nazionale entra nel settore di applicazione del diritto comunitario[584], la Corte «deve fornire tutti gli elementi d'interpretazione necessari alla valutazione […] della conformità di detta normativa con *i diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto, tali quali risultano, in particolare, dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*» (punto 42 sentenza *ERT*[585], c.vo mio)[586].

Detto rapporto tra i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento comunitario – e ora confluiti nella Carta di Nizza, primo catalogo di diritti specifico e proprio dell'Unione Europea[587] – e la Convenzione, sancito da tempo dai giudici comunitari, è ora significativamente ribadito dal co. 3 dell'art. 52 il quale prevede che quando la Carta "[…] contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione", ferma restando la possibilità che "il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa". Il che equivale a dire che quanto stabilito nella CEDU rappresenta il livello minimo di tutela del diritto fondamentale che anche l'Unione deve garantire.

C'è chi, in dottrina, ha messo in guardia contro il rischio che, in seno all'Unione Europea, si determinino fenomeni di «indebolimento della costruzione di quel diritto uniforme europeo dei diritti fondamentali […] che, nell'Europa allargata di Strasburgo, poggia sulla Corte europea dei diritti dell'uomo»[588], sottolineando come il coordinamento tra il sistema europeo e il sistema di Strasburgo – che passa attraverso il rapporto tra le due Corti – possa rivelare una situazione non del tutto idilliaca. Ciò perché è accaduto in alcuni casi che il maggiore livello di tutela fornito dalla Corte di Strasburgo ad un diritto fondamentale non sia stato ribadito dalla Corte di giustizia[589]. Non pare però possa dirsi la stessa cosa con riferimento alle molteplici applicazioni che i giudici di Lussemburgo e quelli di Strasburgo hanno fatto dei divieti di discriminazione e al reciproco condizionamento – pur limitato a poche pronunce – che ne è derivato. Oltre a quanto già detto, basti aggiungere, *ad adiuvandum*, un ulteriore tassello fornito dal percorso argomentativo seguito dalla Corte di giustizia e, in maniera più approfondita, dall'Avvocato Generale nella sentenza K.B., citata poc'anzi come esempio di tutela riconosciuta dalla Corte di giustizia in un caso di di-

---

[584] La Corte ha ampiamente chiarito che il suo possibile oggetto di controllo sono: a) gli atti comunitari, adottati dalle istituzioni nell'esercizio delle loro funzioni; b) le leggi, gli atti e le prassi adottati dagli Stati membri al fine di dare applicazione agli atti comunitari; c) l'invocazione da parte degli Stati membri dei diritti fondamentali per giustificare una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto comunitario.

[585] Sentenza Corte di Giustizia, *Elleniki Radiophonia Tileorasi*, 18 giugno 1991, C-260/89

[586] Del valore giuridico della Convenzione come elemento di identificazione dei diritti fondamentali si è ampiamente discusso in dottrina. Si tratta però di un dibattito che perde di importanza se solo si considera che, di fatto, la CEDU ha una funzione equivalente a quella di un catalogo di diritti fondamentali, come dimostra l'applicazione che costantemente ne fa la Corte di giustizia. Cfr. G. Tesauro, La Corte di giustizia e i diritti fondamentali, in G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone, Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni, politiche, Roma, 2009, p. 70.

[587] M. CARTABIA, *Una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Quad. cost*., 2000, 459 ss.

[588] B. Conforti, Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali, in Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, 2000, n. 2, p. 424.

[589] Per una ricostruzione in questi termini del rapporto tra Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. B. Conforti, op. ult. cit.

scriminazione determinata dal cambiamento di sesso. Senza volere qui ripercorrere l'intera vicenda[590], vale la pena rammentare che nel caso di specie la questione pregiudiziale era stata sollevata formalmente a causa di una potenziale discriminazione sessuale di natura retributiva. In sostanza, invece, essa verteva sulla compatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale che, non ammettendo il matrimonio tra transessuali, negava a questi ultimi la possibilità di ottenere una pensione di reversibilità per vedovi; la questione riguardava dunque una precondizione per l'esercizio (eventuale) del diritto.

La Corte di giustizia – su suggerimento dell'Avvocato Generale –, in mancanza di un esplicito divieto di discriminazione in tal senso[591] e nonostante la materia oggetto del rinvio pregiudiziale appartenesse alla sfera di competenza degli Stati membri[592], ha tuttavia richiamato le pronunce in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha giudicato che l'impossibilità per un transessuale di contrarre matrimonio con una persona del sesso al quale egli apparteneva prima dell'operazione di cambiamento del sesso, e che dipende dal fatto che essi appartengano allo stesso sesso, costituisce violazione del suo diritto di contrarre matrimonio garantito dall'art. 12 della CEDU[593]. E ha, in conseguenza, ritenuto che la legislazione inglese – che vietava il matrimonio dei transessuali non permettendo il riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale – fosse, in linea di principio, incompatibile con le prescrizioni di cui all'art. 141 del Trattato CE.

Un ulteriore esempio di positivo condizionamento tra Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo nel quale si coglie l'originalità del ruolo ricoperto dal giudice comunitario che controlla, da una parte, "la conformità al diritto comunitario delle norme e degli atti di diritto interno che, pur operando in ambiti riservati agli Stati, possono indirettamente incidere su settori appartenenti alla competenza delle istituzioni europee" e, dall'altra, "la conformità alla CEDU di discipline interne preliminari all'attuazione del diritto comunitario"[594]. In tal modo occupando una posizione di primo piano nel sistema di tutela costituzionale multilivello dei diritti fondamentali, nella veste di "corte costituzionale federale dell'UE"[595].

Sarà interessante assistere a come questo rapporto prenderà forma e agli sviluppi che avrà in futuro, ora che il confronto riguarda due cataloghi di diritti fondamentali di pari rango[596]. Nella

---

[590] Per una approfondita analisi si rinvia al commento di F. Savino, Le nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio. Osservazioni a margine della "sentenza K.B.", in Diritti Lavori Mercati, 2005, n. 2, p. 431.

[591] Divieto che è intervenuto successivamente con l'approvazione della direttiva di rifusione 2006/54/CE riguardante l'attuazione del principio della pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, nella quale il legislatore comunitario ha chiarito in un considerando che il principio della parità di trattamento tra uomini e donne «[…] considerato il suo scopo e data la natura dei diritti che è inteso a salvaguardare, si applica anche alle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso» (considerando 3).

[592] Ragion per cui la Corte in conclusione ha rimandato al giudizio del giudice inglese la verifica della situazione di K. B. rispetto al divieto di discriminazione sancito dall'art. 141 del Trattato CE.

[593] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 11 luglio 2002, Christine Goodwin c. Regno Unito.

[594] F. Sorrentino, La tutela multilivello dei diritti, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2005, n. 1, p. 79 ss., qui p. 94.

[595] Ruolo perseguito dalla Corte di Giustizia sin dalla sentenza Simmenthal; in questi termini, ancora F. Sorrentino, La tutela multilivello, cit.

[596] Con ciò si intende che entrambi i cataloghi dei diritti fondamentali contenuti nella Convenzione e nella Carta di Nizza sono ormai scritti, a prescindere dalla natura giuridica che essi hanno. Peraltro, la Corte di Lussemburgo ha già dimostrato in più occasioni di riconoscere "validità" alla Carta di Nizza. Nella sentenza 19 aprile 2007, Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia, ad esempio, la Corte ha

consapevolezza che la previsione di un "livello minimo" di tutela risulterà senz'altro assai più significativo per altri diritti sociali (si pensi al diritto di sciopero), l'unica notazione che può farsi riguarda la formulazione dell'art. 14 della Convenzione sul divieto di discriminazione. Quest'ultimo, infatti, collega il divieto alle discriminazioni fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o *ogni altra condizione* (c.vo mio), evidenziando il carattere esemplificativo dell'elencazione. In più rispetto all'art. 21 della Carta di Nizza in cui il carattere esemplificativo della elencazione si coglie dall'uso della locuzione *in particolare*, c'è il riferimento a "ogni altra condizione" che, a partire da un'interpretazione estensiva, pur coerente con la *ratio* della disposizione, si potrebbe riferire non soltanto alle altre condizioni personali ma estendersi anche alle condizioni sociali, dando vita in tal modo ad un divieto di discriminazione generale.

D'altro canto, come è stato sostenuto, «dal momento che la Convenzione è stata definita come strumento vivente, è probabile che, con il passare del tempo, altri fattori di discriminazione acquistino rilevanza e siano […] ricompresi nella tutela offerta dall'art. 14»[597]. Per questa ragione, nonostante sia stata riconosciuta la necessità di ampliare l'ambito di applicazione dell'art. 14, è stato deciso di non estendere la lista dei motivi per evitare che la nuova formulazione della disposizione possa far pensare che solo rispetto alle ragioni esplicitamente elencate possa farsi valere la violazione del divieto di discriminazione[598]. Ciò dimostra, quantomeno, la volontà di utilizzare lo strumento dei divieti di discriminazione come puntello imprescindibile posto a tutela dei diritti fondamentali, oltre che come fonte autonoma di diritti.

Il dialogo tra le Corti – e il conseguente processo di *cross fertilization* ormai da tempo in atto – è già ben incardinato su binari solidi che condurranno con ogni probabilità al rafforzamento delle tutele riconosciute dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[599], nell'ottica della costruzione di un sempre più solido "diritto uniforme europeo dei diritti fondamentali".

## 7. La Corte di giustizia e il nuovo modello di eguaglianza.

Se è vero ciò che si è detto con riferimento all'uso della CEDU quale "catalogo" dei diritti fondamentali riconosciuti e rispettati dall'ordinamento comunitario[600], lo è altrettanto il fatto che la Corte di giustizia, pur soffrendo il limite della mancanza di familiarità con il linguaggio praticato

---

richiamato non solo la Carta ma anche le "spiegazioni", riconoscendo con ciò, secondo alcuni, che il Testo ha già una chiara ed indiscussa portata "normativa. Cfr. O. Pollicino, La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dopo l'allargamento del Consiglio d'Europa ad est: forse (più di) qualcosa è cambiato, in G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone, Le scommesse dell'Europa, cit., p. 109.

[597] Cfr. C. Danisi, Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza, cit.

[598] Ancora C. Danisi, Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza, cit.

[599] E le potenzialità in termini di arricchimento del contenuto del diritto determinato dal virtuoso dialogo tra le Corti non sono in alcun modo diminuite dal fatto che le modalità di intervento dei giudici e gli effetti delle pronunce delle Corti siano diversi.

[600] Cfr. il già citato art. 6 par. 2 del Trattato sull'Unione Europea, a seguito delle integrazioni apportate dal Trattato di Maastricht, la cui formulazione ha recepito, come noto, il risultato cui era giunta la giurisprudenza della Corte di giustizia che, sin dal 1969, ha affermato che i diritti fondamentali e la loro tutela "fanno parte dei principi generali del diritto comunitario" e, nel 1975, ha richiamato espressamente la CEDU. Per la ricostruzione della giurisprudenza sul punto cfr. V. Sciarabba, Tra fonti e corti, Padova, 2008, p. 91 ss.; cfr. inoltre S. Catalano, Trattato di Lisbona e "adesione" alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne, in P. Bilancia, M. D'Amico, La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona, cit., p. 236.

dalla Corte di Strasburgo, cui poc'anzi si accennava, – molto evidente in alcuni casi[601] – ha spesso compensato in materia di eguaglianza e non discriminazione adottando posizioni interpretative innovative e coraggiose, in grado molto spesso di attribuire ai divieti di discriminazione settoriali sanciti espressamente dal diritto comunitario una portata assai ampia fino ad allora non immaginabile.

Ciò ha contribuito a creare un nuovo modello di eguaglianza all'interno del quale i divieti di discriminazione scolorano perdendo i loro specifici connotati.

Emblematiche di questo atteggiamento sono le sentenze *Coleman* e *Feryn* che hanno entrambe inciso sull'ambito di applicazione della tutela antidiscriminatoria, ampliando l'una il contenuto del concetto "discriminazione fondata su" e l'altra la nozione di discriminazione. La prima sentenza riguarda la discriminazione per handicap[602] e, dunque, l'interpretazione della direttiva quadro; la seconda sentenza è quella in cui la Corte ha effettuato la prima interpretazione pregiudiziale della direttiva sulla parità di trattamento per le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica[603].

La sentenza *Coleman* nasce dalla domanda di pronuncia pregiudiziale proveniente dall'*Employment Tribunal* di Londra avente ad oggetto l'interpretazione della locuzione «divieto di discriminazione fondata su […]». Il caso trae origine da una controversia riguardante il licenziamento subito dalla signora Coleman per motivi evidentemente riconducibili alla cura del figlio disabile; e dichiarato ingiusto dallo stesso datore di lavoro il quale si era subito offerto di risarcire la lavoratrice. Quest'ultima, però, volendo godere della tutela più ampia riconosciuta dal *Disability Discrimination Act* del 1995 aveva adito la corte nazionale sulla base del fatto che la direttiva quadro proteggerebbe «those who are associated with the disabled», compresi dunque i genitori e coloro che si prendono cura delle persone disabili[604]. Il *DDA* inglese stabilisce che "a person directly discriminates against a disabled person if, on the grounds of the disabled person's disability, he treats the disabled person less favourably…", e non considera dunque quella che è stata definita

---

[601] Ci si riferisce alle ormai famigerate sentenze della Corte di giustizia sui casi Laval (18 dicembre 2007, C-341/05), Viking (11 dicembre 2007, C-438/05), Rüffert (3 aprile 2008, C-346/06), Commissione c. Lussemburgo (19 giugno 2008, C-319/06). Su queste sentenze la letteratura è già sterminata; cfr., da ultimo U. Carabelli, Europa dei mercati e conflitto sociale, Bari, 2009; B. Veneziani, A. Andreoni (a cura di), Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea, Roma, 2009.

[602] Anche se non si può dimenticare come la stessa Corte abbia dato un'interpretazione assai restrittiva della nozione di handicap individuando la disabilità in una limitazione "grave e funzionale" di "lunga durata oppure permanente" ed escludendo quindi che una malattia possa essere presa in considerazione in quanto causa di un'attuale e futura disabilità e precisando che "una malattia in quanto causa di un futuro *handicap*, non può in linea di principio essere assimilata all'handicap"; cfr. in questo senso la sentenza CGCE, *Chacon Navas c. Eurest Collectividades SA* del 11 giugno 2006.

[603] Definito "un autentico *leading case* sotto le spoglie di una sentenza laconica"; in questi termini Izzi su Centrum. Per una valutazione negativa della sentenza, cfr. K. Henrard, *The First Substantive ECJ Judgment on the Racial Equality Directive: A Strong Message in a Conceptually Flawed and Responsively Weak Bottle*, Jean Monnet Working Paper 09/09. L'A. mette in evidenza come la Corte in questa sentenza non provveda a fornire risposte chiare ai giudici nazionali.

[604] È stato osservato come "il fatto che si parli di discriminazione *fondata sulla disabilità* e non di discriminazione a danno di *persone affette da disabilità*, […] dovrebbe portare ad una definizione della fattispecie che includa situazioni quali quelle di una persona che, pur non essendo disabile, venga trattata come tale (ad esempio perché portatrice di un certo codice genetico o perché deturpata nel viso o nel corpo), oppure lo è stata in passato o lo può diventare in futuro, nonché situazioni nelle quali ad essere discriminati sono i *care givers*"; in questo senso M. Barbera, Le discriminazioni basate sulla disabilità, in M. Barbera (ac cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio, cit., p. 77.

discrimination by association. Dinnanzi alla questione sollevata da Ms. Coleman, i giudici nazionali, ritenendo che la direttiva in ragione della sua natura potesse invece ricomprendere anche questa forma di discriminazione, hanno adito la Corte di Giustizia, interrogandola sulla riconducibilità nell'ambito di applicazione della direttiva quadro di un licenziamento ingiustificato motivato dal fatto che la lavoratrice licenziata deve prendersi cura di un figlio affetto da handicap[605]. In altre parole, la questione riguarda la possibilità di considerare tale licenziamento come frutto di una discriminazione fondata sull'handicap.

La Corte, con una pronuncia tutt'altro che scontata, ha risposto che «[…] anche se in una situazione come quella di cui alla causa principale la persona oggetto di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità non è essa stessa disabile, resta comunque il fatto che è proprio la disabilità a costituire […] il motivo del trattamento meno favorevole […]. […] la direttiva 2000/78, che mira, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'handicap, l'età o le tendenze sessuali, si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1» (punto 50).

Si tratta di una pronuncia dirompente sotto diversi punti di vista che, per essere intesa appieno, va letta, come giustamente è stato osservato[606], insieme alle Conclusioni dell'Avvocato Generale. Quest'ultimo ha, infatti, legato l'interpretazione estensiva della nozione "discriminazione fondata su" non soltanto ad una questione esegetica e di sistema in considerazione della *ratio* della direttiva; ma, cosa ancor più rilevante, lo ha fatto riconducendo direttamente la tutela contro le discriminazioni alla tutela della dignità umana[607], attraverso un percorso argomentativo molto significativo durante il quale ha analizzato il significato del concetto di dignità umana e il suo contenuto minimo e individuato lo scopo dell'art. 13 del Trattato proprio nella tutela della dignità umana e dell'autonomia degli appartenenti alle "categorie sospette"[608].

---

[605] Si tratta della domanda pregiudiziale proposta dall'Employment Tribunal (London South) 10 luglio 2006, *Coleman vs. Attridge Law e a.*, Causa C-303/06.

[606] L. Calafà, Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione soggettivo della direttiva 2000/78, in D&L. Rivista critica di diritto del lavoro, 2008, n. 3, p. 779.

[607] Si tratta di un percorso argomentativo simile a quello condotto dalla Corte costituzionale italiana nell'applicazione del principio della dignità umana che, in molti casi, utilizza in stretto collegamento con il principio di eguaglianza (formale e sostanziale). «La dignità dell'uomo quale *principio* costituzionale pare […] che possa essere colta essenzialmente in combinazione con l'istanza egualitaria che discende dall'art. 3, ed in particolare attraverso quella serie di divieti di discriminazione che il primo comma dell'articolo scolpisce a chiare lettere […]». Per una disamina delle tematiche in cui il principio di eguaglianza si coniuga, per il tramite dei divieti di discriminazione, all'affermazione della pari dignità sociale, cfr. M. Bellocci, P. Passaglia (a cura di), La dignità dell'uomo quale principio costituzionale, in http://www.cortecostituzionale.it/informazione/studi_ricerche.asp.

[608] «La dignità umana ricomprende, come contenuto minimo indispensabile, il riconoscimento del fatto che ogni essere umano ha uguale valore. La vita ha valore per il semplice fatto di appartenere a un essere umano, e non vi è vita che abbia più o meno valore di un'altra. Come Ronald Dworkin ci ha recentemente rammentato, anche quando siamo in profondo disaccordo su questioni di moralità politica, sulla struttura delle istituzioni politiche e sul funzionamento dei nostri Stati democratici, continuiamo tuttavia a condividere l'attaccamento a questo principio fondamentale. Pertanto, i singoli e le istituzioni politiche non devono agire in modo da rinnegare l'intrinseca importanza di ogni vita umana. Un valore pertinente, ma diverso, è quello dell'autonomia della persona. Esso impone che i singoli siano in grado di determinare e di condurre la propria esistenza attraverso una serie successiva di scelte tra diverse opzioni. L'esercizio dell'autonomia presuppone che alle persone sia data una gamma di opzioni entro la quale scegliere. Quando ci si comporta come agenti autonomi e si decide come condurre la propria vita, allora «si concretizzano l'integrità della persona, il senso di dignità e il rispetto per se stessi» (punto 9).

La conclusione – tanto apprezzabile quanto innovativa – di Poiares Maduro si fonda sul valore dell'eguaglianza e sulla necessità di adottarne "una concezione solida", garantendo appieno la tutela dei valori ad essa sottesi, vale a dire la dignità umana e l'autonomia della persona. Egli afferma, infatti, che «[…] attribuendo valore all'uguaglianza e impegnandoci nella realizzazione dell'uguaglianza attraverso la legge, miriamo a sostenere la possibilità per ciascuno di condurre una vita autonoma» e che «[…] prendere di mira direttamente una persona avente una particolare caratteristica non è l'unico modo di discriminarla» poiché la «[…] dignità della persona avente una caratteristica sospetta è lesa tanto nel momento in cui viene discriminata direttamente quanto nel momento in cui vede qualcun altro patire una discriminazione per il semplice fatto di essere in rapporto con lei».

Il ragionamento dell'Avvocato non si limita ovviamente a considerare il *forbidden ground* della disabilità ma si estende a tutte quelle che, mutuando un termine dal diritto costituzionale degli Stati Uniti, egli chiama "categorie sospette"[609]. Il risultato è una estensione ragguardevole della tutela antidiscriminatoria attraverso l'ampliamento del suo ambito di applicazione soggettivo.

Ampliamento – questa volta riferito alla nozione di discriminazione – che la Corte ha realizzato anche in occasione di un'altra recente e significativa sentenza resa sull'interpretazione della direttiva riguardante la parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (dir. n. 43/2000/CE).

In questo caso, la domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone il Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (Centro per le pari opportunità e per la lotta contro il razzismo) alla società Firma Feryn NV, in seguito alle affermazioni di uno dei suoi direttori che aveva dichiarato pubblicamente che la sua società non desiderava assumere le persone cosiddette «alloctone».

La Corte si è trovata dunque a dovere interpretare la portata della nozione di discriminazione diretta rispetto a dichiarazioni pubbliche rese da un datore di lavoro nell'ambito di una procedura

---

«Scopo dell'art. 13 CE e della direttiva è tutelare la dignità e l'autonomia degli appartenenti alle citate categorie sospette. Il modo più ovvio in cui la dignità e l'autonomia di una persona del genere possono essere lese è che tale persona sia direttamente presa di mira in quanto possiede una caratteristica sospetta. Trattare qualcuno in modo sfavorevole sulla base di ragioni quali il credo religioso, l'età, la disabilità e l'orientamento sessuale lede quel valore speciale ed unico che le persone traggono dal loro essere umani. Riconoscere uguale valore ad ogni essere umano significa che occorre essere ciechi a considerazioni di questo tipo allorché si impone un onere su qualcuno o si priva qualcuno di un vantaggio. In altre parole, si tratta di caratteristiche che non dovrebbero giocare alcun ruolo quando si tratti di valutare se sia giusto trattare qualcuno in modo meno favorevole» (punto 10).
«Analogamente, l'impegno a garantire l'autonomia significa che nessuno dev'essere privato di opzioni in settori di importanza fondamentale per la sua vita in ragione della sua appartenenza a una delle categorie sospette. L'accesso al lavoro e alla crescita professionale ha un significato fondamentale per chiunque, non soltanto come mezzo di sostentamento ma anche come strumento importante di appagamento personale e di realizzazione delle proprie potenzialità. Il discriminatore che discrimina un individuo appartenente a una categoria sospetta lo priva ingiustamente di opzioni. Di conseguenza, la capacità di tale persona di condurre una vita autonoma risulta seriamente compromessa, in quanto un aspetto importante della sua vita viene plasmato non dalle sue proprie scelte bensì dal pregiudizio di qualcun altro. Trattando le persone appartenenti a tali gruppi in modo meno favorevole a causa delle loro caratteristiche, il discriminatore impedisce loro di esercitare la loro autonomia. A questo punto, è equo e ragionevole che intervenga la normativa antidiscriminazione. […]» (punto 11).

[609] «[…] ad esempio, l'autonomia degli appartenenti a un gruppo religioso può essere compromessa (si pensi al momento in cui si tratta di decidere chi sposare o dove vivere) qualora essi sappiano che la persona che sposeranno subirà probabilmente una discriminazione in ragione dell'appartenenza religiosa del coniuge […]» (punto 14).

di assunzione e a dover chiarire dunque se "l'esistenza di una vittima identificabile sia presupposto necessario per aversi un comportamento direttamente discriminatorio"[610].

Ancora una volta la sentenza va letta insieme alle significative considerazioni dell'Avvocato Generale – in gran parte, anche se non interamente, accolte dalla Corte – il quale, a partire da un'interpretazione teleologica del divieto di discriminazione, ha sostenuto nelle sue Conclusioni che «la dichiarazione pubblica di un datore di lavoro, secondo cui le persone di una determinata origine razziale o etnica non devono presentarsi, ha un effetto tutt'altro che ipotetico. Ignorare che ciò costituisce un atto discriminatorio significherebbe ignorare la realtà sociale, in cui siffatte dichiarazioni hanno inevitabilmente un impatto umiliante e demoralizzante sulle persone aventi quell'origine che intendano accedere al mercato del lavoro […]» (punto 15). Gli obiettivi di tutela presi in considerazione dall'Avvocato Generale sono quelli rintracciabili nell'ottavo e nel dodicesimo considerando che individuano nella necessità di garantire una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro e di assicurare lo sviluppo di società democratiche e tolleranti che consentono la partecipazione di tutte le persone a prescindere dalla razza o dall'origine etnica gli obiettivi della tutela antidiscriminatoria.

Ciò che è interessante notare, come in effetti è stato fatto, è che la Corte estende la nozione di discriminazione diretta fondando l'interpretazione teleologica della direttiva non sulla effettività del principio della parità di trattamento in materia di lavoro ma sull'unica finalità politico-giuridica, tra quelle indicate dall'Avvocato Generale, che mette in relazione "l'ideale del pieno rispetto della persona umana e delle differenti caratteristiche di cui è portatrice, cioè l'ideale di eguaglianza, con la convenienza economica di un mercato del lavoro del quale anche le minoranze etniche siano componente attiva e produttiva" [611].

A giustificare questa scelta, vale senz'altro l'osservazione di chi ha ritenuto che l'intenzione dei giudici sia stata probabilmente quella di rimarcare i benefici effetti derivanti da un mercato del lavoro europeo razzialmente integrato, piuttosto che razzialmente segregato[612]. Ma se questo è vero, lo è altrettanto il fatto che la Corte si trova probabilmente più a suo agio a giustificare una scelta innovativa come quella che estende la nozione di discriminazione anche ai casi in cui gli effetti sono solo ipotetici e non esiste una vittima identificabile più con le ragioni economiche che con ragioni che abbiano a che fare esclusivamente con la tutela di un diritto fondamentale come l'eguaglianza, avendo dimostrato, in varie occasioni, di avere maggiore familiarità con il linguaggio del mercato piuttosto che con quello dei diritti fondamentali[613].

---

[610] D. Strazzari, Corte di giustizia e discriminazione razziale: ampliata la tutela della discriminazione diretta?, in Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2008, n. 4, p. 776.

[611] D. Izzi, Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio, in Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale, 2008, n. 4, p. 765.

[612] D. Izzi, Discriminazione razziale e accesso al lavoro, cit.

[613] Giustamente è stato infatti messo in evidenza come, mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo è fornita di una competenza specializzata finalizzata alla tutela dei diritti umani, «la Corte di Lussemburgo, nonostante l'ammirevole sforzo di dare ai diritti fondamentali un posto di primaria importanza nella gerarchia delle fonti di diritto comunitario, non può mai perdere di vista esigenze di carattere più generale quali sono quelle che si ricollegano all'integrazione europea». In questi termini B. Conforti, La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la Convenzione europea dei diritti umani, in L. S. Rossi (a cura di), Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea, Milano, 2002, p. 8; cfr. anche U. Villani, I diritti fondamentali, cit., p.

È comunque indubbio che le posizioni assunte dalla Corte di giustizia siano frutto di scelte coraggiose e abbiano degli effetti dirompenti, sotto molti punti di vista; esse, a ben vedere, si pongono in linea di continuità con il nuovo corso della normativa antidiscriminatoria.

Quest'ultima, infatti, come è stato convincentemente sostenuto[614], lungi dal rappresentare una mera evoluzione della precedente legislazione, aveva già segnato un punto di rottura rispetto al passato in molti aspetti, tra cui l'ambito di applicazione oggettivo – che ormai si spinge al di là delle condizioni di lavoro fino a coprire l'intero ambito dell'agire sociale di un individuo – e la nozione di discriminazione – che scolora, perdendo i tradizionali connotati, fino a far coincidere il comportamento vietato con la lesione della dignità umana, vale a dire la lesione di un diritto assoluto. Tutto ciò legato alla valorizzazione delle differenze che sgancia l'eguaglianza dal giudizio di comparazione, considerato ad essa intrinseco (emblematica in questo senso è la nozione di molestia), restituisce uno scenario del tutto diverso rispetto al passato.

Si tratta esattamente degli stessi profili su cui i giudici di Lussemburgo sono intervenuti, questa volta sì, a portare avanti un processo già intrapreso dal legislatore, nel primo caso considerato (*Coleman*) estendendo l'ambito di applicazione soggettivo della direttiva quadro fino ad arrivare a garantire la tutela antidiscriminatoria a chi non è portatore della differenza ma ha un rapporto di relazione con essa – *discrimination by association* –, e nel secondo caso (*Feryn*), ampliando la nozione di discriminazione all'ipotesi in cui non esiste una vittima identificabile e gli effetti discriminatori non sono né attuali né prevedibili ma solo potenziali. Con il risultato di dar vita ad un modello di eguaglianza che rappresenta da una parte un'evoluzione rispetto a quello costruito intorno al c.d. "meta-modello"[615] costituito dal divieto di discriminazione fondato sul sesso – che comunque rimane il punto di partenza del processo evolutivo -; e, dall'altra, un cambiamento, una rottura rispetto al passato grazie al quale oggi «l'eguaglianza diventa […] nell'ordinamento comunitario un bene complesso e ricco di implicazioni politiche e morali e, a sua volta, questo arricchimento di significato è destinato a ripercuotersi a cascata sugli ordinamenti degli stati membri e sul dialogo fra giudici comunitari e giudici nazionali»[616].

Ricostruire il modello di eguaglianza disegnato dalla legislazione e, soprattutto, dalla giurisprudenza comunitaria – e ora cristallizzato nel catalogo di diritti fondamentali dell'Unione Europea – serve evidentemente a chiarire la portata del diritto e a meglio comprendere il modo in cui esso troverà applicazione nel sistema europeo. Serve, inoltre, se ci si sposta su un altro piano di operatività, anche ad individuare le possibili vie di interazione tra il principio di livello sovranazionale e quello nazionale. Vale la pena, a tal proposito, ricordare un celeberrimo tentativo di applicazione del principio di eguaglianza al rapporto di lavoro subordinato, approdato dinnanzi alla Corte costituzionale e conclusosi con la sentenza n. 103/1989. Senza volere entrare nel merito della

---

[614] M. Barbera, Eguaglianza e differenza, cit. Contra G. De Simone, Dai principi alle regole, cit.; D. Izzi, Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro, cit.

[615] G. De Simone, Dai principi alle regole, cit.

[616] M. Barbera, Eguaglianza e differenza, cit., p. 417.

pronuncia[617], basti ricordare che la Corte ha negato, in quella occasione, l'esistenza nell'ordinamento giuridico interno di un principio di parità di trattamento dei lavoratori, pur avendo fatto delle affermazioni "non prive di una valenza monitoria"[618] riguardanti, da un lato, il limite della lesione della dignità umana dei lavoratori in caso di differenziazione delle qualifiche e dell'inquadramento e, dall'altro, l'obbligo di coerenza del potere di iniziativa dell'imprenditore con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico (ex art. 41 Cost.).

Ferme restando le valutazioni effettuate dai giudici costituzionali sull'ordinamento interno, ciò su cui, in questo contesto, si intende puntare l'attenzione è, invece, il piano delle interazioni tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale. La Corte ha infatti osservato che le affermazioni di principio contenute nelle fonti internazionali considerate non assumevano, per la genericità del contenuto, un valore vincolante.

Pur non potendo in questo contesto analizzare a fondo la questione, appare evidente come questo elemento assuma oggi, alla luce di quanto si è detto, tutt'altro peso. I diritti fondamentali di eguaglianza e non discriminazione che operano a livello sovranazionale, infatti, presentano ormai contorni più netti e più complessi[619] e sono ora parte di un vero e proprio *Bill of Rights* europeo che la Corte costituzionale non potrà più ignorare[620]. Quale posizione assumerebbero i giudici costituzionali se si trovassero oggi ad affrontare la questione dell'esistenza di un principio di parità di trattamento tra lavoratori non è dato ipotizzarlo; che non potrebbero fare a meno di confrontarsi con i diritti fondamentali sovranazionali si può affermare con certezza[621].

---

[617] Cfr., tra i primi commentatori della sentenza, ex aliis, G. Ferraro, Continuità ed innovazione nella giurisprudenza lavoristica della Corte costituzionale, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 1991, I, p. 381; R. Greco, Il principio di eguaglianza nel rapporto di lavoro: parità di trattamento e divieto di discriminazione dopo la svolta della Corte costituzionale, in Foro italiano, I, c. 2882 ss.; U. Natoli, La Corte costituzionale e la parità di trattamento, in Rivista giuridica del lavoro, 1989, II, p. 7 ss.

[618] Cfr. G. Zagrebelsky, La giustizia costituzionale, Bologna, 1988, p. 255; M. De Luca, Parità di trattamento nei rapporti privati di lavoro: profili problematici e prospettive in un recente "revirement" giurisprudenziale, in Il diritto del lavoro, 1994, p. 408.

[619] L'eguaglianza è diventata un bene complesso e ricco di implicazioni politiche e morali e questo arricchimento di significato è destinato a ripercuotersi a cascata sugli ordinamenti degli Stati membri e sul dialogo fra giudici comunitari e giudici nazionali; così M. Barbera, Eguaglianza e differenza, cit., qui p. 417.

[620] D'altro canto, la Corte costituzionale ha già dimostrato, in recenti pronunce, di annoverare la Carta di Nizza tra le fonti costituzionali del diritto interne ed europee, attribuendo alle disposizioni in essa contenute "valore confermativo", "espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei"; cfr. per un'ampia disamina delle suddette pronunce il dossier a cura di F. Amici – V. Papa – E. Saccà, *Le Corti e la Carta di Nizza. Tecniche di argomentazione e attività interpretativa*, visibile sul sito *http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm*.

[621] Anche la Corte di Cassazione in una interessante sentenza ha ricordato che «*la Corte Costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, […] hanno compiuto un punto di svolta per l'apertura del nostro sistema di giustizia costituzionale verso il diritto europeo, consentendo alla Corte italiana di instaurare un dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo, così come pretende anche il Trattato di Lisbona, in corso di ratifica (come risulta dall'agenda governativa e dal disegno di legge depositato in parlamento) con la ricezione della Carta di Nizza nel Trattato della Unione europea. Questo punto di svolta, che supera definitivamente i paletti (o controlimiti) posti dalla Corte Costituzionale con la lontana pronuncia del 19 gennaio 1993 n. 10, esige una migliore lettura del sistema delle fonti a partire dal testo dell'art. 117 Cost. italiana, comma 1, che esige un rapporto integrativo con le fonti europee sui diritti fondamentali della persona (Consiglio di Europa e Carta di Nizza) ed un confronto dialogico con le pronunce delle Corti europee di giustizia. […]*». Cfr. Cass., sez. III, 3 luglio 2008, n. 18203.
«La formalizzazione giuridica (della Carta di Nizza, n.d.a.) ha delle conseguenze fondamentali, non solo all'interno dell'Unione, ma anche a livello statale, in quanto potrebbe avere delle ricadute importanti anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che comunque già ha iniziato ad avvalersi della Carta più che altro come ausilio interpretativo»; in questi termini M. D'Amico, Trattato di Lisbona, cit., p. 73.

## 8. Conclusioni. Eguaglianza e non discriminazione. "Personaggi in cerca d'autore" nel nuovo ordinamento costituzionale europeo.

«Quel particolare dialogo sulla discriminazione e sull'eguaglianza che si è sviluppato tra Corte di giustizia, giudici nazionali, legislatore comunitario e legislatori nazionali, e che tanto ha contribuito non solo allo sviluppo di un sistema di tutela comunitario contro le discriminazioni ma allo sviluppo del sistema comunitario *tout court,* dovrà, di necessità, modificarsi»[622]. Così come evidentemente dovrà modificarsi il contenuto del dialogo e, dunque, la fisionomia dei diritti di eguaglianza e non discriminazione.

Alla ricerca di un ruolo dunque. Quello sin qui svolto è stato sicuramente complesso e assai articolato, e di recente caratterizzato da un processo di migrazione che ha traghettato i diritti di eguaglianza e non discriminazione dall'area economica a quella sociale.

Da quando la normativa antidiscriminatoria si è allontanata dal mercato (senza mai distaccarsene però completamente) per avvicinarsi progressivamente al terreno più "socialmente equo" dei diritti di cittadinanza, da quando, cioè, obiettivo dichiarato del legislatore comunitario è diventato anche quello del progressivo avvicinamento dell'Europa ai suoi cittadini, si è resa evidente, a livello sovranazionale, la tendenza a spostare l'attenzione dal lavoratore quale fattore di produzione al cittadino[623]. Il nuovo corso della normativa comunitaria pare prediligere la taratura delle garanzie riconosciute con riferimento alla persona piuttosto che al lavoratore *tout court*[624]. Si tratta di una tendenza che si inscrive entro uno scenario generalizzato che rende oramai difficile la delimitazione e la distinzione delle «dimensioni dello status e del contratto, della cittadinanza e del mercato, dell'appartenenza ad un'identità comune e della competizione mediante scambio economico, della solidarietà e dell'interesse»[625]. In questo quadro, la definizione dei diritti sociali ha un indubbio peso se si accede alla «concezione che identifica il soggetto titolare dei diritti fondamentali non già con l'astratto individuo, ma con la concreta "persona sociale", nella specificità delle sue determinazioni storico-sociali»[626].

Anche i diritti di eguaglianza e non discriminazione hanno un ruolo fondamentale nella ricostruzione di questo contesto e lo dimostra, tra le altre cose, l'estensione dell'ambito di applicazione della "nuova" tutela antidiscriminatoria che, avendo contemplato diversi e diversamente influenti fattori di differenziazione e avendo al contempo ampliato l'ambito di applicazione dei relativi divieti, ha ormai intrapreso il tentativo di disegnare un soggetto di diritto la cui definizione contiene

---

[622] Così M. Barbera, Eguaglianza e differenza, cit., p. 420, nel commento alle direttive di nuova generazione, cui si è più volte fatto riferimento.

[623] Per una recente ricostruzione della costituzionalizzazione del principio di eguaglianza di genere all'interno della cornice fornita dal concetto di cittadinanza europea, cfr. S. Millns, Gender equality, citizenship, and the EU's constitutional future, in *European law journal*, 2007, n. 2, p. 218 ss.

[624] F. Amato, La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile: il valore delle regole e l'interpretazione della giurisprudenza, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, n. 4, p. 613, spec. 625-626, il quale sottolinea come ciò realizzi un primo abbozzo di nuovo welfare non più esclusivamente lavorocentrico e assegni una natura "aggiunta" e ulteriore al diritto del lavoro che si presenta quale strumento di garanzia dei diritti, non solo dei lavoratori, ma in generale del cittadino "industrioso", sulla cui identità, cfr. U. Romagnoli, Per un diritto del lavoro post-industriale e sovranazionale, in *Lavoro e diritto*, 1999, n. 2, p. 215.

[625] Cfr. M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi conflitti del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000, p. 9 sulla difficoltà di differenziare tali ambiti come invece suggerisce di fare PEDRAZZOLI, 1998: 122.

[626] M. Luciani, Sui diritti sociali, in *Democrazia e diritto*, 1995, n. 1, p. 562.

sì quella di lavoratore ma si estende al di là di essa, ponendo le basi di una vera «appartenenza»[627] che costituisce il fulcro della cittadinanza sociale[628].

L'avvento della cittadinanza europea evidenzia un processo di mutamento per il quale "i singoli diventano oggetto di considerazione dell'ordinamento europeo nella pienezza della loro persona e degli interessi e dei valori che trovano espressione nei principi generali di protezione dell'uomo". In base a tale sistema le istituzioni comunitarie "si impegnano a considerare i cittadini europei nella globalità e completezza della loro condizione umana, e non soltanto nella prospettiva limitata e limitante dell'attuazione del mercato"[629]. Ed è incontestabile che i diritti di eguaglianza e non discriminazione costituiscono "parte di un quadro di diritti fondamentali dei cittadini europei"[630], come peraltro ribadito dalla Carta di Nizza.

Se quanto detto sinora è vero, lo è altrettanto il fatto che esiste ed è innegabile una stretta correlazione tra la tutela antidiscriminatoria e l'*employment law* che rimane l'ambito di applicazione privilegiato, oltre che quello originario. Le due prospettive non si escludono a vicenda; entrambe contribuiscono al tentativo di disegnare quella cittadinanza "industriosa" attraverso la cui definizione l'Unione Europea tenta tiepidamente di fornire una risposta agli interrogativi ormai ineludibili posti dalla "progressiva evaporazione della sindrome nazionalista del costituzionalismo europeo"[631], ponendo, attraverso i diritti di cui si discute, le fondamenta per il riconoscimento diffuso di un principio fondamentale, quale quello alla dignità umana, che possiede le potenzialità normative per divenire una precondizione essenziale all'acquisizione di tutti quei diritti in grado

---

[627] Di "appartenenza" si parla anche nel *capabilities approach* adottato dalla Nussbaum, per la quale l'appartenenza appunto costituisce una delle capacità funzionali umane fondamentali. Essa, secondo ancora questo approccio, consiste nell'«avere le basi sociali per il rispetto di sé e per non essere umiliati; poter essere trattato come persona dignitosa il cui valore eguaglia quello altrui. Questo implica, al livello minimo, protezione contro la discriminazione in base a razza, sesso, tendenza sessuale, religione, casta, etnicità, origine nazionale. Sul lavoro essere in grado di lavorare in modo degno di un essere umano esercitando la ragion pratica e stabilendo un rapporto significativo di mutuo riconoscimento con gli altri lavoratori»; così, M. Nussbaum, *Diventare persone*, Bologna 2001, p. 98. Cfr. anche, per un approccio alle capacità a partire dalla prospettiva dei disabili e delle donne, M. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002.

[628] Questa volta, però, nel senso utilizzato da Theodor Marshall – che qui si intende assegnare al termine appartenenza e che si ritiene sia stato adottato dal legislatore comunitario – di «piena appartenenza ad una comunità»; cfr. A. Accornero, Il lavoro come diritto e come cittadinanza, in *Lavoro e diritto*, 1996, vol. 10, p. 728, il quale ricostruisce la posizione di Marshall sulla cittadinanza sociale, considerata dal sociologo inglese un mezzo per creare un «diritto universale ad un reddito reale, non misurato sul valore di mercato del soggetto». «L'eguaglianza di status», continua Accornero, «che in qualche modo pareggia le opportunità, diventa più importante dell'eguaglianza di reddito, a tal punto che la cittadinanza sociale fa entrare (o rientrare) lo status nel contratto». Sulla necessità di una progressiva espansione della cittadinanza sociale in senso marshalliano al fine di estendere la politica sociale europea per garantire una inclusione non solo economica, ma anche sociale, politica e culturale, v. anche T. Hervey, *European social law and policy*, London and New York, 1998, p. 195 ss. spec. 205.

[629] Entrambe le citazioni sono tratte da S. Bartole, La cittadinanza e l'identità europea, in *Quaderni costituzionali*, 2000, n. 1, p. 54, il quale si oppone a quella parte della "dottrina che continua a legare il tema della cittadinanza europea all'enunciazione dei diritti specificatamente disciplinati agli artt. 18-21 TCE".

[630] In questo senso M. Bell, Anti-discrimination law, cit., p. 131. Lo stesso autore sostiene anche la natura politica più che giuridica dei motivi che hanno indotto il legislatore ad utilizzare l'art. 13 TCE come base giuridica per l'adozione delle direttive. Della medesima opinione, R. Whittle, M. Bell, Between social policy and Union citizenship: the framework directive on equal treatment in employment, in *European law review*, 2002, n. 6, p. 687. Nel senso di ritenere i "non discrimination rights" senz'altro parte del catalogo dei diritti di cittadinanza, nonostante non siano contenuti nell'apposita sezione del Trattato, cfr. J. Shaw, The interpretation of European Union citizenship, in *Modern Law Review*, 1998, n. 3, p. 293, spec. 297 ss.

[631] U. Romagnoli, Per un diritto del lavoro post-industriale e sovranazionale, in *Lavoro e diritto*, 1999, n. 2, p. 215.

di garantire una vita libera e dignitosa[632].

I diritti di eguaglianza e non discriminazione si pongono idealmente a metà strada tra il cittadino e il lavoratore; il loro ruolo è quello di assegnare nuovi diritti al cittadino europeo, al contempo rafforzandone altri[633]; e di fornire al lavoratore una tutela aggiuntiva che, in molti casi, si rivela però l'ultimo bastione posto a difesa di diritti non altrimenti tutelati o tutelabili. Così «la tutela antidiscriminatoria si conferma (dopo il recente ampliamento dovuto alle nuove direttive e alla consacrazione costituzionale, n.d.a.) una delle forme centrali di regolazione del diritto comunitario attuale, e non solo del lavoro, alternativa a quella costituita dal riconoscimento di diritti di natura sostanziale […]»[634].

A fronte, dunque, del tentativo lodevole di costruire un limite che segni delle soglie di tutela minime basate su norme imperative, pur volte a valorizzare sempre di più il bene della dignità umana, quali possono considerarsi quelle che prevedono i divieti di discriminazione, può maturare il dubbio che l'enfasi posta sulla legislazione antidiscriminatoria a livello comunitario – in un contesto in cui la normativa sociale risulta ancora per molti versi insufficiente – adombri il rischio di una deriva legislativa, simile a quella in atto nel sistema statunitense[635], in cui l'unica protezione riconosciuta al lavoratore sia oramai soltanto quella derivante dalle disposizioni che impediscono trattamenti differenziati, fondati sui motivi di caratterizzazione individuati dal legislatore[636]. In questo senso, sembrano deporre alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia[637] che ha riconosciuto tutela, servendosi del limite posto dal divieto di discriminazione, a lavoratori – a tempo determinato e part-time – che avrebbero dovuto e, in alcuni casi, potuto essere diversamente

---

[632] B. Caruso, I diritti sociali fondamentali, cit., p. 710 e Caruso, Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro, in Giornale dir. lav. e relazioni ind., 2007, p. 1.

[633] Sull'accorpamento delle norme antidiscriminatorie con quelle sulla cittadinanza operato dal Trattato di Lisbona nella parte dedicata alla Non discriminazione e cittadinanza dell'Unione, cfr. C. Favilli, La non discriminazione nell'Unione Europea, Bologna, 2008, p. 181-182.

[634] M. Barbera, Eguaglianza e differenza, cit., p. 401.

[635] Con riferimento alla relazione tra normativa antidiscriminatoria e diritto del lavoro, non è mancato chi ha ipotizzato che l'esperienza dello sviluppo della normativa antidiscriminatoria comunitaria possa in qualche modo trovare la medesima *ratio* regolativa che essa sembra avere nel sistema americano. Parla infatti di deriva giudiziaria «all'americana» M. Le Friant, Le tecniche giuridiche di lotta alle discriminazioni: la situazione francese, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, n. 99-100, p. 433, ricordando una previsione di Jean-Christoper, responsabile delle relazioni sociali di Rénault per cui «il contenzioso del XXI° secolo riguarderà le differenze di trattamento tra lavoratori». Cfr. anche B. Bercusson, Labour Law, paper presented at the CIDEL workshop: Which social and tax policy for which European Union?, in Stockholm, 10-11 June, 2005, p. 9, il quale ha sostenuto che «the absence at EU level of a general employment protection law could threaten to allow the imminent wave of EC discrimination law to result in a similarly distorted system of labour law» e definisce il "cul-de-sac" del diritto del lavoro l'idea per la quale "discrimination is all". «Nel diritto del lavoro statunitense la tematica giuridica del rapporto individuale si riduce alla protezione legale di alcuni diritti elementari (minimo di salario, salute e sicurezza, non discriminazione)»; così M. Grandi, Comparazione giuridica e diritto del lavoro, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1996, n. 3, p. 28.

[636] Motivi che peraltro mantengono una stretta correlazione con gli obiettivi occupazionali, che a tratti appaiono prioritari. Rispetto alla direttiva sulla discriminazione per razza ed origine etnica si è detto che "is clearly seen a san element in the overall EES-strategy to creat a labour market that promotes inclusion of minority groups" e rispetto ai motivi di handicap ed età "are so closely linked to the EES that the justification for discrimination in certain cases can be based on employment considerations"; cfr. N. Bruun, The European employment strategy and the "acquis communitaire" of labour law, in *International journal of comparative labour law and industrial relations*, 2001, n. 3, p. 309, spec. 322.

[637] Il riferimento è a Corte di giustizia 12 ottobre 2004, C-313/02, *Wippel*; Corte di giustizia 11 settembre 2003, C-77/02, *Steinicke*. Su queste sentenze sia consentito il rinvio al commento di M. Militello, Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia, in Diritti Lavori Mercati, 2005, n. 3, p. 659 ss.

protetti[638]. Il rischio dunque è che i diritti di eguaglianza e non discriminazione rappresentino «l'ultimo baluardo di garanzia in un regime giuridico che vede in un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici altrettanti strumenti per assicurare una crescita economica»[639] e poca attenzione presta invece agli obiettivi di politica sociale.

La strada intrapresa dalla tutela antidiscriminatoria, impreziosita dalla "nuova età dell'oro" che ha di recente vissuto – e che ora trova ampio spazio nella Carta dei diritti fondamentali – è importante e senz'altro gravida di nuovi e promettenti sviluppi. Nel contesto descritto, però, acquisterà rilievo centrale il ruolo che i diritti sociali fondamentali classici[640] sanciti anch'essi nella Carta di Nizza (come, ad esempio, il diritto a non essere licenziati senza una valida ragione giustificativa, a scioperare senza conseguenze sul rapporto di lavoro, o ad un periodo di ferie retribuito obbligatorio) rivestiranno nel panorama sovranazionale rinnovato dall'attribuzione di efficacia giuridica al documento che li proclama e, soprattutto, la capacità che essi dimostreranno di opporsi – non lasciandosi travolgere – alle ragioni del mercato, rivendicando al contempo il posto che spetta loro in «un ordinamento costituzionale fondato sui diritti fondamentali», quale l'Unione Europea, nonostante le recenti difficoltà politiche, si avvia sempre di più ad essere[641].

---

[638] Con un uso che è stato definito pervasivo e trasversale dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento e con il meccanismo della disapplicazione, di pertinenza dei giudici nazionali, la Corte ha, inoltre, operato vistose correzioni della legislazione sociale nazionale, imponendo anche la applicazione di Direttive non ancora temporalmente vincolanti, come è avvenuto nella sentenza *Mangold*, cit.; oppure ancora ha ampliato l'ambito del suo controllo anche ad atti interni degli Stati su materie (la retribuzione) escluse dalle competenze comunitarie, come è avvenuto nei casi *Impact* (Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 9 gennaio 2008 e sentenza CGCE del 15 aprile 2008, C268/06) e *Del Cerro Alonso* (sentenza CGCE, 13 settembre 2007, C-307/05). V. per queste riflessioni B. Caruso, I diritti sociali fondamentali, cit., p. 731-732.

[639] F. Guarriello, IL nuovo diritto antidiscriminatorio, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2003, n. 99-100, p. 341 ss.

[640] Secondo una distinzione corrente i diritti fondamentali si suddividono in: a) Diritti civili e politici (libertà) che impongono limiti negativi allo Stato. b) Diritti sociali, economici e culturali (eguaglianza) che impongono limiti positivi allo Stato. c) Diritti dei valori adespoti (sviluppo, democrazia, ambiente, pace) (fratellanza=solidarietà) che impongono limiti negativi e positivi sovrastatuali (internazionali, sopranazionali). In questi termini Cfr. B. Caruso, Diritti sociali fondamentali, cit., p. 708-709, il quale analizza approfonditamente il ruolo dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo.

[641] Così B. Caruso, Diritti sociali fondamentali, cit., p. 749.

# La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*

Valerio Talamo

1. Gli effetti inattesi della riforma del lavoro pubblico 182
2. Le nuove competenze della contrattazione collettiva. 184
3. Comparti e comitati di settore. 186
4. Soggetti. Il riassetto dell'Aran. 188
5. Procedimento e controlli: la contrattazione nazionale. 189
6. *Segue*: e la contrattazione integrativa. 190
7. Poteri di decisione unilaterale del soggetto pubblico. 191
8. Conclusioni. 193

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 96/2010

## 1. Gli effetti inattesi della riforma del lavoro pubblico.

La privatizzazione del 1993 si proponeva principalmente di conseguire rinnovati livelli di efficienza amministrativa, con uno specifico mandato economico-finanziario connesso al risanamento del disavanzo pubblico per la parte derivante dalla spesa per retribuzioni. Per tale obiettivo fu concertato con le organizzazioni sindacali il grande patto triangolare sulla politica dei redditi del 23 luglio 1993 e, per lo specifico settore pubblico, varato il d.lgs. n. 29 del 1993, successivamente corretto ed integrato negli anni 1997-1998 ([642]).

L'*humus* politico-istituzionale in cui maturò la riforma del 1993 richiedeva un momento di condivisione più o meno intenso con le organizzazioni sociali, alla cui base vi era soprattutto la necessità di acquisire una legittimazione collettiva in grado di colmare il *deficit* di rappresentatività della classe politica uscita dalla stagione di "tangentopoli". Tanto più nel momento in cui, attraverso le nuove riforme, occorreva conseguire obiettivi strategici decisivi, connessi al raggiungimento dei parametri di Maastricht, ma che comportavano anche una serie di sacrifici per i lavoratori pubblici e privati (come l'abolizione della scala mobile, che aveva garantito in modo automatico il recupero del potere di acquisto dei salari, favorendo tuttavia una spirale inflattiva).

Gli obiettivi che i decreti sulla privatizzazione si proponevano di raggiungere sono stati conseguiti in modo solo parziale.

La spesa per stipendi, soprattutto per l'incidenza di una contrattazione integrativa sempre più adespota, sembra oramai costituire una variabile indipendente. A sua volta, ad onta della creazione dell'Aran, agente tecnico costituito quale fattore di moderazione salariale, la contrattazione collettiva nazionale appare sostanzialmente ripoliticizzata attraverso la prassi della concertazione centralizzata delle risorse per i rinnovi contrattuali, che avviene attraverso tavoli paralleli a quelli ufficiali. Questo sviamento dei tavoli decisionali, un po' occulto un po' informale, ha determinato principalmente tre conseguenze. Innanzitutto la paralisi della contrattazione presso l'Aran, che perdura fino alla rideterminazione politica delle risorse disponibili. Tale stasi ha favorito ritardi che sono andati rapidamente cronicizzandosi, con il sistematico "scavallamento" del biennio contrattuale di riferimento per il rinnovo (per cui i contratti sopravvengono spesso a biennio scaduto). In secondo luogo, gli accordi diretti fra governo e sindacati hanno causato un sistematico aggiustamento al rialzo del *quantum debeatur*, che non appare più sintonizzato con le variabili macroeconomiche dell'accordo di luglio, ma frutto di una contrattazione "libera" collegata esclusivamente alla forza di pressione del sindacato ed al desiderio di consenso degli esecutivi. Infine, la contrattazione governativa centralizzata ha svuotato le funzioni dell'Aran, il cui ruolo, a valle, viene limitato alla mera ripartizione delle risorse disponibili.

Gli "accordi politici" per la definizione delle risorse ed i ritardi, a tacer d'altro, impediscono una ragionevole programmazione delle risorse e frustrano l'obiettivo di moderazione salariale. Sotto quest'ultimo aspetto, la contrattazione integrativa ha comportato uno slittamento retributivo,

---

[642] Attraverso i decreti delegati costitutivi della cd. *seconda privatizzazione* (dd.lgs. n. 396 del 1997, e 80 e 387 del 1998) che si innestarono nel corpo originario del d.lgs. n. 29 del 1993.

soprattutto per l'incidenza della retribuzione cd. di fatto ([643]), che, come avverte la Corte dei conti, determina una retribuzione complessiva non solo incoerente con l'andamento delle retribuzioni del settore privato, ma di gran lunga superiore sia all' andamento reale dell'inflazione misurata a consuntivo che dello stesso Pil reale e nominale ([644]). Proprio a livello decentrato può essere verificata la maggior debolezza del datore di lavoro pubblico che, nelle sue vesti di titolare delle relazioni sindacali, cede sovente a prassi cogestive, ricontrattando porzioni anche strategiche della sfera organizzativa preclusa alla negoziazione, rinunciando in buona parte all'esercizio delle proprie prerogative unilaterali. Ma sconfinamenti rilevanti si sono determinati anche a livello di contrattazione nazionale, dove le norme collettive hanno stabilizzato senza concorso, hanno permesso re-inquadramenti e regolato convenzionalmente l'accesso alle categorie superiori che, secondo il *dictum* delle giurisdizioni superiori (e della stessa Corte costituzionale) sono senz'altro equiparabili a concorso pubblico e, quindi, in *re ipsa* innegoziabili.

L'invadenza e la "ricchezza" della contrattazione collettiva, d'altra parte, non ha inciso in modo significativo sull'efficienza del servizio pubblico, soprattutto per la prassi di congelare in emolumenti fissi e continuativi (come indennità o progressioni economiche) gran parte delle risorse dei fondi di amministrazione gestiti a livello decentrato e di distribuire in modo non selettivo le quote residue, ciò anche per i congeniti ritardi nella predisposizione di sistemi di rilevazione delle performance individuali e collettive e di misurazione dell'efficienza del servizio pubblico.

In un accertato contesto di crisi economica (ora globale), che riduce le risorse disponibili ad ogni fine ed impedisce la contrattazione aziendale nel settore privato, è apparso ancora più ingiustificato un trasferimento di risorse nel settore pubblico superiore al mero mantenimento del potere di acquisto delle retribuzioni. Secondo il protocollo del 1993, infatti, la crescita delle retribuzioni oltre la salvaguardia del potere di acquisto (garantito dai contratti nazionali), è collegata in modo ineliminabile ai risultati economici dell'impresa e quindi alla produttività misurata in termini di guadagno aggiuntivo da redistribuire fra coloro i quali contribuiscono a formarlo ([645]).

Sulla scorta di tali considerazioni è apparsa improcrastinabile la revisione del modello varato nel 1993.

Nel primo scorcio della XVI legislatura è stata, quindi, inaugurata una nuova stagione di riforme: preannunciata dal decreto-legge n. 112 del 2008 ([646]), proseguita attraverso la legge finanziaria n. 203 del 2008 e perlopiù confluita nel d.lgs. n. 150 del 2009, che attua le deleghe contenute nella legge n. 15 dello stesso anno. A *latere* di tale attività normativa, si situano alcuni importanti accordi fra governo ed organizzazioni sindacali fra cui, soprattutto, quello relativo alla riforma del modello contrattuale contenuto nell'accordo del 22 gennaio 2009 ("applicato" al lavoro pubblico con la successiva intesa del 30 aprile). Con tali accordi, peraltro disgiunti per la mancata condivisione di una delle principali confederazioni rappresentative, è stato sostituito l'accordo del luglio 1993. I nuovi accordi, pur salvaguardando la "politica salariale d'anticipo", obiettivo del protocollo del 1993, hanno sostituito il tasso di inflazione programmato con il diverso indice di previsione

---

[643] Mentre le retribuzioni cd. "contrattuali" comprendono per definizione solo le competenze determinate dai Ccnl, in quelle di "fatto" confluisce ogni voce retributiva corrisposta a titolo diverso quale effetto della contrattazione integrativa (come progressioni professionali, varie indennità, straordinario o produttività).

[644] Corte dei conti, *Relazione 2009 sul costo del lavoro pubblico*, 195.

[645] Protocollo del 23 luglio 1993, paragrafo n. 2.3.

[646] Il decreto legge n. 112 del 2008 è stato convertito con la legge 6 agosto 2008, n. 133.

dell'inflazione futura basato sul paniere dei beni "europeo" (cd. Ipca), più condiviso e credibile perché rappresenta l'inflazione attesa in luogo di quella programmata, da governi che l'hanno sovente tenuta al ribasso, utilizzandola come strumento di politica economica.

## 2. Le nuove competenze della contrattazione collettiva.

Sullo specifico versante delle relazioni sindacali, l'intervento modificativo del d.lgs. n. 150 del 2009 agisce su cinque distinte aree: il rapporto fra legge e contrattazione collettiva; i comparti ed i comitati di settore; l'Aran; il procedimento ed i controlli sulla contrattazione collettiva; la contrattazione integrativa. Sono stati inoltre previsti una serie di poteri unilaterali del soggetto pubblico in materia di contrattazione collettiva in grado di risolvere le situazioni di stasi dei negoziati.

La prima area di intervento coinvolge il rapporto fra legge e contrattazione.

Vengono in rilievo diverse disposizioni.

Senza la mediazione del decreto delegato, innanzitutto, l'art.1 della legge n. 15 del 2009 ha rimosso il meccanismo contenuto dall'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, che permetteva di derogare contrattualmente alle norme di legge in materia di rapporto di lavoro, salvo che la legge non disponesse espressamente in senso contrario. D'ora in poi è l'inderogabilità ad essere presunta, mentre la derogabilità dovrà essere autorizzata volta per volta. Ne consegue che la disapplicazione diverrà l'eccezione, postulandosi in queste ipotesi una legge che nasca dichiaratamente dimidiata, esponendosi per scelta alla successiva disapplicazione.

In secondo luogo, viene ridelimitato e ristretto lo spazio negoziale: ciò avviene in via diretta e mediata.

In via diretta, il nuovo art. 40 del d.lgs. n. 165 del 2001 ([647]) esclude *apertis verbis* dalla sfera del contrattabile un gruppo di materie che, tuttavia, già antecedentemente dovevano ritenersi precluse, in quanto afferenti a materie organizzative e comunque ad istituti esterni al rapporto di lavoro e che solo per la congenita debolezza dell'agente negoziale pubblico (nazionale e decentrato) hanno conosciuto una rinegoziazione sicuramente *extra ordinem* ([648]). La legge chiarisce ogni equivoco, a partire dall'innegoziabilità delle famose "sette materie" che l'art. 2, c.1, *lett. c)* della legge n. 421 del 1992 aveva ritenuto estranee alla privatizzazione ([649]). La legge delega per la "seconda" privatizzazione non aveva riprodotto analoga esclusione e ciò aveva motivato parte della dottrina a sostenere l'implicito superamento della preclusione. Nessun argomento letterale

---

[647] Cfr. l'art. 54 del d.lgs. n. 150 del 2009.

[648] Si tratta delle materie attinenti all'organizzazione degli uffici, di quelle oggetto di partecipazione sindacale, di quelle afferenti alle prerogative dirigenziali, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali nonché le materie di cui all'art.1, c. 2, *lett. c)* della l. n. 421 del 1992 (su cui vedi la successiva nota).

[649] Sulla base della citata norma «*sono regolate con legge, ovvero, sulla base della legge o nell'ambito dei principi dalla stessa posti, con atti normativi o amministrativi, le seguenti materie: 1) le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative; 2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; 3) i principi fondamentali di organizzazione degli uffici; 4) i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; 5) i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva; 6) la garanzia della libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; 7) la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici*».

tuttavia assecondava una tale valutazione, se non altro perché la seconda privatizzazione si svolgeva sulla base degli stessi principi e criteri direttivi della prima, sia pure in parte corretti ed integrati ([650]). E, in ogni caso, nelle "sette materie" la riserva di legge appariva agganciata a precisi vincoli di carattere costituzionale.

In via mediata, invece, l'area della contrattazione si restringe per l'intervento diretto della legge in istituti costituenti per l'innanzi oggetto del rapporto di lavoro. In queste materie la contrattazione collettiva rimane abilitata solo negli spazi interstiziali lasciati liberi - ovvero non diversamente disciplinati - da disposizioni di legge. La cornice legale viene quindi a delimitare per la contrattazione collettiva uno *spatium deliberandi* insuperabile~~,~~ a pena di nullità delle relative disposizioni. Si verte anche in questo caso di istituti esterni al rapporto di lavoro ed allo stesso sistema contrattuale (*valutazione delle prestazioni ai fini del trattamento accessorio*) ovvero fortemente incisi dalla giurisprudenza (*sanzioni disciplinari*)~~,~~ o collegati in modo prevalente all'esercizio di poteri organizzativi (*mobilità*) o, ancora, rispetto ai quali è apparsa più evidente l'esigenza di definizione dei principi di regolazione tramite norma primaria~~,~~ per scongiurare le prassi distorsive del passato (*progressioni economiche*).

Un'indiretta contrazione degli spazi contrattuali deriva anche dal restringimento delle forme di partecipazione sindacale, limitate agli istituti più *deboli* nelle materie che costituiscono tradizionalmente l'essenza della funzione dirigenziale ([651]).

Attraverso l'amplia declinazione delle competenze della contrattazione collettiva sulle materie relative al rapporto di lavoro (ex art. 40 del d.lgs. n.165 del 2001) ed il rinvio effettuato (dall'art. 9) per la definizione degli istituti della partecipazione, fino ad oggi i contratti collettivi sono stati abilitati a prevedere sia le forme (le modalità) che le discipline oggetto del confronto sindacale. Nelle materie più importanti per l'esercizio delle prerogative datoriali i Ccnl hanno potuto disporre le forme di partecipazione più pervasive (concertazione). Le materie rimesse in sede decentrata a tali istituti partecipativi sono state, a loro volta, sovente contrattate. Per l'attuazione del normale principio di ultrattività e *prorogatio* contrattuale, in queste ipotesi si è conseguentemente determinata una sorta di paralisi delle prerogative dirigenziali giustificata con il richiamo alla categoria dei contratti gestionali (in cui il datore di lavoro procedimentalizza ed autolimita i propri poteri). Si trattava nuovamente di un'interpretazione sovrabbondante, quantomeno perché la contrattazione collettiva era autorizzata *ex lege* ad espandersi solo sulle materie afferenti al rapporto di lavoro ed espressamente delegate a tale fine dal contratto nazionale. Da tale versante, d'ora in poi, esclusa *ex professo* la contrattabilità delle materie oggetto di partecipazione sindacale, le stesse modalità relazionali vengono limitate alla sola informazione (allorché prevista dai contratti collettivi) nelle materie relative alla *determinazione per l'organizzazione degli uffici* ed alle *misure inerenti alla gestione del rapporto di lavoro.* Inibita quindi la contrattazione della cd. micro-organizzazione ([652]) e praticamente esclusa la concertazione, che potrà esplicarsi in spazi talmente esigui da renderne arduo il riconoscimento concreto, viene in ogni caso ribadita la

---

[650] Cfr. art. 11, c. 4-6, l. n. 59 del 1997.

[651] Art. 34 del d.lgs. n.150 del 2009, che sostituisce il c. 2 nell'art. 5 del d.lgs. n. 165 del 2001.

[652] Coincidente con la sfera organizzativa privatizzata, afferente alla gestione unilaterale del dirigente (art. 5, c.2, da leggersi in combinato disposto con l'art. 2, c.1, del d.lgs. n. 165 del 2001).

facoltà decisionale ultima del datore di lavoro pubblico. Pare quindi essersi costituito un argine rispetto ad ogni ipotesi di sconfinamento o cogestione nelle materie datoriali con un indubbio rafforzamento delle prerogative dirigenziali.

Questo sistema è "salvaguardato" da altre due disposizioni di impatto soprattutto simbolico ([653]).

Viene innanzitutto chiarito che tutte le norme contenute nel d.lgs. n. 165 del 2001 presentano carattere imperativo e sono conseguentemente sottratte alla disponibilità di contratti collettivi e/o individuali. Si tratta di una specificazione per certi versi non necessaria, dovendo essere evidente, anche antecedentemente la nuova riforma, il carattere inderogabile delle norme del d.lgs. n. 165 del 2001 quale norma sulle fonti, considerato anche quanto stabilito dallo stesso art. 2, che sottrae alla *privatizzazione* tutte le disposizioni contenute nello stesso decreto.

Inoltre il d.lgs. n. 150 fa discendere dal carattere imperativo delle disposizioni del d.lgs. n. 165 del 2001 non solamente la "normale" sanzione della nullità delle norme contrattuali difformi, ma anche la sostituzione automatica delle disposizioni illegittime con quelle legali derogate e la conservazione del contratto in caso di nullità parziale. Ovviamente tale meccanismo di etero-integrazione ben raramente comporterà un effettivo inserimento "materiale", ma vale ulteriormente ad affermare l'inderogabilità e l'immediata applicabilità delle norme imperative ([654]).

### 3. Comparti e comitati di settore.

L'accordo per la riforma sul modello contrattuale del 22 gennaio 2009 ha individuato l'obiettivo comune della riduzione dei comparti di contrattazione, che ha costituito a sua volta uno dei criteri direttivi della legge delega.

Il legislatore delegato ha adempiuto tale invito riducendo a quattro i comparti di contrattazione collettiva, in corrispondenza dei quali sono previste altrettante aree dirigenziali ([655]). In questi confluiranno anche le cosiddette amministrazioni "monocomparto", individuate nominativamente dall'art. 70, c. 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, che fino ad oggi stipulavano autonomi contratti collettivi ([656]).

Con tali previsioni si determina un'ulteriore compressione dell'autonomia collettiva. A differenza che nel settore privato qui, infatti, la contrattazione collettiva è competente solo per la "distribuzione" delle amministrazioni ed enti nei comparti e nelle aree, il cui numero massimo è rimesso alla disciplina eteronoma.

La scelta del legislatore appare ispirata dall'esigenza di contrastare la progressiva parcellizzazione della contrattazione collettiva. Una volta permesso all'autonomia collettiva di definire senza sostanziali limitazioni il numero di comparti ed aree contrattuali, il sistema è andato rapidamente

---

[653] Art. 33 del d.lgs. n. 150 del 2009, che modifica l'art. 2 del d.lgs. n. 165 del 2001 e vi aggiunge un comma 3-*bis*.

[654] Il più delle volte, infatti, dalla nullità deriva una sorta di rinvio in "bianco" alle scelte della contrattazione collettiva che sono, appunto, quelle messe in discussione (si pensi ad esempio alle disposizioni in tema di merito e premi, che dovranno essere definite ai sensi del titolo III del d.lgs. n. 150). In altre parole, spesso alla nullità della clausola collettiva non corrisponde alcuna disciplina sostitutiva.

[655] Art. 3, c.1, *lett. h)*, n. 4, l. n.15 del 2009, dalla cui attuazione deriva l'art. 54 del d.lgs. n. 150 del 2009 (che sostituisce, fra l'altro, l'art. 40, c. 2, del d.lgs. 165 del 2001).

[656] Si tratta, attualmente, dell'Ente nazionale aviazione civile (Enac), dell'Agenzia spaziale italiana (Asi), del Centro nazionale per l'informatica per la pubblica amministrazione (Cnipa), dell'Unioncamere e del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (Cnel).

frammentandosi, per cui attualmente per ogni biennio contrattuale vengono stipulati oltre trenta contratti collettivi nazionali.

Il ricompattamento imposto *ex lege* non appare solamente rispondente ad una complessiva esigenza di semplificazione delle sedi negoziali ai fini della razionalizzazione del sistema. La progressiva dilatazione degli ambiti contrattuali costituisce, infatti, un aggravio procedimentale per l'Aran ed una possibile fonte di lievitazione di spesa. La creazione di nuovi comparti appare, infatti, quasi sempre orientata al riconoscimento di discipline differenziate e di favore ed assume carattere latamente corporativo.

Alla riduzione dei comparti e delle aree di contrattazione fa riscontro il dimezzamento dei comitati di settore che, nel disegno del "secondo" legislatore delegato, ricoprono il ruolo di associazioni datoriali pubbliche, rappresentative dello specifico interesse sindacale delle amministrazioni di cui l'Aran assume la rappresentanza in sede negoziale.

In luogo dei precedenti sei comitati di settore ne vengono individuati tre, espressione diretta delle sole amministrazioni centrali e delle autonomie costituzionalizzate ([657]).

Un primo comitato di settore opera per le regioni e la sanità. Il secondo per i diversi enti territoriali, le camere di commercio ed i segretari comunali. Il terzo è costituito dal Ministro per la pubblica amministrazione e da quello dell'economia e delle finanze ed esercita il ruolo e le competenze di comitato di settore per tutte le altre pubbliche amministrazioni, fatto salvo il coinvolgimento delle istanze rappresentative prima espressione di autonomi comitati di settore attraverso apposite forme di interpello, ma solo nella fase propedeutica all'emanazione degli atti di indirizzo ([658]).

La riduzione dei comitati di settore è una diretta conseguenza dell'acquisita consapevolezza dell'esistenza di una prevalente disgiunzione, negli enti diversi dallo Stato, fra autonomia di entrata e responsabilità di spesa. In un sistema ancora largamente a finanza derivata come l'attuale, ben poco senso ha avuto la scelta di decentrare le scelte di politiche retributive da parte di enti poi chiamati a non sopportare la relativa responsabilità di spesa. Ciononostante, la riduzione dei comitati di settore (e dei comparti e delle aree) reca un indubbio effetto di ricentralizzazione negoziale con una sorta di *revirement* rispetto alle scelte del d.lgs. n. 396 del 1997, con le quali si intese, fra l'altro, favorire l'emersione delle specificità organizzative ed ordinamentali delle singole amministrazioni, in modo da fornire alle stesse ospitalità e rappresentazione in sede negoziale.

La conferma dei comitati di settore per regioni ed enti locali corrisponde a sua volta non solo ad un diverso quadro di autonomia, maggiormente garantito dalla Costituzione, ma anche a margini più cospicui di autodeterminazione organizzativo-finanziaria, a loro volta destinati ad incremen-

---

[657] Art. 56 del d.lgs. n. 150 del 2009, che riscrive l'art. 41 del d.lgs. 165 del 2001.

[658] Per il sistema scolastico viene sentito il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca; per le Agenzie fiscali, i direttori delle Agenzie fiscali; per le università, la Conferenza dei rettori delle università italiane; per gli enti di ricerca e gli enti pubblici non economici, le istanze rappresentative rispettivamente promosse dai presidenti degli stessi; per il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro-Cnel, il suo presidente.

tarsi in relazione alla piena attuazione delle norme sul federalismo fiscale che assicurerà «*la tendenziale corrispondenza fra autonomia impositiva e di gestione*» (art. 2, c.2, *lett. ii*) l. n. 42 del 2009). Ciononostante, fino a tale momento lo Stato centrale conserverà una serie di poteri di controllo ed ingerenza sull'attività contrattuale di regioni ed autonomie locali, sia in fase di allocazione delle risorse finanziarie che di valutazione di atti di indirizzo e contratti collettivi. Si tratta di poteri costituzionalmente legittimi in quanto espressione del potere di coordinamento sulla finanza pubblica ed armonizzazione dei bilanci pubblici (Corte cost., nn. 4 e 260 del 2004), ma destinati dichiaratamente a divenire recessivi ([659]).

Al fine di rafforzare il ruolo dei comitati di settore, sulla base di un preciso indirizzo di delega ([660]), viene disposto, stabilizzando una prassi peraltro già diffusa, che rappresentanti designati dai comitati di settore sono legittimati ad assistere l'Aran nello svolgimento delle trattative negoziali.

## 4. Soggetti. Il riassetto dell'Aran.

Di nessuno spazio disponeva il legislatore delegato per intervenire sulla materia della rappresentatività sindacale, per cui tranne qualche disposizione transitoria, necessaria per permettere l'avvio della nuova stagione contrattuale ([661]), nulla è stato novato.

Un espresso principio di delega riguardava invece il «*rafforzamento dell'indipendenza dell'Aran dalle organizzazioni sindacali anche attraverso la revisione dei requisiti soggettivi e delle incompatibilità dei componenti dei relativi organi, con particolare riferimento ai periodi antecedenti e successivi allo svolgimento dell'incarico, e del personale dell'Agenzia*» ([662]).

Le modifiche riguardanti l'Aran non incidono, quindi, se non marginalmente, sulle funzioni, sui compiti e la struttura dell'Agenzia ([663]), ma restaurano un sistema di incompatibilità ancora più rigido di quello previsto nel 1993 (ed incautamente rimosso dal "secondo" legislatore delegato).

Tale regime di incompatibilità, che coinvolge presidente e componenti del "nuovo" collegio di indirizzo e controllo, riguarda *incarichi pubblici elettivi* e *cariche in partiti politici* e si estende ai precedenti cinque anni con riferimento alle *cariche in organizzazioni sindacali*. L'incompatibilità si espande, peraltro, ad ogni rapporto di carattere professionale o di consulenza intercorso con le stesse organizzazioni sindacali o politiche. L'assenza delle cause di incompatibilità è presupposto necessario anche per l'affidamento degli incarichi dirigenziali nell'Agenzia.

---

[659] Sia nei confronti degli atti di indirizzo che in sede di valutazione del Ccnl, il parere del governo è solo eventuale e va espresso entro termini brevi e perentori, al cui inutile decorso fa seguito la formazione del silenzio assenso. La valutazione del governo sui Ccnl inoltre è *apertis verbis* transitoria, in quanto effettuabile «*solo fino alla piena attuazione della legge 5 maggio 2009, n. 42*» (cfr. il nuovo art. 47, cc. 2 e 4, del d.lgs. n.165 del 2001, come sostituito dall'art. 59 del d.lgs. n. 150).

[660] Art. 3, c.1, *lett. h),* n. 3, l. 15 del 2009.

[661] Art. 65, c.3, d.lgs. n. 150 del 2009. L'accorpamento di comparti ed aree di contrattazione comporta diretti riflessi sulla rappresentatività sindacale, che viene misurata con riferimento ai relativi ambiti negoziali (art. 43, c. 1, del d.lgs. n. 165 del 2001). Il d.lgs. n. 150 prevede quindi una sorta di *prorogatio* degli attuali dati sulla rappresentatività, in modo da permetterne la ri-misurazione nell'ambito dei nuovi comparti/aree all'esito della costituzione degli stessi.

[662] Art. 3, c.1, *lett. h),* n. 1, l. n.15 del 2009.

[663] Rimangono confermate le precedenti funzioni dell'Aran, ma alcuni compiti sono ridefiniti nell'oggetto e nella periodicità ed altri, di studio e documentazione, ne vengono previsti; inoltre vengono semplificate alcune modalità organizzative e relative al finanziamento ed alla provvista di personale. Sono inoltre rideterminate modalità di nomina degli organismi direttivi e ridenominato il comitato direttivo (da ora in poi collegio di indirizzo e controllo). Cfr. l'art. 58 del d.lgs. n. 150 del 2009 che modifica l'art. 46 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Ovviamente la finalità sottesa a queste disposizioni è quella di garantire l'autonomia dell'agente contrattuale pubblico rispetto alla propria controparte sindacale e di assicurare un cogente rispetto del principio di distinzione fra indirizzo politico ed attività gestionale.

La sensazione è che il legislatore - nonostante l'Aran non abbia certamente goduto di una stampa univocamente positiva nel dibattito che ha accompagnato la fase della progettazione normativa - abbia considerato positivamente la presenza di un agente negoziale tecnico e non politico. Da tale premessa è derivata la rilegittimazione dell'Aran attraverso le norme del d.lgs. n. 150 del 2009. Tuttavia, alla luce della previgente esperienza, in cui non sempre è sembrata sussistere una sufficiente "distanza di sicurezza" fra l'agente negoziale pubblico e la sua controparte nonché fra tavoli della contrattazione e palazzi della politica, sembra anche che il nuovo legislatore abbia ritenuto necessario garantirsi dai più evidenti effetti distorsivi, restaurando un sistema di incompatibilità ancora più severo di quello che venne previsto in origine.

## 5. Procedimento e controlli: la contrattazione nazionale.

I decreti della "seconda" privatizzazione hanno previsto sui contratti collettivi controlli interni e collaborativi. Anche qualora fossero esercitati da organi esterni, i controlli non sono stati mai configurati quali impeditivi, svolgendosi nelle forme della vigilanza, dell'avviso e dell'informazione. Finanche il controllo della Corte dei conti sui contratti collettivi nazionali è stato degradato a parere, successivo e non condizionante, ed anche per questo motivo è stato frequentemente disatteso.

Questo modello non ha fornito buona prova di sé ed è stato progressivamente messo in discussione. Attraverso norme delle leggi finanziarie, a partire dal 1999, sono state restaurate forme di controllo esterno sulla contrattazione collettiva integrativa, preventive, a campione o *ex post*, ma sempre con l'obiettivo di riacquistare il controllo di una variabile sempre più anomica e capace di far crescere le retribuzioni al di fuori di ogni parametro. Sulla contrattazione nazionale sono stati a loro volta introdotti controlli governativi estesi ai contratti di tutte le amministrazioni pubbliche (art. 16, legge n. 448 del 2001). Successivamente, il decreto-legge n. 112 del 2008 ha previsto un potere interdittivo assoluto delle certificazioni di compatibilità economico-finanziaria della Corte dei conti, non ovviabile nemmeno attraverso una "registrazione con riserva", inopponibile ad atti di autonomia collettiva.

Questo processo viene confermato dal d.lgs. n. 150 del 2009, che ratifica il carattere esterno ed intrusivo dei controlli sulla contrattazione collettiva ([664]). Il ruolo delle certificazioni della Corte dei conti, ribadito "a regime", diviene quasi un elemento di chiusura del sistema e sembra sopperire ai più deboli poteri di controllo sulla contrattazione collettiva esercitabili dal governo sui contratti di regioni ed enti locali. In tale prospettiva, l'organo di giurisdizione contabile pare abilitato a fare ciò che è invece inibito al governo, attesa l'evoluzione, nella costituzione materiale, del ruolo dalla Corte dei conti in un organo al servizio dello Stato-comunità, e non solamente dello Stato-governo, quale «*garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico*» e «*della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità*» (Corte cost. nn. 29 e 244 del 1995).

[664] Art. 47, cc. 5-7, del d.lgs. n. 165 del 2001, risultante dalla riscrittura operata dall'art. 59 del d.lgs. n. 150 del 2009.

## 6. *Segue*: e la contrattazione integrativa.

Già il decreto-legge n. 112 del 2008, intervenendo sulla contrattazione integrativa, aveva disposto un incremento del flusso documentale a vantaggio di diversi soggetti istituzionali, ai fini di una maggiore conoscibilità e quindi giustiziabilità del fenomeno. Analogamente erano stati incrementati organi ed oggetto del controllo, con un coinvolgimento della stessa Corte dei conti ed una cospicua responsabilizzazione dei collegi adibiti al controllo interno. In particolare, il controllo è stato esteso quasi alla qualità delle scelte, al fine di confutare la selettività delle erogazioni e delle stesse progressioni retributive stabili (cd. progressioni orizzontali). La successiva legge n. 203 del 2008, a sua volta, ha espressamente vincolato la corresponsione della retribuzione accessoria «*alla qualità, produttività e capacità innovativa*» della prestazione, configurando per la contrattazione integrativa quasi una finalizzazione teleologica ed un oggetto obbligato per legge.

Il d.lgs. n. 150 del 2009 conferma questo complesso di disposizioni e le coordina sistematicamente ([665]).

Viene innanzitutto ribadita la "fisiologica" finalizzazione della contrattazione integrativa all'obiettivo del conseguimento di «*adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici*». Ogni incremento attribuito attraverso questo livello contrattuale dovrà necessariamente assumere carattere selettivo, secondo i principi di riconoscimento del merito e di valorizzazione dell'impegno e della qualità della prestazione individuale ([666]). Si tratta in ogni caso di obblighi ricavabili dalla normativa pregressa anche di rango contrattuale ed in *primis* dallo stesso d.lgs. n. 165 del 2001 che, all'art. 7, c. 5, impone un principio di cogente sinallagmaticità, vietando alle amministrazioni pubbliche di erogare trattamenti economici accessori non corrispondenti alle prestazioni effettivamente rese.

La trasmissione e la pubblicazione di informazioni sulla contrattazione integrativa, con l'obbligo di rendicontazione annuale alla Corte dei conti previsto dal decreto-legge n. 112, vengono ulteriormente implementate, nell'ottica e nella prospettiva della trasparenza percepita come antidoto all'autoreferenzialità delle amministrazioni pubbliche. Contratti integrativi stipulati, relazioni tecnico-finanziarie ed illustrative, certificazioni degli organi di controllo, informazioni trasmesse ai fini dell'inoltro alla Corte dei conti, esiti della valutazione effettuata dai cittadini sugli effetti attesi sul funzionamento dei servizi pubblici in conseguenza della contrattazione integrativa ([667]), verranno permanentemente esposti nei siti istituzionali in modo da assicurarne la piena visibilità ed accessibilità.

L'idea che sostiene questa politica dell'accessibilità totale alle informazioni relative alla contrattazione integrativa pare preordinata a provocare un controllo diffuso e risalente dal basso da

---

[665] V. la riscrittura dei commi da 3-*bis* a 3-*sexies* dell'art. 40 e dell'intero art. 40-*bis* del d.lgs. n.165 del 2001, operata dagli artt. 54 e 55 del d.lgs. n. 150 del 2009.

[666] A tale fine, con una disposizione che incide sulla stessa struttura della retribuzione, si stabilisce che la maggior quantità delle risorse destinate al trattamento accessorio dovrà essere destinata dalla contrattazione integrativa al merito individuale.

[667] La relazione illustrativa dovrà fra l'altro evidenziare gli effetti attesi dalla sottoscrizione del contratto integrativo in materia di produttività ed efficienza dei servizi erogati, anche in relazione alle richieste dei cittadini. Inoltre, sulla base di appositi modelli, dovrà essere valutato dall'utenza l'impatto della contrattazione integrativa sul funzionamento dei servizi pubblici. Anche tale modello e gli esiti della valutazione dovranno essere pubblicati sul sito istituzionale delle amministrazioni interessate dalla contrattazione integrativa.

parte dei cittadini-utenti dei servizi pubblici, la cui efficienza la contrattazione integrativa dovrebbe garantire.

Nei casi di mancata pubblicazione o trasmissione delle informazioni dovute si incide sul finanziamento della contrattazione integrativa, precludendo ogni trasferimento a carico del bilancio dello Stato e impedendo qualsiasi adeguamento delle risorse destinate alla contrattazione integrativa.

È stato in ogni caso confermato il carattere inderogabile del collegamento fra contratto nazionale ed integrativo, vietando espressamente la sottoscrizione di contratti integrativi contrastanti con i contratti collettivi ma anche di quelli che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. In tutti i casi di violazione, alla sanzione della nullità si aggiunge l'applicazione del particolare meccanismo di etero-integrazione contrattuale degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, cod. civ.

Inoltre sia gli *organi* titolari del controllo che l'*iter di certificazione* e la *rilevazione del costo* della contrattazione integrativa vengono ri-disciplinati anche riconducendo a sistema le forme di controllo già esistenti e contenute in testi normativi "esterni" al *corpus* normativo coordinato e consolidato nel d.lgs. n. 165 del 2001 ([668]). Agli organi del controllo spetta anche la verifica di legittimità estesa quasi al merito (con riferimento al rispetto dei criteri di meritocrazia e finalizzazione alla produttività).

Pare infine essenziale riscontrare una delle funzioni della Commissione per la valutazione, prevista dall'art. 13 del d.lgs. n. 150 del 2009, cui spetterà fornire annualmente all'Aran una graduatoria di performance delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali. Questi saranno raggruppati in tre livelli di merito ai fini della ripartizione delle risorse per la contrattazione decentrata. A partire dalla prossima tornata contrattuale, quindi, le risorse per la contrattazione di secondo livello dovrebbero essere distribuite in modo diseguale dalla contrattazione collettiva nazionale, in relazione ai risultati ottenuti dalle amministrazioni.

Attraverso la definizione di questa specifica competenza della Commissione si tenta di applicare normativamente al settore pubblico alcuni equivalenti funzionali di mercato. Nel modello che si intende sostituire, la parte pubblica dichiara anticipatamente, e sulla base di determinazioni solo politiche, le risorse da assegnare alla contrattazione integrativa. Tali risorse vanno quindi a premiare una produttività ancora da realizzare ed è quasi fatale che vengano cedute senza sostanziali contropartite. Il sistema viene ora rovesciato, perché le risorse per la contrattazione vengono individuate *ex post* ed non *ex ante*, vale a dire solo allorché vi sia riscontro dell'effettivo miglioramento del servizio erogato. Come nel settore privato, quindi, dai risultati gestionali dipenderà (*rectius* dovrebbe dipendere), in varia misura, l'erogazione della retribuzione di produttività.

## 7. Poteri di decisione unilaterale del soggetto pubblico.

Non è più vero che nella materia retributiva, pur non esistendo un obbligo a contrarre, sussiste un divieto a decidere unilateralmente. Tale assunto, ricavabile testualmente dagli artt., 2, c. 3, e

[668] Come la particolare forma di controllo regolata dall'art. 20, c. 1, l. n.488 del 1999, che interessa Ministeri ed enti pubblici anche di ricerca con organico superiore a duecento unità. L'*iter* del controllo è analogo a quello previgente, ma se ne amplia l'oggetto, esteso anche all'esame di legittimità.

45, c. 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, viene messo in discussione dalle norme che prevedono meccanismi di «*tutela retributiva*», sia a livello nazionale che decentrato. In queste ipotesi, nel caso di mancata stipulazione dei contratti collettivi, la parte pubblica ottiene *ex lege* la possibilità di definire unilateralmente l'oggetto del negoziato anche erogando le somme stanziate a tale scopo.

Tale facoltà sussiste sia per la contrattazione nazionale che per quella integrativa.

Per la prima, analoghe disposizioni erano contenute nella legge n. 203 del 2008, di cui viene confermata la vigenza a regime. Decorsi sessanta giorni dall'approvazione definitiva della legge finanziaria, in caso di mancato accordo la parte pubblica è autorizzata ad erogare ciò che la stessa legge finanziaria ha stanziato ai fini dei rinnovi contrattuali ([669]). L'erogazione avviene previa deliberazione dei rispettivi comitati di settore, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative, ed assume carattere "provvisorio", essendo possibile, successivamente, concordare con le organizzazioni sindacali un conguaglio rispetto a quanto già corrisposto in via unilaterale.

Il breve periodo di tempo per la negoziazione non è casuale. Da un lato, tale tempistica riveste un'evidente finalità acceleratoria, dall'altro non appare irragionevole, atteso l'alleggerimento del "carico" funzionale sull'Aran conseguente alla diminuzione dei comparti e delle aree di contrattazione.

Come evidenziato, il potere titolato in capo alla parte pubblica appare sostanzialmente preordinato a superare la paralisi dei negoziati determinata dai possibili veti sindacali sulla quantificazione governativa delle risorse. I poteri unilaterali riconosciuti alla parte pubblica appaiono nondimeno in grado di squilibrare gli equilibri in campo, attribuendo ad una delle parti del negoziato una prerogativa ulteriore che si traduce in uno strumento di pressione molto incisivo sulla controparte.

Un ulteriore strumento di tutela retributiva per i pubblici dipendenti viene riconosciuto in caso di mancato accordo, qualora la parte pubblica non intenda corrispondere all'incremento unilaterale. L'intento delle disposizioni è quello di garantire ai dipendenti pubblici, pregiudicati dal mancato rinnovo, un parziale ristoro del depauperato potere di acquisto del salario, procurando condizioni di tutela analoghe a quelle sussistenti nel settore privato. In queste ipotesi, a partire dall'aprile successivo alla scadenza del contratto, è resa obbligatoria la corresponsione di una *copertura economica* provvisoria ed anticipatoria dei benefici contrattuali che tiene il luogo dell'*indennità di vacanza contrattuale*, istituto retributivo contemplato dall'accordo del 23 luglio 1993, ma che nel pubblico impiego non ha pressoché avuto diffusione, soprattutto per la necessità di addivenire volta per volta ad un apposito accordo (Cons. stato, parere n. 2585 del 2002). Le misure e le modalità della corresponsione (ovviamente entro i limiti previsti dalla legge finanziaria) sono in ogni caso rinviate alla contrattazione collettiva nazionale ([670]).

La norma sui poteri unilaterali della parte pubblica nella contrattazione nazionale trova riscontro nell'attribuzione di un'analoga facoltà all'agente negoziale decentrato. Spirati i termini che i Ccnl sono tenuti a fissare per le sessioni negoziali decentrate, il datore di lavoro pubblico recupera i

---

[669] Art. 47-*bis,* c. 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, inserito dall'art. 59, c.2. del d.lgs. n. 150 del 2009.

[670] Art. 47-*bis,* c. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, inserito dall'art. 59, c.2. del d.lgs. n. 150 del 2009.

propri poteri decisionali, fra i quali vi è anche quello di provvedere unilateralmente nelle materie implicanti erogazione del fondo di amministrazione ([671]). Anche in questo caso si intende evitare una contrattazione senza soluzione di continuità, che può determinare anche disfunzioni di carattere organizzativo, non solo con riferimento alle materie che implicano erogazione del fondo di amministrazione (si pensi a straordinario, turni, produttività…) ma anche di quelle a carattere più evidentemente normativo-obbligatorio, rispetto a cui opera normalmente il principio di ultrattività e *prorogatio*.

## 8. Conclusioni.

Come nel 1993, in un similare contesto di crisi economica e nella percezione della permanente autoreferenzialità dell'amministrazione nella gestione del servizio pubblico, alla luce degli effetti inattesi o imprevisti dell'esperienza della privatizzazione si è ritenuto improcrastinabile un intervento di correzione normativa. Ne è derivato un nuovo accordo con le parti sociali (che si colloca a monte delle regole sul rapporto di lavoro) ed una nuova riforma che ha complessivamente riguardato oltre al rapporto di lavoro, la misurazione e la valutazione delle performance e il sistema di relazioni sindacali.

Gli obiettivi perseguiti sono identici: moderazione salariale ed efficienza dei servizi pubblici a cui si accompagna il tentativo di costruire forme di verifica sociale del funzionamento delle pubbliche amministrazioni. La vera discontinuità rispetto al passato recente è costituita dal metodo della riforma. Nella costruzione delle nuove regole il governo è intervenuto senza la mediazione "concertata" delle organizzazioni sociali. Dalla concertazione "forte" del 1993 (che ha interessato anche i decreti delegati della seconda privatizzazione), si è passati ad un modello di dialogo sociale dalle tinte molto più sfumate. Anche l'accordo sul modello contrattuale rispetto a quello del luglio del 1993 reca un minor grado di approfondimento, conseguenza del mutato clima politico e, come è stato efficacemente evidenziato, di un minor "collante" concertativo.

Rispetto al precedente governo cogestito del pubblico impiego, caratterizzato dall'ampia delega alla negoziazione, i nuovi assetti ricentralizzano in vari modi il sistema negoziale ed in parte lo rilegificano. Ne consegue anche la diversa dislocazione dell'autonomia collettiva, confinata in margini rigidamente predeterminati e presidiati dalla legge e, in definitiva, la sua riduzione.

Sulla rinnovata consapevolezza dell'ineliminabile diversità in cui opera il datore di lavoro pubblico rispetto all'omologo privato, il nuovo intervento vuole costituire una serie di presupposti normativi in grado di provocare condizioni le più possibili analoghe a quelle operanti nel mercato del lavoro privato. Appare quantomeno ingenua un'automatica ed acritica trasposizione di istituti e modelli normativi che, pensati per il contesto privato, nel settore pubblico hanno vita dura: a partire dal patto del 1993 che, infatti, ora nella ridotta forma di accordo sul modello contrattuale, non viene applicato ma più correttamente adattato al pubblico impiego attraverso un'intesa *ad hoc*.

Tali specificità, strutturali ed istituzionali, appaiono evidenti anche a prescindere dall'analisi della disseminazione e dei risultati concreti conseguiti dai decreti della privatizzazione.

---

[671] Commi 3-*bis,* ultimo periodo, e 3-*ter* del "nuovo" art. 40 del d.lgs. n. 165 del 2001, come risultante dalle modifiche operate dall'art. 54 del d.lgs. n. 150 del 2009.

Costituisce una constatazione quasi abusata quella relativa all'inesistenza per le pubbliche amministrazioni di un giudizio di mercato, come quello determinato dalla formazione dei prezzi e delle vendite, che agisce quasi come termometro della resa gestionale a livello micro dell'impresa. In assenza di un rischio di impresa e di un mercato concorrenziale rischia soprattutto di mancare un genuino conflitto di interesse fra le parti del rapporto, senza il quale la contrattazione collettiva presto o tardi diveniene una mistificazione, i cui costi vengono pagati dai cittadini-utenti.

Il legislatore, attraverso le nuove norme, intende provocare normativamente un tale conflitto ed a tal fine adotta una doppia strategia: promuove il controllo sociale e diffuso del cittadino-utente sul funzionamento dei pubblici servizi e rilegittima il dirigente quale effettivo datore di lavoro pubblico.

Il processo di controllo sale dal basso ed il gradimento dei cittadini-utenti è preordinato a garantire e quasi a sublimare la valutazione inappellabile di un mercato che nel settore pubblico non c'è, e che comunque opera in modo peculiare. In tale prospettiva si può comprendere anche l'enfatizzazione degli strumenti della trasparenza, intesa come diritto civile, quale strumento volto a garantire il controllo sociale e democratico della collettività sull'attività delle pubbliche amministrazioni e, in definitiva, a favorire l'efficienza e l'efficacia del pubblico servizio.

Il cittadino-utente viene conseguentemente incentivato in più modi ad intervenire nel processo di formazione e controllo, a partire da quello "retribuito" attraverso la contrattazione integrativa, in cui ad oggi, e tranne qualche meritoria eccezione, l'erogazione della retribuzione accessoria e di risultato si è risolta in una vera a propria parodia.

Negli assetti normativi incisi dalla novella, la compatibilità della contrattazione integrativa con i principi dell'ordinamento, ivi compreso il rispetto del rapporto di derivazione logico-giuridica dal contratto nazionale, è stata garantita attraverso la sanzione della nullità. Questa, tuttavia, per essere acclarata ha bisogno di un accertamento, caso per caso, da parte di un giudice. Tale accertamento è mancato, per difficoltà oggettive di carattere procedurale, ma soprattutto per mancanza di effettivo interesse a sollevare le relative questioni.

Con le nuove norme, il rispetto del ruolo e delle finalità della contrattazione integrativa viene presidiato innanzitutto dai rinnovati organi di controllo interno, non più competenti solo per la congruità economico-finanziaria ma anche per la valutazione della legittimità e della finalizzazione a merito e produttività dei contratti integrativi. Superato questo presidio, il contratto è comunque esposto a controlli esterni, a partire da quello esercitabile dalle sezioni regionali della Corte dei conti, la cui giurisprudenza in materia di "danno da contrattazione collettiva" si è rivelata particolarmente incisiva per attestare l'inderogabilità dei principi di corrispettività contrattuale che sorreggono la materia dell'incentivazione. Ma, soprattutto, nei nuovi assetti rileva il controllo diffuso dell'utente finale del servizio pubblico in cui, seppure in via mediata, è riconoscibile un effettivo conflitto di interessi nei confronti di chi quel servizio lo eroga e lo gestisce.

Il dirigente, a sua volta, doveva costituire un equivalente funzionale del datore di lavoro privatistico. Ma anche qui si è verificata una deviazione rispetto al modello di riferimento.

Il dirigente pubblico, a differenza di quello privato, non è esposto alla ricaduta dei propri comportamenti gestionali, non è valutato "economicamente" ed in solido da un mercato che non esiste, né da apparati di valutazione fantasma. Le sue fortune professionali finiscono allora con il dipendere in via esclusiva dalla *fiducia* dell'organo politico, cui spetta confermarlo o promuoverlo agli

incarichi. Dato il naturale interesse della politica ad ingerire nella gestione amministrativa, non può quindi stupire che proprio sul livello decentrato si riscontri un bassissimo grado di appropriazione del dirigente del tavolo negoziale ed in definitiva la sua "cattura" da parte del sindacato. E non a caso proprio sul livello decentrato si verificano le maggiori asimmetrie rispetto al settore privato: gli effetti di slittamento retributivo, le corresponsioni a pioggia dei fondi di amministrazioni, le prassi cogestionali e lo sviamento del sistema di partecipazione sindacale.

La politica non pare essersi spostata dai tavoli della contrattazione, perché troppo forti sono gli interessi che verso di essa la attraggono e le organizzazioni sindacali hanno tutto l'interesse a relazionarsi direttamente o indirettamente con questa. La contrattazione continua allora a strutturarsi nella forma dello scambio fra politica e sindacato, fra risorse e consenso elettorale, e la dirigenza, stretta fra questi due poli, oblitera nei fatti l'esercizio delle proprie funzioni in cambio di vantaggi di *status* e di carriera da parte dell'organo nominante.

Per escludere l'effetto paventato, le nuove norme agiscono in tre direzioni.

In primo luogo, rafforzando il ruolo del dirigente attraverso l'ampliamento del novero delle prerogative unilaterali. Si garantisce il dirigente da ogni deriva cogestionale che finisce con il deresponsabilizzarlo. Il potere datoriale viene "protetto" dalle forme di partecipazione sindacali più intrusive, mentre tutte le materie di partecipazione divengono *apertis verbis* incontrattabili. I poteri dirigenziali vengono inoltre presidiati attraverso la conferma del potere finale di scelta, sia sulle materie oggetto di partecipazione, sia in sede di contrattazione integrativa nei casi di prolungata stasi delle trattative, magari a fronte di atteggiamenti elusivi o dilatori della controparte.

In secondo luogo, il dirigente viene sottoposto ad un rinnovato e più incisivo sistema di valutazione ed esposto a forme di responsabilità tipizzate per legge, in modo da rendere evidente e controllabile la sua attività gestionale.

Tutto il sistema della valutazione, infine, dovrebbe condizionare il potere di nomina politico, anche attraverso l'introduzione di forme di "*interpello*" sui posti vacanti, intese ad introdurre elementi di comparazione nel conferimento degli incarichi. In questa prospettiva, tutte le ipotesi di mancata conferma agli incarichi dirigenziali sono per la prima volta assoggettate ad un onere di motivazione che dovrebbe rendere giustiziabile ogni arbitrio.

Qualche considerazione finale e di sintesi.

Le nuove norme, al di là dell'ideologia che le sostiene, appaiono ispirate da finalità condivisibili e sostanzialmente coincidenti con quelle alla base delle riforme degli anni Novanta. Ciononostante esse comportano qualche rischio e presentano alcune zone d'ombra, come quella connessa ad una possibile restaurazione dell'uniformità organizzativa retaggio del centralismo tradizionale. I rischi sono invece quelli propri di ogni riforma e collegati alla sua effettività. Il pericolo è che le nuove regole, a volte molto complesse, siano applicate da un'amministrazione vecchia che finisca con lo svuotarle dall'interno, eludendole o aggirandole.

Se gli obiettivi perseguiti sono comuni a quelli delle riforme degli anni Novanta, cambiano invece gli strumenti per perseguirli.

Al di là delle diverse opzioni interpretative ed al giudizio relativo all'opportunità delle singole soluzioni esperite, non pare in ogni caso possa revocarsi in dubbio che la diversa distribuzione delle competenze fra legge e contratto, la matrice pubblicistica o privatistica del potere organizzativo

esercitato (che in ogni caso rimane di diritto privato) ([672]), la presenza di elementi più o meno importanti di centralizzazione del sistema negoziale, appaiono di per sé poco inclini ad una cristallizzazione che li renda immodificabili. Il legislatore sembra, anzi, aver riscoperto l'*indifferenza dei mezzi,* ma con la consapevolezza della *rilevanza dei fini,* che rimangono quelli costituzionali del buon funzionamento della macchina amministrativa per garantire il buon andamento (oltre che l'imparzialità) della pubblica amministrazione.

[672] Mi sia consentito al riguardo rinviare alle considerazioni già svolte in *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *Questa Rivista*, 5, 2009, soprattutto, 471, ss.

# Contratto collettivo di lavoro (Voce per un Dizionario)*

Bruno Caruso- Antonio Lo Faro

1. Il contratto collettivo di lavoro: ancora un "ibrido" 198

2. Il ruolo della legge tra astensionismo e deleghe 199

2.1 Il problema dell'efficacia soggettiva oggi: la contrattazione delegata e le riforme della rappresentanza 201

3. Gli effetti sui rapporti di lavoro: l'inderogabilità 203

4. Interpretazione e applicazione del contratto collettivo nella più recente legislazione processuale 204

5. Verso il superamento del "diritto comune"? 205

6. Bibliografia essenziale 207

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 97/2010

## 1. Il contratto collettivo di lavoro: ancora un "ibrido"

Evocato quale prototipo di diritto vivente dalla sociologia giuridica del primo novecento; innalzato a pilastro di democrazia economica dai giuristi weimariani; incardinato nella gran parte degli ordinamenti costituzionali del secondo dopoguerra; indicato quale paradigma di normatività extrastatuale da diverse scuole di pluralismo giuridico; elevato a cardine regolatore delle legislazioni dell'emergenza dalla metà degli settanta; assurto al rango di fonte del diritto sociale comunitario da ormai oltre un decennio, il contratto collettivo non è ancora riuscito - ciò malgrado - a liberarsi da quella definizione carneluttiana - "un ibrido con il corpo del contratto e l'anima della legge" - che da quasi un secolo continua a rappresentarne l'intima essenza e la complessa natura giuridica.

Nella perdurante assenza di una compiuta disciplina legislativa in grado di individuarne con certezza soggetti, competenze ed effetti, si continua infatti a parlare nell'ordinamento italiano di contratti collettivi "di diritto comune", alludendosi con questa anodina qualificazione a niente altro che ad un duplice limite: l'inattuazione del modello costituzionale di contrattazione collettiva *erga omnes* da una parte; il forzato ricorso agli schemi privatistici del contratto, del mandato e dalla rappresentanza, per spiegarne natura ed effetti, dall'altra: una "ipostatizzazione" delle categorie giuridiche esistenti, questa, che ha segnato la costruzione giuridica del contratto collettivo fin dalle sue origini (Nogler) e che ancor oggi continua a costituire la cifra caratterizzante della prevalente riconduzione del contratto collettivo al "diritto dei privati", se non proprio al diritto privato (Vardaro).

Eppure, che nel corso degli anni l'anima della legge abbia sostanzialmente finito per prevalere sul corpo del contratto, è verità sin troppo evidente per essere qui ulteriormente dimostrata. Sul piano dei meccanismi di selezione e di legittimazione degli agenti negoziali, su quello della individuazione delle funzioni e della determinazione degli effetti, su quello dei canoni di interpretazione e di applicazione in giudizio, il contratto collettivo appare oggi accostabile non solo a quell'"atto a struttura normativa […] seppur non incompatibile con l'autonomia privata" di cui parlava Mengoni nel corso degli anni settanta; ma anche e forse soprattutto ad una vera e propria fonte eteronoma di disciplina dei rapporti e del mercato del lavoro che - secondo alcune ricostruzioni prospettate all'inizio degli anni ottanta - è ormai chiamata a svolgere una funzione regolativa sostanzialmente omogenea, se non addirittura fungibile, alla fonte legislativa.

Quale che sia la corretta definizione della natura giuridica e della sua posizione nel sistema delle fonti del diritto (del lavoro), ciò che appare comunque pacifico è che accanto alla tradizionale "funzione normativa" del contratto collettivo - intesa come attitudine a regolare una serie aperta di rapporti negoziali intercorrenti tra soggetti diversi da quelli stipulanti - si è progressivamente consolidata una evoluzione funzionale della fonte collettiva, che ne ha reso ancor più visibile l'emancipazione dalla sfera della mera autonomia privata e dalle categorie (e regole) del diritto privato: ovvero la funzionalizzazione del contratto collettivo verso finalità di pubblico interesse eccedenti rispetto a quelle proprie delle parti rappresentate. Così è avvenuto, solo per citare alcuni dei casi più discussi in dottrina, per la disciplina dei rapporti di lavoro atipici a cavallo tra gli anni ottanta e novanta (D'Antona); per l'individuazione delle prestazioni essenziali in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali; per la gestione delle crisi di impresa; per la contrattualizzazione dell'impiego pubblico, e per altri casi ancora (Pessi) in relazione ai quali può affermarsi come dal rinvio legislativo alla fonte collettiva emerga un chiaro "disegno finalistico al quale la contrattazione collettiva è funzionalizzata dalla legge" (D'Antona).

Pur senza mai giungere a determinare nel nostro paese il successo delle teorie "devoluzionistiche" di matrice tedesca - secondo le quali il potere regolativo delle parti sociali costituirebbe il frutto di una delega di funzioni normative ad esse attribuite direttamente dallo Stato (Mortati) - non v'è dubbio che nel corso degli ultimi decenni i numerosi rinvii legislativi all'azione regolativa delle parti sociali abbiano fatto del contratto collettivo uno strumento di regolazione sempre più interconnesso con la fonte legislativa, nella quale esso viene spesso integrato in funzione di necessario complemento di una regolazione altrimenti incompleta, o alla quale esso viene addirittura assoggettato attraverso l'imposizione di vincoli di scopo di cui è evidente la problematica compatibilità con una visione interamente volontaria e privatistica della contrattazione collettiva (Marazza).

Quanto di questa ormai irreversibile integrazione della contrattazione collettiva negli assetti della fonte legislativa abbia mutato la natura giuridica del contratto collettivo - almeno di quello oggetto di specifici rinvii legislativi (Perulli) - e il regime giuridico dei suoi effetti, è questione che non potrà essere qui adeguatamente trattata (Vardaro, Ballestrero, Caruso), se non per ricordare come una buona parte, forse maggioritaria, della dottrina continui a ritenere che il rinvio legislativo non muti necessariamente natura ed effetti del contratto collettivo rinviato (per tutti, Napoli, Proia, Persiani). Pur tuttavia, la tensione tra contratto collettivo come espressione di autonomia privata *vs.* contratto collettivo come "prolungamento del dettato legislativo" (Ferraro) attiene al cuore del diritto sindacale e potrà quindi essere utilizzata nelle pagine che seguono come nucleo narrativo attorno al quale articolare le brevi considerazioni che verranno esposte in merito ad alcuni dei problemi giuridici del contratto collettivo "di diritto comune".

## 2. Il ruolo della legge tra astensionismo e deleghe

Secondo la celebre espressione coniata da uno dei maestri del diritto del lavoro italiano, al momento della adozione dello Statuto dei lavoratori, il sindacato apparve agli occhi del legislatore italiano "come agli occhi di Dio apparve l'Inghilterra nel glorioso 1689: la guardò e vide che tutto era bene" (Mengoni). Trenta anni dopo, la stessa espressione è stata ripresa da un altro riconosciuto maestro (Romagnoli) per stigmatizzare un quadro ordinamentale all'interno del quale il legislatore continua a delegare ai contratti collettivi importanti funzioni regolative senza accorgersi, o fingendo di non vedere, che, in realtà, "non tutto è bene". Per evidenziare, cioè, che l'ormai irreversibile utilizzazione del contratto collettivo a fini regolatori non ha mai fatto i conti con alcuni nodi problematici derivanti dalla assenza di una compiuta disciplina - o di una condivisa teorica - del contratto collettivo come fonte del diritto.

È vero che un accentuato ricorso a prassi consolidate - o, secondo una più nobile terminologia sovente utilizzata nel diritto sindacale italiano, al principio di effettività - ha sin qui consentito al sistema di sopravvivere; ed è forse anche vero che, come è stato recentemente sostenuto, la ormai annosa disputa circa la riconducibilità del contratto collettivo alle fonti del diritto in senso proprio, risponde ad una "esigenza classificatoria che appassiona in misura inversamente proporzionale alle questioni che risolve" (Zoppoli). Certo è, comunque, che "il problema della collocazione del contratto collettivo nel sistema delle fonti e quello della sua funzione sono inscindibilmente connessi" (Marazza); e che dunque stabilire con sufficiente certezza a chi e con quali effetti il contratto collettivo si applichi diventa questione tanto più essenziale quanto più il contratto collettivo viene chiamato ad assolvere a funzioni di regolazione para-legislativa.

Non a caso, è intorno alla metà degli anni ottanta - quando cioè l'evoluzione funzionale della

contrattazione collettiva si impone agli osservatori come un dato di cui non è più possibile non tenere conto (De Luca Tamajo) - che l'edificio tutto sommato solido costruito da dottrina e giurisprudenza sul terreno lasciato libero dalla inattuazione della norma costituzionale comincia ad avvertire le tensioni ancor oggi irrisolte.

Fino ad allora, infatti, una serie di eterogenee soluzioni - alcune delle quali maturate anche in ambito legislativo - erano riuscite ad assicurare alla contrattazione collettiva un grado di copertura effettiva certamente assai superiore al tasso di sindacalizzazione. L'efficacia soggettiva del contratto collettivo estesa oltre i confini della rappresentanza associativa, infatti, costituiva e tuttora costituisce il risultato di una somma di ben noti "aggiustamenti" tra cui è qui possibile ricordare: la tesi dottrinaria, subito accolta in giurisprudenza, che considera sufficiente ai fini della applicabilità del contratto collettivo l'adesione alla associazione stipulante della sola parte datoriale (Pera); l'estensione in sede giurisprudenziale della parte economica dei contratti nazionali di categoria fondata sull'art. 36 della Costituzione; il ricorso alle clausole di rinvio contenute nei contratti individuale e/o al comportamento concludente delle parti; l'onere legislativamente imposto di applicare trattamenti non inferiori a quelli stabiliti dai contratti collettivi per l'accesso a particolari agevolazioni o benefici di natura normativa, fiscale o previdenziale; infine, al culmine di una stagione sindacale probabilmente ormai superata, la qualità "maggiormente rappresentativa" del soggetto sindacale stipulante (Ferraro).

A livello aziendale (Sciarra, Lassandari), poi, il problema dell'efficacia soggettiva era pressoché insussistente, a tale risultato pervenendosi sulla scorta delle tesi che da una parte affermavano la sufficienza, ai fini di applicabilità del contratto, del vincolo da parte datoriale; postulando dall'altra la indivisibilità dell'interesse collettivo sotteso alla stipulazione del contratto decentrato (Vardaro).

In presenza di una contrattazione aziendale tendenzialmente se non sempre "acquisitiva", non sussisteva in ogni caso alcun interesse dei lavoratori non iscritti a sottrarsi alla applicazione di una disciplina negoziale dalla quale avrebbe ricavato vantaggi. Il problema giuridico del contratto aziendale era semmai un problema di concorso-conflitto con altri livelli di contrattazione (Del Punta) sul quale non è qui possibile soffermarsi, e che d'altra parte è stato, almeno parzialmente, risolto dal Protocollo del 1993.

Sulla osservazione di questa rassicurante realtà e sul susseguirsi dei descritti "aggiustamenti" - variamente innestati su un originale sfondo concettuale nel quale felicemente convivevano una ricostruzione privatistico-negoziale (Santoro Passarelli) e un inquadramento pubblicistico-ordinamentale (Giugni) dei fenomeni negoziali - il problema della efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune ha sostanzialmente riposato per un abbondante trentennio post-costituzionale.

Fino a quando, cioè, il consapevole astensionismo regolativo e il tradizionale volontarismo delle relazioni industriali italiane non si sono trovate a dover fare i conti con una doppia evoluzione che ne ha messo in crisi la sostanziale tenuta: da un lato la diversificazione degli interessi rappresentati - conseguente alla frammentazione dell'universo del lavoro subordinato standard a tempo pieno e indeterminato - ha messo in crisi le logiche della rappresentanza sindacale consolidatesi nell'epoca della fabbrica tayloristica e della contrattazione collettiva "acquisitiva". Dall'altro, la contrattazione collettiva è stata chiamata dal legislatore a farsi carico della gestione delle situazioni di crisi e/o di ristrutturazione che hanno interessato il mondo della produzione, affiancando

alla funzione acquisitiva una funzione sempre più spesso "ablativa", ovverosia rivolta a distribuire tra i lavoratori anche sacrifici di carattere economico e normativo nel nome della stabilità occupazionale.

### 2.1 Il problema dell'efficacia soggettiva oggi: la contrattazione delegata e le riforme della rappresentanza

Nel corso degli anni ottanta, dunque, autonomi sviluppi interni al sistema negoziale - i contratti aziendali che introducevano deroghe peggiorative al contratto nazionale, determinando l'emersione di fenomeni di dissenso sino ad allora sconosciuti o marginali - e il consolidamento della scelta del legislatore di delegare alla contrattazione soprattutto decentrata la possibilità di introdurre deroghe peggiorative alla legge, spostano dunque a livello aziendale il problema della efficacia soggettiva del contratto collettivo. Non a caso, proprio in questa fase si assiste nelle aule di giustizia ad un vertiginoso incremento del contenzioso in materia di efficacia soggettiva dei contratti collettivi dispensatori di sacrifici tra i lavoratori, che porterà ad un "neo-garantismo giudiziale" (Caruso) sotto forma di tutela dell'autonomia individuale del lavoratore non iscritto o comunque dissenziente (Cass. 1403/1990 con nota di Romei), e che sfocerà negli anni novanta con le riforme della rappresentanza collettiva nei luoghi di lavoro.

È in questa fase che prende avvio quella peculiare evoluzione dell'ordinamento giussindacale italiano che a tutt'oggi caratterizza il nostro sistema differenziandolo da altri ordinamenti europei: ovvero la traslazione del problema degli effetti del contratto - e della ricerca delle relative soluzioni - dalla *azione* al *soggetto* sindacale. Il problema della efficacia soggettiva del contratto collettivo (aziendale) viene cioè riscritto nel problema del "chi rappresenta chi" (D'Antona); in un problema, dunque, di democrazia sindacale la cui soluzione è stata dapprima ricercata sul piano delle elaborazioni dottrinarie, per essere poi prospettata, falliti i diversi tentativi di riforma legislativa, sul piano dell'ordinamento intersindacale per mezzo del Protocollo sulle RSU del 1993.

Non sono mancate in verità ipotesi ricostruttive diverse che - con riferimento alla contrattazione ablativa delegata tipica del modello italiano - non hanno ricercato la soluzione del problema nelle caratteristiche del soggetto sindacale, preferendo piuttosto valorizzare il fondamento legislativo dell'azione negoziale collettiva e argomentando dunque l'efficacia soggettiva generalizzata dei contratti oggetto del rinvio legislativo con "l'efficacia generale propria della legge devolvente" (Ballestrero), in sostanziale condivisione di quella dottrina costituzionalistica che nei contratti collettivi di lavoro individua un esempio di fonte *extra ordinem* (Pizzorusso).

Al di là delle critiche fondate sull'effetto ostatitvo tuttora esercitato dai commi 2-4 dell'art. 39 Cost. (Vallebona), tali tesi sono in verità rimaste minoritarie, essendo state superate da una serie di svolgimenti successivi che - come prima si diceva - hanno rimesso al centro dell'attenzione non tanto le caratteristiche della fonte rinviante (e dunque) di quella rinviata; quanto le prerogative o le qualità dei soggetti stipulanti il contratto collettivo; da entrambi i versanti: da quello datoriale e da quello sindacale.

(A) Sul versante delle prerogative datoriali, già all'inizio degli anni novanta alcune note prospettazioni dottrinarie avevano enucleato dal modello di "delegificazione per rinvio ai contratti collettivi" un peculiare *effetto costitutivo* del contratto collettivo delegato, consistente nell'attribuire al datore di lavoro la legittimazione necessaria a stipulare contratti di lavoro "atipici" che altrimenti, in assenza della "autorizzazione" collettiva, il datore di lavoro non avrebbe potuto stipulare

(D'Antona). Riprendendo, *mutatis mutandis*, una siffatta intuizione, la giurisprudenza costituzionale degli anni successivi ha fatto leva proprio sulla valutazione delle prerogative datoriali per motivare l'asserita efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi c.d. gestionali cui la legge rinvia il compito di individuare le modalità dei processi di ristrutturazione (Liso). In particolare, con la sentenza n. 268 del 1994 la Consulta ha affermato l'efficacia generalizzata dei contratti che pongono criteri di scelta in caso di licenziamenti collettivi, escludendo il contrasto con l'art. 39 Cost. nella misura in cui si tratterebbe "di un tipo diverso di contratto, *la cui efficacia si esplica esclusivamente nei confronti degli imprenditori* stipulanti". Un modo diverso, tutto sommato, di ribadire l'effetto costitutivo di cui la dottrina prima menzionata aveva parlato qualche tempo prima: in entrambi i casi, infatti, l'efficacia *erga omnes* non costituisce l'effetto di un particolare regime giuridico di cui il contratto collettivo dispone in quanto fonte di regolazione delegata dalla legge; quanto piuttosto il risultato di un esercizio collettivamente condizionato delle prerogative datoriali. È solo "indirettamente", attraverso l'esercizio di prerogative datoriali - accresciute dall'effetto costitutivo del contratto collettivo nel primo caso; vincolate ai criteri di scelta del contratto collettivo nel secondo - che l'effetto della disciplina collettiva viene veicolato sui rapporti individuali; escludendosi così - almeno secondo alcuni - i problemi di legittimità costituzionale che inevitabilmente si sarebbero posti ove si fosse invece configurato un effetto "diretto" dei contratti collettivi sui rapporti individuali.

(B) È tuttavia sul diverso versante attinente alle qualità del soggetto sindacale stipulante che il dibattito dottrinale degli anni ottanta sembra essersi saldato con le riforme degli anni novanta, determinando una situazione che - pur tra molte incertezze - può forse essere indicata oggi, come sufficientemente e tutto sommato efficacemente assestata.

Già nel corso degli anni ottanta era emersa in dottrina una corposa corrente di pensiero, non priva di ricadute giurisprudenziali, che nelle particolari qualità del soggetto sindacale destinatario del rinvio legislativo individuava la ragione della efficacia generalizzata dei contratti da questi stipulati: i sindacati maggiormente rappresentativi risultavano, in questa prospettiva, titolari di poteri di rappresentanza "quasi-legale" che non potevano non incidere sullo statuto giuridico dei rispettivi prodotti negoziali, estendendone soggettivamente gli effetti.

Come noto, i successivi sviluppi non hanno consentito di preservare il sindacato maggiormente rappresentativo come pacifico ed indiscusso titolare della funzione para-legislativa che in una determinata contingenza storica l'ordinamento aveva ad esso affidato (Ferraro); o che quantomeno esso era stato in grado di acquisire sul piano della effettività (Scarpelli), in ciò confermandosi i rilievi critici a suo tempo mossi nei confronti di tale dottrina (Caruso).

Al di là del declino del sindacato maggiormente rappresentativo, storicamente inteso come sindacato confederale protagonista di fatto dell'ordinamento sindacale italiano di quegli anni, è tuttavia rimasta - e si affermata nelle riforme degli anni novanta - l'idea di fondo che tende a ricondurre il problema dell'efficacia soggettiva del contratto alla particolare qualità del soggetto che lo stipula. Una qualità, però, che a partire dagli anni novanta non si identifica più in una maggiore rappresentatività ormai solo presunta, ma che richiede piuttosto di essere misurata e pesata attraverso meccanismi di verifica del consenso; richiede cioè "quelle norme di secondo grado sulla formazione della volontà collettiva che presto a tardi accompagnano, piaccia o no, la devoluzione di poteri regolativi dallo Stato all'autonomia collettiva", che Massimo D'Antona lucidamente invocava già nel 1987.

In fondo, è proprio questa "inerzia" o "eredità" del sistema italiano, questa tendenza a "risolvere il problema dell'efficacia in quello della rappresentanza" (Caruso), ad aver probabilmente determinato il fallimento di tutte le proposte dei riforma che - a partire dai progetti di legge promossi dai giuslavoristi-parlamentari degli anni ottanta (Giugni, Ghezzi) - prospettavano meccanismi di validazione referendaria ex post della *azione* sindacale, piuttosto che metodi di verifica elettorale ex ante sui *soggetti*, ovvero sugli agenti della contrattazione.

Di questo in fondo si occupava il Protocollo del 1993 sulle rappresentanze sindacali unitarie: della predisposizione, cioè, di un soggetto della contrattazione aziendale la cui legittimazione elettiva avrebbe dovuto favorevolmente ripercuotersi, contribuendo a risolverlo, sul problema della efficacia del contratto collettivo. Obiettivo peraltro non pienamente centrato, se è vero che l'efficacia generale del contratto collettivo stipulato dalla RSU non costituisce ad oggi un assunto del tutto pacifico; né in dottrina (per opinioni contrastanti, Ghera e Monaco), né in giurisprudenza, dove le posizioni di garantismo del dissenso individuale inaugurate negli anni novanta dalla ricordata giurisprudenza di legittimità continuano ad opporsi al riconoscimento, che affiora in sede di merito, dell'efficacia generalizzata del contratto stipulato dagli organismi di rappresentanza unitaria.

Questo, ad oggi, lo stato dell'arte di uno dei problemi "classici" del contratto collettivo di diritto comune: nessun cedimento al riconoscimento di una funzionalizzazione del contratto collettivo a fini regolativi nel nome di una tegragona salvaguardia del contratto collettivo come pura espressione autonomia negoziale privata; ma anche, forse proprio per questa ragione, nessuna certezza sugli effetti del contratto collettivo con una conseguente invocazione - per la verità non unanime - di "nuove regole" dell'azione sindacale; oggi come venti anni fa.

## 3. Gli effetti sui rapporti di lavoro: l'inderogabilità

Decisamente più indulgente verso la rappresentazione del contratto collettivo come fonte di diritto c.d. obiettivo appare il dibattito sviluppatosi intorno all'altro grande problema del contratto collettivo di diritto comune: ovvero la sua inderogabilità (*in peius*) ad opera dell'autonomia individuale. Non tanto perché l'inderogabilità presupponga *logicamente* la natura pubblicistica del contratto collettivo; quanto piuttosto perché *storicamente* è stato così. È infatti la concezione weimariana del potere normativo collettivo "come dispositivo dell'autonomia dei singoli e demolitorio del contratto individuale derogatorio" (Nogler), ad aver direttamente ispirato quell'art. 2077 del codice civile che, continuando ad essere applicato da una giurisprudenza che benevolmente si definisce "pragmatica", contribuisce ad attribuire all'intero tema della inderogabilità quella "coloritura fortemente pubblicistica" opportunamente evidenziata da una recente trattazione manualistica (Del Punta).

Tutto ciò, peraltro, non ha impedito che - così come l'efficacia soggettiva - anche l'inderogabilità del contratto collettivo sia stata attratta nell'ambito di una ricostruzione privatistica pienamente in linea con quella de-pubblicizzazione del contratto collettivo che ha costituito l'incessante filo conduttore dalla prevalente dottrina post-costituzionale.

Cardine indiscusso di tale impostazione è stata per lungo tempo la celeberrima teoria del mandato irrevocabile formulata negli anni cinquanta da F. Santoro Passarelli, la quale - pur non immune da critiche - ha sostanzialmente dominato il dibattito italiano, sul piano "culturale" prima ancora che su quello scientifico, prevalendo sulle diverse teorie che avevano tentato di motivare

la prevalenza della fonte collettiva postulando la sussistenza di un potere originario derivante al sindacato direttamente dalle previsioni costituzionali (Scognamiglio). Significative, in quanto rappresentative della radicale differenza di piani sui quali si collocavano le due prospettive le parole dell'Autore da ultimo citato: "Qui non è questione di derogabilità o meno […] bensì di ammettere senz'altro che i contratti individuali tra lavoratori e datori di lavoro risultano *irrilevanti* riguardo ad una sfera di interessi che cade al di fuori delle singole sfere di interesse di tali soggetti". Una rigida separazione degli ambiti di competenza della autonomia collettiva e di quella individuale, questa, che verrà successivamente ripresa da altra dottrina attraverso la teorizzazione di una sfera di competenza esclusiva dei contratti collettivi aziendali, rispetto alla quale un problema di inderogabilità da parte del contratto individuale neanche giunge a porsi (Vardaro).

L'intenso dibattito dottrinale sulla inderogabilità del contratto collettivo - mantenutosi acceso anche in una fase, gli anni sessanta, nella quale andava invece affievolendosi quello relativo alla efficacia soggettiva - ha peraltro trovato una composizione nel 1973, allorquando con il novellato art. 2113 del codice civile è stata sancita l'invalidità delle rinunzie e delle transazioni aventi ad oggetto diritti "derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi". Da quel momento, la pattuizione individuale peggiorativa non può più essere considerata una revoca illegittima di un mandato collettivo irrevocabile (Santoro Passarelli); né una indebita invasione individuale di un terreno costituzionalmente riservato alla autonomia collettiva (Scognamiglio). La deroga individuale peggiorativa è invece qualificabile, pacificamente, come un atto di rinuncia (invalido) ad un diritto inderogabile.

Il che peraltro, come è stato lucidamente rilevato (Rusciano, Vardaro), non equivale certo a riprodurre l'efficacia reale disposta dall'ancora vigente - ancorché non utilizzabile, malgrado la giurisprudenza - art. 2077. Riprendendo quasi testualmente disposizioni di origine corporativa che presupponevano uno statuto pubblicistico del contratto collettivo, tale norma afferma infatti che "le clausole difformi dei contratti individuali sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo". Laddove l'art. 2113 attribuisce invece al contratto collettivo "l'inderogabilità non tanto come una caratteristica ad esso intrinseca, quanto piuttosto come un dato che, assumendo rilevanza solo su impulso della reazione individuale del lavoratore al mancato rispetto del contratto collettivo si profila meramente eventuale" (Rusciano).

Anche la questione dell'inderogabilità, dunque - sebbene meno "anomica" e apparentemente meno problematica di quella relativa all'efficacia soggettiva - sconta nel nostro ordinamento il prezzo della pervicace - ed in parte, seppur sempre meno, politicamente comprensibile (Tarello) - avversione nei confronti di ogni prospettiva che, in via di interpretazione o di normazione, consenta al contratto collettivo di adempiere efficacemente alle funzioni regolative che pure l'ordinamento gli affida; nella fattispecie, di esplicare pienamente l'essenziale funzione economico-sociale di fattore limitativo della concorrenza al ribasso (Giugni) attraverso la garanzia certa, e non solo eventuale, della propria inderogabilità.

## 4. Interpretazione e applicazione del contratto collettivo nella più recente legislazione processuale

Al di la dei due ambiti classici di discussione, costituiti da efficacia soggettiva e inderogabilità, l'inevitabile processo di progressiva pubblicizzazione del contratto collettivo, del suo progressivo trasformarsi in fonte di diritto oggettivo, è testimoniato da alcune recenti innovazioni legislative di carattere processuale le quali, pur senza prendere esplicitamente posizione circa la natura di

fonte del contratto collettivo, ne presuppongono chiaramente la crescente omogeneizzazione funzionale rispetto alla legge.

I nuovi artt. 360 e 420bis c.p.c - che si conformano a disposizioni già vigenti nel settore pubblico (art. 64 d.lgs. 165/2001) - prevedono, rispettivamente, la possibilità di un ricorso per cassazione anche per violazione e falsa applicazione di contratti collettivi, e l'attivazione di un meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione per la soluzione di questioni concernenti l'efficacia, la validità o l'interpretazione di contratti collettivi (Foglia). Esse sembrano costituire un "unicum regolativo" (Corte appello Roma 4.4.2006, Marazza) composto da una regola generale - quella che prevede l'ammissibilità del ricorso per cassazione alle stesse condizioni previste per la legge - e da una regola particolare - quella che prevede l'impugnabilità per cassazione della sentenza di merito che definisce la questione pregiudiziale - volta a garantire, almeno nelle intenzioni, speditezza dell'iter processuale, deflazione del processo e concentrazione delle cause seriali da un lato, il rafforzamento della funzione di nomofilachia della Corte di Cassazione dall'altro.

Per quel che in questa sede più rileva, da tali disposizioni pare possibile ricavare che, almeno in sede processuale, legge e contratto collettivo sono ormai considerate fonti di diritto oggettivo pressoché interamente equiparate: nel primo caso (art. 360 c.p.c.) l'identificazione è sancita *per tabulas*; nel secondo (art. 420bis c.p.c.) si ricava in via deduttiva, visto che una funzione nomofilattica della Cassazione non può che giustificarsi con riferimento ad atti qualificabili come fonti del diritto. Non a caso, nel precedente costituito dalla omologa regola vigente nel settore pubblico, il rinvio pregiudiziale opera sui contratti collettivi pubblici, equiparabili a fonti di diritto oggettivo anche in relazione al particolare regime di efficacia che li assiste.

## 5. Verso il superamento del "diritto comune"?

Le disposizioni da ultimo evocate sembrano rendere, se possibile, ancor più problematici i dilemmi che investono la natura del contratto collettivo italiano, fino addirittura a decretarne la definitiva irresolubilità: esse sancirebbero infatti, sul piano del diritto positivo, l'insanabile contraddizione di un atto espressione di autonomia privata, cui verrebbero tuttavia riconosciuti, in buona sostanza, effetti propri delle fonti del diritto obiettivo (Marazza).

Attraverso soluzioni tecniche diverse e percorsi più articolati di quelli predisposti del legislatore corporativo, si tornerebbe insomma alla teorizzazione carneluttiana dell'anima della legge in un corpo contrattuale. Ma le cose stanno realmente così?

L'analogia è più apparente che reale, sicuramente diverso essendo il contesto in cui si colloca, oggi, il pur evidente processo di progressiva pubblicizzazione del contratto collettivo: nel caso dell'ordinamento corporativo era la legge che, nella misura in cui riconosceva l'efficacia di fonte oggettiva del contratto, ne agglutinava la natura riconducendola a se; il *pendant* di tale riconoscimento essendo la perdita di autonomia dell'organizzazione sindacale e la sua inclusione nell'apparato statuale. La risposta costituzionale - contenuta nella seconda parte dell'art. 39 - costituiva il tentativo, non riuscito, di non rompere la continuità giuridica con l'ordinamento corporativo quanto alla natura di fonte del contratto collettivo, conciliandola tuttavia con la ritrovata autonomia e libertà del soggetto sindacale e la sua riconduzione alle forme del diritto privato.

Oggi può dirsi che la contrattazione collettiva risponde di fatto ad esigenze di regolazione non dissimili da quelle sottese ai due modelli di disciplina del contratto collettivo ora indicati; solo che, nella fase attuale, la utilizzazione del contratto come fonte di diritto obiettivo avviene in forme

articolate, differenziate e sinuose, attraverso aggiustamenti progressivi ed una pluralità e una varietà di accorgimenti che possono far parlare del contratto collettivo come di una fonte oggettiva "a geometria variabile". Il che può voler dire in forme più elastiche ed adattabili del modello costituzionale, se la si vuole vedere in termini positivi; ovvero in forme incerte e confuse se si privilegia un atteggiamento più dubitativo circa l'idoneità dello strumento in esame ad adempiere efficacemente alle funzioni regolative che da quasi un secolo esso continua ad adempiere.

È proprio questa alternativa visione delle capacità "adattive" del contratto collettivo che si ritrova, in fondo, all'origine del dissidio che - oggi come venti anni fa - continua a dividere oppositori e sostenitori e di una "legge sindacale" nel nostro paese.

I primi tendono ad individuare proprio nella storica "debolezza" dello statuto giuridico del contratto collettivo italiano le ragioni della sua forza. Paradossalmente, quasi per eterogenesi dei fini, un contratto collettivo non costretto o irregimentato entro una rigida disciplina di legge ma che costruisce quasi per serendipity la propria normatività, può essere considerato maggiormente in sintonia rispetto all'evolvere del sistema delle fonti nella dimensione sovranazionale, soffrendo meno difficoltà di adattamento di quanto avvenga in altri ordinamenti in cui si è invece scelto di dotare il contratto collettivo di uno statuto giuridico forte (Caruso, Supiot, Santagata). Sulla base di motivazioni del tutto diverse, poi, contro l'adozione di vagheggiate "nuove regole" dell'azione sindacale militano peraltro anche opzioni metodologiche alquanto diffuse, che nella natura essenzialmente negoziale del contratto collettivo rinvengono le ragioni della sufficienza a fini di disciplina delle regole poste dal diritto comune dei contratti. La rappresentazione integralmente privatistica dell'azione sindacale - vero e proprio feticcio culturale della dottrina giuslavoristica italiana - non sembra infatti attualmente in seria discussione, avendo anzi trovato occasione di essere ribadita, anche in tempi recenti, e pur in contraddizione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale descritta, a ridosso di questioni rispetto alle quali essa assume un ruolo per così dire presupposto o condizionante, come ad esempio in tema di interpretazione (Persiani, Bollani, Gragnoli), ultrattività (Tursi), o forma del contratto collettivo.

Sul versante opposto, i non pochi fautori di una legge sindacale in grado di consolidare lo statuto giuridico del contratto collettivo ritengono ormai insostenibile, immotivata, e comunque contraria ad una serie di circostanze ormai nutrita, la riconduzione dei fenomeni contrattuali ad un piano di analisi interamente occupato dalle logiche e dagli strumenti dell'autonomia negoziale privata. In questa prospettiva, l'intensificarsi della contrattazione delegata dalla legge ad integrare o derogare la disciplina di diversi istituti del mercato e del rapporto di lavoro; le evoluzioni della giurisprudenza costituzionale che in un numero ormai cospicuo di casi giungono a postulare l'efficacia erga omnes di contratti collettivi "diversi" da quelli oggetto della disciplina costituzionale; le ormai consolidate certezze - sul piano della selezione degli attori e dei meccanismi di efficacia - dei contratti collettivi nel settore pubblico; la sottoposizione dei contratti collettivi, pubblici e privati, alla funzione di nomofilachia da parte della Corte di Cassazione; tutto ciò dimostra, o quanto meno induce a pensare, che l'anima della legge innestata sul corpo del contratto continuerà a produrre incertezze applicative e "dibattiti a tratti ripetitivi" (Mariucci) fino a quando una serie di regole - anche di diritto privato, ma non di diritto comune - non interverrà finalmente a ricondurre l'ibrido carneluttiano più alla sua "anima" che al suo "corpo". Con l'illusione, forse, che le incertezze, le contraddizioni e la ricchezza di espressioni di questa forma, ormai centenaria, di regolazione sociale dal basso possano essere ridotte e controllate con un colpo di reni di un regolatore nazionale finalmente razionale ed illuminato: un po' come le illusioni di sicurezza che coltivava il

biedermeier alla vigilia della crisi dell'impero asburgico.

## 6. Bibliografia essenziale

M.V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *RIDL,* 1989, 357;

M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale,* Torino, 2004;

A. BOLLANI, *Contratto collettivo e interpretazione,* Padova, 2004;

B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e contrattazione collettiva sulla flessibilità,* in M. D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro,* Napoli, 1990;

B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso,* Milano, 1992;

B. CARUSO, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa,* in *DLRI,* 2006, 581;

M. D'ANTONA, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *RIDL,* 1987, 226;

M. D'ANTONA, *Chi rappresenta chi. I debiti della X legislatura,* in *LD,* 1992, 531;

M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici,* in *DLRI*, 1990, 529;

M. D'ANTONA, *Il comma 4 dell'art. 39 della Costituzione, oggi,* in *DLRI,* 665;

R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *RIDL*, 1985, 16;

R. DEL PUNTA, *Il contratto collettivo aziendale,* in M. D'ANTONA (a cura di), *Letture di diritto sindacale, Le basi teoriche del diritto sindacale,* Napoli, 1990;

G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela,* Padova, 1981;

G. FERRARO, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione sulla flessibilità*, in *DLRI*, 1986, 667;

R. FOGLIA, *Impugnabilità delle sentenze per violazione dei contratti collettivi e accertamento pregiudiziale,* in *DLRI,* 2006, 543;

E. GHERA, *La riforma della rappresentanza sindacale nel Protocollo di luglio e nell'accordo interconfederale del 20 dicembre 1993*, in E. GHERA - P. BOZZAO (a cura di), *La rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro (1970-1993)*, Roma, 1994;

G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva,* Milano, 1960;

G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro,* Relazione al Convegno nazionale di Diritto del lavoro, giugno 1967, ora in ID., *Lavoro, leggi, contratti,* Bologna, 1989;

P. LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale,* Padova, 1990;

A. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato,* Milano, 2001;

S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano,* Milano, 1986;

F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 1998, 191;

M. MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, Padova, 2005;

M. MARAZZA, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi nazionali*, in *ADL*, 2006, 1093;

L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva,* Bologna, 1985;

L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo,* Torino, 2003;

L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano,* ora in ID., *Diritto e valori,* Bologna, 1985;

M.P. MONACO, *Modelli di rappresentanza e contratto collettivo*, Milano, 2003;

C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL,* 1954, 149;

M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme,* in *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme,* Giuffrè, 2005;

L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo,* Padova, 1997;

M. PEDRAZZOLI, *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, in *LD*, 1990, 355;

G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano,* Milano, 1960;

M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità,* in *ADL*, 1995, 1;

M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro,* in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza,* 2004, 29;

A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva; mercato del lavoro e trasferimento d'azienda,* in *DLRI*, 1992, 515;

R. PESSI, *Contratto collettivo e fonti del diritto del lavoro,* in *ADL,* 1998, 757;

PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto del lavoro, in RIDL,* 1990, 15;

G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso,* Milano, 1994;

U. ROMAGNOLI, *Il contratto collettivo,* in *DLRI,* 2000, 225;

M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale,* II ed. Torino, 2003;

R. SANTAGATA, *La contrattazione collettiva in Germania: tecniche di decentramento e vincoli costituzionali,* in *DLRI*, 2005, 646;

F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva,* in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1959;

S. SCIARRA, *Contratto collettivo e contrattazione in azienda,* Milano, 1985;

R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro,* in *RDC*, 1971, 140;

A. SUPIOT, *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni del diritto,*

in *DLRI*, 1995, 155;

G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, 1972;

A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Torino, 1996;

A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione. L'efficacia soggettiva del contratto collettivo,* in *DLRI,* 1997, 381;

G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporti individuali di lavoro,* Milano, 1985;

G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli tra contratti collettivi,* in *LD,* 1987, 229;

L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti,* in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro,* Milano, 2002;

L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo come "fonte". Teoria ed applicazioni,* in L. ZOPPOLI - R. SANTUCCI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro,* II ed., Torino, 2004.

# Potenzialità e limiti del processo di regionalizzazione del diritto del lavoro in Italia*

Giancarlo Ricci

1. Il modello italiano di *multilevel governance*: il dualismo Stato – Regioni. 211

2. Dal centralismo al regionalismo: la riforma costituzionale del 2001. 212

3. Il decentramento (parzialmente) compiuto: le discipline del mercato del lavoro e delle politiche per l'impiego. 215

4. Il decentramento fallito: la regolamentazione del rapporto individuale di lavoro. 218

5. Il decentramento improbabile: le normative previdenziali (con alcune notazioni sulle misure aventi finalità sociale ed assistenziale). 222

6. Riflessioni conclusive. 225

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 98/2010

## 1. Il modello italiano di *multilevel governance*: il dualismo Stato – Regioni.

Il concetto di *multilevel governance* – indicante specifiche modalità di esercizio dei pubblici poteri, caratterizzate dalla compresenza di una pluralità di attori istituzionali, che cooperano nei processi di decisione e attuazione delle politiche pubbliche – sta assumendo un crescente rilievo sul versante dell'analisi giuridica[673].

Ciò è dovuto, in primo luogo, al fatto che il modello di *multilevel governance* si attaglia agevolmente all'architettura dei sistemi giuridici trans-nazionali, ben descrivendo, *in senso verticale*, il piano dei rapporti fra organismi sovranazionali, entità statuali ed, eventualmente, sub-statuali, e, *in senso orizzontale*, la dinamica delle relazioni fra soggetti privati (specie di natura collettiva) e soggetti pubblici[674].

Non è certamente casuale che la *multilevel governance* venga di frequente evocata in riferimento a quella che, almeno per quel che ci riguarda, è la più importante fra le entità politiche e giuridiche sovranazionali: l'Unione europea. Il complesso reticolo dei rapporti fra l'ente sovranazionale e gli Stati membri, arricchito dalla presenza di una vasta gamma di altri soggetti, protagonisti, a diverso titolo, nell'arena comunitaria, è stato infatti considerato altamente esemplificativo delle dinamiche della *multilevel governance*[675].

Sotto questo profilo, lo schema della *multilevel governance* è apparso metodologicamente fecondo per spiegare nuove forme di interazione fra i decisori normativi operanti a livello sovranazionale. È soprattutto il caso del Metodo Aperto di Coordinamento (OMC): tecnica di regolamentazione flessibile, in virtù della quale gli attori sovranazionali riescono a influire sulle *policies* nazionali senza ricorrere alla fonte *hard* (eccessivamente invasiva, in quanto direttamente conformativa dei sistemi regolativi decentrati), bensì attraverso moduli di coordinamento, incentrati su fonti e procedure *soft*, "finalizzate ad incidere direttamente sui contenuti delle politiche e sui risultati attesi"[676], ancorché sotto l'occhiuto controllo delle istituzioni comunitarie, alle quali è appunto affidata la fase d'impulso, ma anche il monitoraggio in corso d'opera sugli esiti della procedura[677].

---

673 Cfr. BILANCIA, DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2004.

674 Come ha spiegato ANDRONICO, *Governance*, in Montanari (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 239, discutere di *governance* aiuta a comprendere quanto sia complesso il fenomeno del *governare* in un'epoca in cui il concetto di *governo* è oramai "irriducibile rispetto all'idea consegnataci dalla tradizione moderna, se non altro perché iscritto all'interno di un ordine del discorso profondamente mutato. Un ordine del discorso, per dirlo in una battuta, che non trova più nello Stato la sua chiave di volta".

675 V. HOOGHE, MARKS, *Multi-Level Governance and European Integration*, Rowman & Littlefield, Oxford, 2001; BERNARD, *Multilevel Governance in the European Union*, Kluwer, The Hague, 2002; TELÒ, *Il metodo aperto di coordinamento. Dal Consiglio Europeo di Lisbona al testo costituzionale,* in *Quaderni di rassegna sindacale*, n. 4, 2004, pp. 77-78.

676 CARUSO, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (Le competenze territoriali nella* governance multilivello*)*, in *Argomenti di diritto del lavoro,* 2004, p. 807.

677 Cfr. BARBERA, *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, Milano, 2006; BARBERA, CARUSO, *In Search of a New Language: Italian Labour Law Scholarship in the Face of European Integration*, Jean Monnet Working Paper no. 11/2007, <www.JeanMonnetProgramme.org>, pp. 22 ss. *È* quasi superfluo rammentare la rilevanza dell'OMC in materia di diritto sociale: a tale metodo è legata, infatti, l'attuazione, ormai pluri-decennale, del vecchio Titolo VIII del Trattato CE sulla "occupazione", ora divenuto Titolo IX del TFUE, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (oltre alla dottrina richiamata poc'anzi, v. anche ARMSTRONG, KILPATRICK, *Law, Governance, or New Governance? The Changing of Open Method of Coordination*, in *Columbia Journal of European Law,* 2007, vol. 13, n. 3, p. 649; BENZ, *Accountable Multilevel Governance by the Open Method of Coordination?*, in *European*

Meccanismi di *multilevel governance* operano tuttavia anche a livello nazionale, caratterizzando il funzionamento istituzionale di molte democrazie[678]. Da questo punto d'osservazione, la *multi-level governance* consente specificamente d'inquadrare la dinamica *endogena* dei raccordi istituzionali fra lo Stato e le sue articolazioni territoriali, con particolare riferimento alla complessa distribuzione delle competenze (legislative e amministrative) fra i diversi centri (statuali e sub-statuali) di produzione normativa[679]. La recente riforma del Titolo V (art. 114 ss.) della Costituzione - comunemente conosciuta come riforma "federalista", ma che più opportunamente può definirsi di "decentramento regionalista" – ha concorso in maniera decisiva a situare "a pieno titolo" l'ordinamento italiano fra i sistemi multilivello[680].

In questo contributo, descritti brevemente gli assetti del modello istituzionale, si proverà ad analizzare il sistema di riparto delle competenze legislative, con riferimento alle materie e agli istituti del diritto del lavoro *lato sensu* inteso (rapporto individuale di lavoro, discipline del mercato del lavoro, tutele previdenziali), verificandone, di volta in volta, il grado di "decentramento", e provando, in ultimo, a sviluppare qualche valutazione sugli esiti complessivi del controverso processo di "regionalizzazione" del diritto del lavoro.

## 2. Dal centralismo al regionalismo: la riforma costituzionale del 2001.

Nel testo originario della Costituzione, il sistema di riparto dei poteri rispondeva ad una logica tipicamente centralistica. Solo le Regioni a statuto speciale sono state dotate di un modello moderatamente "autonomistico", mercé l'attribuzione di competenze legislative esclusive e/o con-

---

*Law Journal*, 2007, vol. 13, n. 4, p. 505; SACCHI, *Governance e coordinamento aperto delle politiche sociali* in Ferrera, Giuliani (a cura di), *Governance e politiche nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 271) e, più di recente, la messa a punto di analoghe strategie in tema di "inclusione sociale" (FERRERA, SACCHI, *Il metodo di coordinamento aperto e le capacità istituzionali nazionali: l'esperienza italiana*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2005, p. 65).

[678] L. BOBBIO, *Governance Multilivello e Democrazia*, in *Rivista delle politiche sociali*, 2005, n. 2, p. 54.

[679] Si preferisce ricorrere alla definizione di *multilevel governance* piuttosto che a quella, maggiormente convenzionale, di *multilevel government* (impiegata peraltro da alcuni autori: v. BIN, *La prassi della cooperazione nel sistema italiano di* multilevel government, in *Le istituzioni del federalismo*, 2007, p. 689; LEOTTA, *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 99, quest'ultima nel proposito di distinguere il *multilevel governing* comunitario da quello proprio delle odierne realtà statuali. Sul rapporto fra i due termini v. inoltre ANDRONICO, *op. cit.*, 252). La nozione di *multilevel governance*, ancorché di recente conio e di uso non univoco, si presta a meglio descrivere modalità di cooperazione fra soggetti istituzionali non necessariamente coincidenti con i tipici "livelli di governo" statuale e infrastatuale: si pensi, nel caso italiano, al ruolo dispiegato dalle Conferenze (Stato – Città e autonomie locali, Stato – Regioni e, per le questioni comuni a tutti gli enti territoriali e allo Stato, la c.d. Conferenza Unificata) nel contesto delle prassi di cooperazione fra livello centrale e decentrato, perciò sovente evocate dalla Corte costituzionale come strumento, *ex* artt. 5 e 120 Cost., di attuazione del principio di "leale collaborazione" fra Stato e Regioni (fra le più recenti v. Corte cost. 7 marzo 2008, n. 50 e 29 maggio 2009, n. 168). Sul principio di "leale collaborazione" prima e dopo la riforma costituzionale del 2001 cfr. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Giuffrè, Milano, 2008; v. anche GALLIANI, *Riflessioni sul principio e gli strumenti della collaborazione (costituzionale) fra Stato e Regioni*, in *Quaderni regionali*, 2005, p. 89 ss.; sulla portata e il funzionamento del "sistema delle Conferenze", anche in chiave di attuazione del principio di leale collaborazione, cfr. BIFULCO, *Il modello italiano delle Conferenze Stato-autonomie territoriali (anche) alla luce delle esperienze federali*, in *Le Regioni*, 2006, p. 233 ss.; MANGIAMELI, *Riflessioni sul principio cooperativo, prima della riforma delle Conferenze*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2007, n. 1, p. 103 ss.; CARMINATI, *Dal raccordo politico al vincolo giuridico: l'attività della Conferenza Stato-Regioni secondo il giudice costituzionale*, in *Le Regioni*, 2009, p. 257 ss. ; infine, sulle prospettive di riforma, v. BUSIA, *Verso la riforma delle Conferenze*, in *Il Federalismo - Quaderni di Italianieuropei*, 2009, n. 1, p. 116 ss.

[680] PIZZETTI, *La tutela dei diritti nei livelli substatali*, in Bilancia, De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti,* Giuffrè, Milano, 2004, p. 207.

correnti in materia sociale. È il caso dello Statuto della Regione siciliana, il quale riconosce al Parlamento regionale la competenza esclusiva in materia di stato giuridico ed economico degli impiegati regionali, nonché e soprattutto la competenza concorrente in materia di legislazione sociale (rapporti di lavoro, previdenza e assistenza sociale) nell'osservanza dei minimi stabiliti dalla legge statale[681]. Competenze ampie sono previste anche da altri Statuti regionali, come quello della Regione Trentino Alto Adige[682].

Siffatte competenze sono state, peraltro, scarsamente utilizzate, anche perché sottoposte al potere di interdizione della Corte costituzionale, che facendosi scudo del principio di unitarietà dell'ordinamento statuale, ha di fatto imposto considerevoli restrizioni all'impiego delle competenze esclusive e concorrenti. Per questo, la Sicilia e il Trentino Alto Adige, per restare agli esempi prima menzionati, hanno conosciuto sì una certa fioritura di legislazione in materia di "mercato del lavoro", ma con scarsa incidenza sulla disciplina lavoristica in senso stretto[683].

Per quanto concerne, invece, le Regioni a statuto ordinario, il processo di decentramento delle potestà regolative è assai più recente. In particolare, la dimensione regionalistica si è considerevolmente rafforzata a seguito dell'approvazione della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha modificato il Titolo V della Costituzione.

Nell'assetto che è derivato, la disposizione costituzionale "chiave" è l'art. 114, comma 1, Cost., che delinea un modello di organizzazione di tipo non più verticistico (cioè imperniato sul ruolo dominante dello Stato), bensì *bottom up*, per cui "La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato". Ne consegue che Regioni e Stato sono poste sul medesimo piano e le prime sono qualificate "enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni, secondo i principi fissati dalla Costituzione" (art. 114, comma 2, Cost.)[684].

Inoltre, la potestà legislativa è conferita ad ambedue gli enti (Stato e Regioni), sempre su un piano di parità: l'esercizio della potestà dovrà peraltro svolgersi "nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali" (art. 117, comma 1, Cost).

Per quanto poi riguarda l'individuazione delle competenze legislative, il *nuovo* art. 117 Cost. prevede che a una enunciazione tassativa delle materie di competenza statale (primo blocco) faccia da corollario l'indicazione delle materie di competenza concorrente delle Regioni, fatto salvo il limite della "determinazione dei principi fondamentali, riservati alla legislazione dello Stato" (secondo blocco), con attribuzione, in via residuale, alle Regioni della potestà legislativa in ogni materia non espressamente riservata allo Stato (terzo blocco). Ad assicurare l'unitarietà dell'ordina-

---

681 Cfr. MARINELLI, *Federalismo e diritto del lavoro: il caso della Sicilia*, in *Lavoro delle pubbliche amministrazioni*, 2004, p. 393; D'ALESSIO, *Pubblico impiego,* in Corso, Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Vol II,* Giuffrè, Milano, 2006, p. 409.

682 Cfr. LOY, *Le competenze delle regioni a statuto speciale in materia di lavoro alla luce della modifica del Titolo V della Costituzione,* in Di Stasi (a cura di) *Diritto del Lavoro e Federalismo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 24.

683 MARINELLI, *op. cit.*, p. 395; LOY, *op. cit.*, p. 25.

684 Cfr. DEMURO, *Sub art. 114 Cost.*, in Bifulco, Celotto, Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 2165 ss.

mento provvede l'art. 120 Cost. che, in vista di talune finalità, fra le quali "la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", assicura al Governo un potere di sostituzione degli organi regionali e degli altri enti locali, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

È evidente che la riforma si sia proposta "una complessiva valorizzazione delle autonomie"[685] e che, a tal fine, abbia fatto ricorso ad una tecnica che modifica fortemente l'assetto precedente: da un lato, vi è la parificazione fra i soggetti costitutivi della Repubblica (lo Stato e le sue articolazioni territoriali); dall'altro, si coglie l'inversione del metodo di attribuzione delle potestà legislative, sicché a fronte delle competenze *statale esclusiva* e *statale - regionale concorrente*, si staglia il criterio di *residualità*, teoricamente orientato ad attribuire alle Regioni la competenza a legiferare nelle materie non espressamente sottratte alla loro competenza[686].

Tale disegno, formalmente sovversivo dell'ordine centralista precedentemente instaurato[687], alla prova dei fatti ha palesato limiti applicativi non indifferenti. La combinazione fra competenze nominate e innominate, ulteriormente complicata dall'utilizzo di varie tecniche di limitazione interna e/o trasversale delle potestà decisionali, ha reso quel disegno di tale "opacità"[688] da rimettere, di fatto, in capo alla Corte costituzionale il decisivo compito di elaborare modelli interpretativi in grado di rendere l'applicazione del Titolo V armonica con l'insieme dei principi fondamentali della Costituzione[689].

Il coinvolgimento della Corte costituzionale nel processo di "rilettura" del Titolo V della Costituzione è rilevante anzitutto dal punto di vista quantitativo: negli anni successivi alla riforma si registra, infatti, una consistente crescita del numero dei ricorsi per conflitto di competenze, sollevati ora dalle Regioni (avverso leggi statali), ora dal Governo (avverso leggi regionali presuntivamente lesive dei criteri di riparto)[690]. Sul piano qualitativo, cioè degli esiti della giurisprudenza costituzionale, le analisi svolte indicano un *trend* di ridimensionamento del decentramento: l'opinione diffusa è che la giurisprudenza costituzionale abbia privilegiato una sorta di *continuismo* rispetto al modello centralistico antecedente alla riforma[691], e che questa tendenza non possa considerarsi transitoria, bensì ormai probabilmente "a regime"[692].

Nelle pagine seguenti, si avrà modo di verificare in dettaglio quali siano i principali esiti (e quali le linee argomentative sottostanti) della giurisprudenza costituzionale relativa all'applicazione, in

---

685 RUGGERI, *Leggi statali e leggi regionali alla ricerca di una nuova identità*, in *Quaderni regionali*, 2007, p. 404.

686 TORCHIA, *Le potestà legislative delle Regioni*, in *Le Regioni,* 2002, p. 352 ss.; LEOTTA, *op. cit.*, p. 255.

687 Al punto che di soluzione "di ispirazione tipicamente federalista" giunge a parlare GIANFRANCESCO, *Riparto delle funzioni legislative e manutenzione costituzionale*, in *Il Federalismo – Quaderni di Italianieuropei*, 2009, n. 1, p. 129.

688 RUGGERI, *op. ult. cit.*, p. 405.

689 Cfr. ANTONINI, *Sub art. 117, 2°, 3° e 4° comma Cost.*, in Bifulco, Celotto, Olivetti (a cura di), *op. cit.*, pp. 2229 e 2231.

690 GIANFRANCESCO, *op. cit.*, p. 133; GROPPI, *Il Titolo V cinque anni dopo, ovvero la Costituzione di carta*, in *Le Regioni*, 2007, p. 423; BIN, *I criteri di individuazione delle materie*, in *Le Regioni*, 2006, p. 890. Per un'aggiornata analisi quantitativa del contenzioso Stato-Regioni dinanzi alla Corte Costituzionale, nel periodo 2001-2009, dalla quale risulta che il numero delle pronunzie della Corte è ormai prossimo al migliaio, v. l'utile articolo di CHERCHI, PARIS, *Il braccio di ferro fra Stato e Regioni riprende vigore*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 gennaio 2010, p. 9.

691 Cfr. GROPPI, *op. ult. cit.*, p. 421.

692 Cfr. RUGGERI, *op. ult. cit.*, p. 416.

materia di diritto del lavoro, dell'art. 117 Cost., soffermandoci in particolare su tre ambiti: il mercato del lavoro e la politica per l'impiego; il rapporto individuale di lavoro; le tutele previdenziali.

## 3. Il decentramento (parzialmente) compiuto: le discipline del mercato del lavoro e delle politiche per l'impiego.

Nel nostro paese, il primo nucleo di un diritto del lavoro regionale si è formato, in epoca anteriore alla riforma del 2001, intorno alle competenze in materia di collocamento e di politica attiva del lavoro, a causa dell'effetto di trascinamento della competenza sulla *formazione professionale*, oggetto, a partire dagli anni '70, del decentramento amministrativo (e, in virtù del principio del parallelismo, del decentramento delle funzioni legislative)[693]. In particolare, vale la pena menzionare la legge n. 56 del 1987, istitutiva delle Agenzie regionali per l'impiego, sulla scia delle esperienze maturate nelle Regioni a Statuto speciale[694]. Si trattò di una promettente esperienza normativa, tendente a far convergere presso le sedi regionali svariate competenze in materia di politica attiva per l'occupazione e formazione professionale, ma in verità frustrata dalla permanente connotazione centralistica del sistema, inibente un processo di reale integrazione fra poteri statali di coordinamento e potestà regolative regionali[695].

Ben più rilevante, pertanto, appare la portata del decreto legislativo n. 469 del 1997, che, in attuazione della legge n. 59 del 1997, art. 1, ha trasferito alle istituzioni periferiche importanti funzioni in materia di istituzioni del mercato del lavoro: dal passaggio della gestione del collocamento e delle politiche attive del lavoro alle Regioni e agli enti locali all'apertura dei "servizi per l'impiego" anche ai soggetti privati, con la rimozione del monopolio pubblico.

Il decentramento attuato con la riforma del 1997 si poneva l'obiettivo di dar vita a un nuovo assetto, superando un centralismo solo apparentemente ugualitario, ma di fatto burocratizzato e scarsamente efficiente. Ai sensi degli artt. 1 e 2, del decreto legislativo n. 469 del 1997 vengono pertanto conferite alle Regioni le funzioni e i compiti relativi a materie come il "collocamento" e "la politica attiva del lavoro". Alle Regioni è affidato, in particolare, il compito di legiferare in queste materie, sovrintendendo, più generalmente, ai rapporti di collaborazione e cooperazione fra gli enti locali (Province e Comuni).

Sotto il profilo cronologico, è importante notare come il decentramento istituzionale delle competenze sui servizi per l'impiego venga attuato in due tempi[696]:

a) *a costituzione invariata* – cioè nel quadro antecedente alla riforma costituzionale del 2001 – con il decentramento delle funzioni, dallo Stato alle Regioni e agli enti locali, accompagnato dal

---

693 SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Cedam, Padova, 2005, p. 54.

694 D'ANTONA, *Possibili agenzie per l'impiego. Stato e Regioni nel mercato del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 1988, p. 385 ss.; D'ANTONA, D'AURIA, *L'agenzia regionale per l'impiego: posizione istituzionale e profilo normativo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1990, I, p. 127 ss.

695 Cfr. SALOMONE, *op. cit.*, p. 60.

696 Sul punto v. FERRARO, *Nota introduttiva*, in Ferraro (a cura di), *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale. Itinerari giuridici e socioeconomici su Regioni e autonomie locali*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 7; ALAIMO, *I servizi all'impiego e l'art 4 Cost. dopo le recenti riforme del mercato del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2004, p. 271; EAD., *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati. I servizi per l'impiego tra regolazione comunitaria e nazionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 216 ss.

rafforzamento dei compiti attribuiti ai *Centri per l'impiego*, non più abilitati a una semplice registrazione delle pratiche relative all'assunzione dei dipendenti, ma ora titolari di politiche "attive" del lavoro, indirizzate a promuovere l'orientamento e le prospettive formative dei soggetti privi di occupazione (oltre il decreto legislativo n. 469 del 1997, occorre richiamare il fondamentale decreto legislativo n. 181 del 2000: tali normative hanno attuato il c.d. *federalismo amministrativo*)[697].

b) *a costituzione modificata* – cioè nell'assetto costituzionale mutato a seguito della legge costituzionale n. 3 del 2001 – con la seconda parte della riforma, che, oltre a completare il processo di decentramento delle potestà (legislative e amministrative) relative ai servizi pubblici per l'impiego, delega definitivamente la funzione di mediazione fra domanda e offerta nel mercato del lavoro anche a soggetti privati, debitamente autorizzati a livello nazionale o regionale (il riferimento è principalmente ai decreti legislativi n. 297 del 2002 e 276 del 2003, con cui è stato introdotto il c.d. *federalismo ordinamentale*).

Il processo qui sinteticamente descritto, si pone, in senso verticale, in stretto raccordo con il livello sovranazionale. Segnatamente, l'apertura da parte italiana a modelli di gestione "efficientista" del mercato del lavoro (non più incardinati sul soggetto pubblico monopolista), corredata tanto dall'incremento delle funzioni proattive dei soggetti pubblici, che praticano politiche decentrate di *workfare*, quanto dal coinvolgimento dei soggetti privati – oltre a ricevere impulso dalla notissima sentenza della Corte di Giustizia *Job Centre II*[698], confermata dalla successiva pronunzia *Carra*[699] - è decisivamente influenzata dalle linee di indirizzo della Strategia comunitaria per l'occupazione (EES): questa finisce infatti per ispirare, talvolta dettando in maniera testuale, i contenuti dei decreti di riforma, predisponendo i servizi per l'impiego "decentrati" all'attuazione delle politiche attive per l'occupazione. Sotto questo profilo, pertanto, la "strategia europea per l'occupazione viene intenzionalmente, strategicamente e selettivamente usata per giustificare le riforme, sia dal punto di vista funzionale sia da quello normativo"[700].

Sul versante interno, invece, la progressiva riforma della disciplina del collocamento e dei servizi per l'impiego – specie nella fase del suo "consolidamento" mediante i decreti del 2002 e del 2003 – affonda le radici nel nuovo testo dell'art. 117, comma 3, Cost., nella parte in cui attribuisce alla competenza concorrente delle Regioni la materia della "tutela e sicurezza del lavoro". Pur trattandosi, infatti, di una definizione "criptica"[701], che "pare emergere dal nulla, senza alcuna storia alle spalle"[702], tale dizione è generalmente considerata come comprensiva della disciplina del mercato del lavoro, attribuendosi alle Regioni la possibilità di disciplinare con proprie leggi l'organizzazione del mercato del lavoro, con particolare riferimento alla struttura e alle funzioni del

---

[697] Più in generale, sul "federalismo amministrativo" nel contesto della Riforma Bassanini cfr. ANTONINI, *op. cit.*, p. 2229.

[698] Corte di Giustizia, 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre coop. arl.*, in *Raccolta della Giurisprudenza della Corte di Giustizia*, 1997, I, p. 7119.

[699] Corte di Giustizia, 4 giugno 2000, causa C-258/98, *Procedimento penale c. Giovanni Carra e altri*, in *Raccolta della Giurisprudenza della Corte di Giustizia*, 2000, I, p. 4217.

[700] Cfr. FERRERA, SACCHI, *op. cit.,* p. 63.

[701] SALOMONE, *op. cit.,* p. 81.

[702] CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2003, p. 52.

collocamento e dei servizi per l'impiego[703]. La stessa Corte costituzionale, nella sentenza 28 gennaio 2005, n. 50 (di certo la più importante fra quelle sino ad ora pronunziate in materia di riparto fra competenze statali e regionali in tema di disciplina del mercato del lavoro) ha espressamente confermato che nella dizione "tutela e sicurezza del lavoro" rientri "la disciplina dei servizi per l'impiego e in specie quella del collocamento"[704].

Il punto è stabilire, con un ragionevole grado di certezza, entro quali limiti si esplichi la competenza concorrente della Regione in questa materia. L'ipotesi minimalista è che la potestà legislativa regionale operi entro i confini tradizionali dei "principi fondamentali" definiti dalla legislazione statale: in altre parole, la legge statale pone la cornice entro la quale si situa la legislazione regionale di dettaglio. Tuttavia, dalla lettura della giurisprudenza costituzionale si traggono indizi inequivocabili circa la sottoposizione della potestà legislativa regionale a limiti che eccedono quello dei "principi fondamentali". È sempre Corte costituzionale n. 50 del 2005, infatti, a precisare come la competenza regionale in materia di servizi per l'impiego possa in realtà interferire in molte circostanze con le competenze "esclusive" dello Stato, catalogate, come si è detto in precedenza, nell'art. 117, comma 2, Cost.: le interferenze più significative possono riguardare la "soddisfazione del diritto sociale al lavoro" (in questo caso spetta allo Stato determinare i "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali" da garantire uniformemente sul territorio dello Stato), o "l'applicazione del regime sanzionatorio civilistico e penalistico" connesso alle violazioni della disciplina sulla mediazione privata, la cui più complessiva regolamentazione può comportare ulteriori implicazioni sul piano della "tutela della concorrenza"[705].

Stando alle analisi più recenti, la legislazione regionale formatasi in questa materia non è andata al di là di una mera integrazione, su aspetti secondari, della normativa statale, senza "un particolare estro creativo nella differenziazione delle normative"[706].

Ciò non toglie che qualche caso di sconfinamento da parte della legislazione regionale si sia verificato e sia stato sottoposto alla valutazione della Corte costituzionale. Gli esiti di tale giurisprudenza, se non appaiono necessariamente indizi di una "ricentralizzazione" delle competenze, evidenziano però l'intenzione della Corte costituzionale di salvaguardare il rispetto dei "principi fondamentali" di derivazione statale[707].

---

[703] Cfr. PALLINI, Sub *art 117 della Costituzione*, in Amoroso, Di Cerbo, Maresca, (a cura di), *Il diritto del lavoro. Vol I. Costituzione, Codice civile e leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 557.

[704] TROJSI, *La potestà regionale in materia di lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro,* 2007, I, p. 653.

[705] *Ibid.*, p. 658.

[706] ALAIMO, *op. ult. cit.,* p. 219; v. anche D. GAROFALO, *Lo status di disoccupazione tra legislazione statale e provvedimenti regionali,* in *Diritto delle relazioni industriali,* 2006, p. 637 ss. La Corte costituzionale ha disinnescato una possibile causa di conflitto sul riparto di competenze in materia di autorizzazione per l'esercizio dell'attività privata di intermediazione nel mercato del lavoro. Con una doppia pronunzia, la Corte ha infatti individuato il corretto rapporto fra le competenze: la legge statale è abilitata a regolare nel dettaglio il regime unico di autorizzazione su base nazionale (Corte cost. n. 50 del 2005), laddove, per altro verso, alle Regioni non può essere impedito né di istituire albi regionali nei quali iscrivere i soggetti destinatari delle autorizzazioni regionali, né di disciplinare, mediante regolamento, il regime medesimo, purché nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dal legislatore statale (Corte cost. 7 dicembre 2006, n. 406): in argomento CARUSO, ALAIMO, *Il conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, II, p. 585 ss.

[707] Al contrario, nel caso deciso da Corte Cost. 8 giugno 2005, n. 219, il legislatore statale nell'escludere che la Regione possa stipulare convenzioni con lo Stato per l'impiego dei lavoratori socialmente utili – facendo esclusivo riferimento ai Comuni – ha violato l'art. 117 Cost., sotto il profilo della mancata predisposizione di adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni, a salvaguardia delle loro competenze, in applicazione del canone della "leale collaborazioni" fra Stato e Regioni (v. TURSI, *Lavori socialmente utili e federalismo*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2006, spec. p. 163).

Il riferimento è alle condizioni per il mantenimento dello "stato di disoccupazione" ai fini dell'applicazione delle disposizioni sulle politiche attive del lavoro (specialmente i "servizi" di supporto offerti dai Centri per l'impiego). La Corte costituzionale, con sentenza 13 luglio 2007, n. 268, ha infatti dichiarato costituzionalmente illegittima una legge regionale che aveva introdotto una disciplina di miglior favore per il soggetto interessato, prevedendo la conservazione dello stato di disoccupazione in caso di accettazione di un'offerta di lavoro a tempo determinato o di lavoro temporaneo di durata fino a dodici mesi e indipendentemente dal reddito percepito. Per contro, la corrispondente disposizione nazionale (art. 4 del decreto legislativo n. 181 del 2000, nel testo modificato dall'art. 5, decreto legislativo n. 297 del 2002) dispone che la conservazione dello *status* di disoccupazione sia condizionata al fatto di percepire un certa soglia di reddito derivante dallo svolgimento di un'attività lavorativa [(art. 4 (1), lett. a)] e che si abbia la "sospensione" (e non la perdita) dello stato di disoccupazione in ogni caso di rapporto di lavoro a tempo determinato o temporaneo di durata inferiore a otto mesi (art. 4 (1), lett. d)]. Il legislatore regionale intendeva invece sottrarre il lavoratore a termine con contratto sino ad un anno dagli svantaggi derivanti dalla perdita dello *status* di disoccupato, sia rendendo non computabile nella soglia legale il trattamento economico derivante da quel contratto di lavoro, sia estendendo il periodo di semplice sospensione dello *status* (senza la sua perdita dunque) per tutta la durata del contratto medesimo.

Con la sentenza in esame, la Corte costituzionale ha indubbiamente delimitato gli ambiti di iniziativa del legislatore regionale. Una volta ritenuto che la disciplina oggetto del giudizio rientra nella "tutela e sicurezza del lavoro", la Corte ha statuito che i criteri per l'accertamento dello "stato di disoccupazione", posti dalla legislazione statale, costituiscono "principi fondamentali" inderogabili da parte del legislatore regionale[708], inibendo però, in ultima analisi, adattamenti in sede regionale finalizzati a introdurre condizioni di maggior favore per il lavoratore[709].

Quanto basta per parlare di un decentramento "parziale" delle funzioni legislative in materia di disciplina del mercato del lavoro, non mancando pulsioni "centralistiche", ben assecondate, come si può notare, dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale. Ma sul punto si tornerà anche successivamente, in sede di conclusioni (v. *infra*, par. 6).

## 4. Il decentramento fallito: la regolamentazione del rapporto individuale di lavoro.

Il discorso sul decentramento delle potestà legislative si carica di implicazioni ancora più complesse allorquando ci si sposta sul terreno della regolamentazione del rapporto individuale di lavoro.

---

[708] Secondo quanto affermato da Corte cost. n. 268 del 2007, "nel caso in scrutinio, la definizione dello stato di disoccupazione, con la fissazione delle evenienze che ne comportano la perdita, ha carattere polivalente e costituisce il presupposto di un numero indefinito e virtualmente indefinibile di regole attinenti alle varie ipotesi e modalità di regolamentazione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro".

[709] Per una lettura adesiva (ancorché condita da una serie di distinguo rispetto alle affermazioni della Corte Costituzionale), in quanto lo "stato di disoccupazione (…) costituisce un istituto destinato ad operare anche nella dimensione nazionale del mercato del lavoro", per esempio sotto il profilo della "portabilità" dello *status* al di là dei confini della Regione di appartenenza e anche dell'incidenza sul funzionamento del SIL, che deve necessariamente basarsi sull'acquisizione di dati omogenei, cfr. LISO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di stato di disoccupazione*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2008, spec. p. 333 ss.; critica invece ALAIMO, *Il diritto sociale al lavoro*, cit., p. 228 ss.

Come prima si accennava, in epoca anteriore alla riforma costituzionale del 2001, solamente alle Regioni a statuto speciale era attribuita la potestà di legiferare in materia di "legislazione sociale", dunque anche in tema di rapporto di lavoro. Lo sbilanciamento delle competenze sul versante regionale, che ha fatto seguito alla riforma, ha posto da subito l'interrogativo circa la possibilità di una generale differenziazione territoriale degli "statuti giuridici" del lavoro subordinato[710].

Il punto di partenza è ancora costituito dalla nuova formulazione dell'art. 117 Cost., sempre nella parte in cui rimette alla competenza concorrente delle Regioni la materia della "tutela e sicurezza del lavoro". Tale disposto va letto nel senso che le Regioni possono legiferare anche in materia di rapporto individuale di lavoro, osservando i "principi fondamentali" di matrice statale? E che ruolo svolgerebbe, in tale eventuale assetto, l'art. 117, comma 2, Cost., ove attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato la materia dell' "ordinamento civile" (*lett. l*), oltre che la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (*lett. m*)?

La questione è di importanza cruciale per gli assetti complessivi dell'ordinamento giuslavoristico. Specie perché, contrariamente a quel che accade in materia di collocamento e servizi per l'impiego, non esiste in Italia una tradizione di "decentramento" istituzionale delle discipline sul rapporto individuale di lavoro.

Non è il caso di soffermarsi dettagliatamente sulle tesi dottrinali che, sul punto, si sono manifestate: basti dire che, secondo l'opinione prevalente[711], la competenza statale esclusiva in materia di "ordinamento civile" escluderebbe qualsiasi possibilità di intervento regionale in materia di rapporto di lavoro[712]. Il che riflette una sorta di *idem sentire* circa la necessità della "conservazione all'ambito della legislazione statale dei segmenti più significativi e sensibili della materia"[713].

Alla luce di tale opinione, la competenza concorrente in materia di "tutela e sicurezza del lavoro" si risolverebbe dunque nella già descritta possibilità di regolare con leggi regionali le discipline del mercato del lavoro e ferma restando l'attribuzione di materie specifiche (per esempio la formazione professionale) alla competenza residuale esclusiva delle Regioni[714].

Tale ricorrente opinione dottrinale, per quanto rassicurante[715], non esaurisce tuttavia una vicenda istituzionale di certo assai più complessa. Il problema dell'intreccio fra competenze statali e regionali in materia di rapporto individuale di lavoro rinvia infatti ad una varietà di casi in cui il

---

[710] Preoccupazioni in tal senso furono espresse da MARIUCCI, *Federalismi e diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2001, p. 415.

[711] Per un riepilogo cfr. PALLINI, *op. cit.,* p. 538 ss.; utili riferimenti anche in PESSI, *Dialogo tra giurisprudenza costituzionale e sistema ordinamentale*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, t. II, Cacucci, Bari, 2008, p. 925.

[712] In quanto in quella espressione "un po' *démodé*" rientra "l'insieme delle regole sostanziali che disciplinano i rapporti privati nascenti da un contratto": così MONTUSCHI, *La Costituzione e i lavori*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, I, p. 173.

[713] CINELLI, *Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale,* 2004, pp. 452-453.

[714] Così intesa, la nozione costituzionale di "tutela e sicurezza del lavoro" rinvia alla definizione di "sicurezza" invalsa in ambito europeo nel contesto del dibattito sulla *flexicurity*, piuttosto che coincidere con la classica accezione di "sicurezza del lavoratore nel luogo di lavoro". Le politiche attive del lavoro, infatti, rappresentano una delle quattro componenti essenziali della *flexicurity*, più specificamente identificata come "sicurezza nella transizione" da un posto di lavoro ad un altro (WILTHAGEN, TROS, VAN LIESHOUT, *Towards Flexicurity? Balancing Flexibility and Security in EU Member States*, in *European Journal of Social Security,* 2004, vol. 6, n. 2, pp. 113-136).

[715] Per una stringente critica v. però CARUSO, *op. cit.*, p. 840 ss.

legislatore nazionale o quello regionale hanno regolato istituti difficilmente inquadrabili, con nettezza, nello schema di riparto per materia delineato nell'art. 117 Cost.[716].

a) In almeno un caso, il legislatore nazionale, per fugare ogni equivoco, ha escluso espressamente che le Regioni possano legiferare in una certa materia, in quanto rientrante nella competenza statale sull'ordinamento civile. È l'ipotesi della disciplina sull'organizzazione dell'orario di lavoro, traspositiva della direttiva comunitaria n. 93/104/Ce, divenuta n. 2003/88/CE: l'art. 1 del decreto legislativo n. 66 del 2003, nella parte introduttiva, statuisce espressamente che le disposizioni del decreto "sono dirette a regolamentare in modo uniforme su tutto il territorio nazionale" la materia dell'orario di lavoro[717]. Conferma implicita della *ratio legis* (vale a dire l'esclusione radicale della competenza regionale in materia di disciplina degli orari di lavoro, riposi e lavoro notturno) è l'estromissione del personale della scuola dall'ambito di applicazione della legge. Come affermato in una Circolare ministeriale attuativa del decreto (Circolare del Ministero del lavoro n. 8 del 2005), infatti, ciò si spiega con il fatto che in materia di "istruzione" la Regione ha competenza concorrente. Dal che pare arguirsi la possibilità (in verità da ritenersi alquanto remota) che la Regione legiferi in materia di orario di lavoro nel settore scolastico, nel quadro dei principi fondamentali di derivazione statale[718].

b) In altra circostanza, è stato il legislatore regionale a intervenire per regolamentare l'istituto del *mobbing*. È fin troppo noto che, nel nostro sistema, tale istituto sia di derivazione esclusivamente giurisprudenziale, non essendo a tutt'oggi regolato da alcuna legge statale. Alcune Regioni italiane hanno, allora, provveduto a introdurre specifiche discipline in materia, essenzialmente finalizzate a prevedere, nel caso in cui si manifestino condotte qualificabili come *mobbing*, azioni di natura amministrativa a protezione del lavoratore (attivazione di centri assistenza, iniziative anti-mobbing, etc.).

Tali discipline sono state impugnate dinanzi alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost., nella parte in cui riserva allo Stato la competenza esclusiva in materia di "ordinamento civile". La Corte costituzionale ha adottato un criterio interpretativo restrittivo: *i)* dapprima ha sancito l'illegittimità costituzionale di una legge regionale del Lazio che forniva una definizione di

---

[716] Non si affronta volutamente, in questa sede, il tema della competenza concorrente fra Stato e Regioni in materia di regolamentazione delle "professioni", se non per segnalare che è pacificamente inibito, poiché in contrasto con il criterio di riparto costituzionale, alle Regioni di individuare figure professionali, con i relativi profili, titoli abilitanti e percorsi formativi finalizzati al conseguimento dell'attestato (Corte Cost. 30 maggio 2008, n. 179).

[717] Per qualche riferimento cfr. anche G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 268. Scarsamente persuaso circa l'utilizzo di una simile tecnica normativa come chiave di soluzione dei problemi di riparto costituzionale di competenze legislative è FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 119-120.

[718] Una formulazione con alcuni profili di analogia è contenuta nell'art. 1, comma 1, d. lgs. n. 81 del 2008: "il presente decreto legislativo persegue le finalità di cui al presente comma nel rispetto delle normative comunitarie e delle convenzioni internazionali in materia, nonché in conformità all'articolo 117 della Costituzione e agli statuti delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano, e alle relative norme di attuazione, garantendo l'uniformità della tutela delle lavoratrici e dei lavoratori sul territorio nazionale attraverso il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche con riguardo alle differenze di genere, di età e alla condizione delle lavoratrici e dei lavoratori immigrati".

*mobbing*[719], ricollegando alla configurabilità di tale condotta una serie di conseguenze sul piano giuridico (Corte cost. 19 dicembre 2003, n. 359); *ii)* successivamente, ha fatto salve altre discipline regionali che, invece, disciplinavano solamente aspetti di ordine procedimentale senza minimamente intervenire sulla qualificazione giuridica della fattispecie (leggi delle Regioni Abruzzo, Umbria, Friuli Venezia Giulia: v. rispettivamente Corte cost. 27 gennaio 2006, n. 22; 22 giugno 2006, n. 238; 22 giugno 2006, n. 239)[720].

c) L'orientamento di sfavore per il decentramento regolativo, con riferimento a istituti aventi riflessi sul rapporto individuale di lavoro, è confermato dalla Corte costituzionale che si è occupata della regolamentazione del contratto di apprendistato. La capillare disciplina apprestata dal legislatore nazionale è stata ritenuta, infatti, costituzionalmente conforme all'art. 117 Cost., nella parte in cui riguarda la formazione "interna" all'impresa, dovuta perché oggetto di obbligazione rientrante nella causa della fattispecie negoziale, pertanto di competenza della fonte statale, rifluendo nella materia dell' "ordinamento civile" (Corte cost. n. 50 del 2005)[721]. Tale affermazione è bastata per "respingere le doglianze delle regioni che avevano impugnato la normativa nel suo complesso e per giustificare la competenza statale sulla gran parte dell'impianto normativo dell'istituto"[722]. Le innegabili interferenze fra la disciplina dell'apprendistato e le altre materie di competenza concorrente (istruzione) o esclusiva-residuale (formazione professionale), espressamente poste in evidenza dalla sentenza "gemella" n. 51 del 2005, sono state relegate nel limbo dei rapporti partecipativi e collaborativi fra Stato e Regioni, salvo per il profilo della formazione "esterna" all'impresa, su cui si è espressamente riconosciuta la competenza legislativa regionale (secondo un principio poi riaffermato da Corte cost. 7 dicembre 2006, n. 406; 19 dicembre 2006, n. 425; 2 febbraio 2007, n. 21)[723]. È questo, a ben vedere, un tipico caso in cui la Corte costituzionale, in presenza di un "concorso di competenze"[724], ha fatto applicazione del c.d. principio di "prevalenza" della materia ai fini della sua decisione[725], alla stregua dell'evidenziata direttrice limitativa delle competenze dell'ente territoriale.

---

[719] Precisamente, l'articolo 2 della legge regionale del Lazio, sotto la rubrica "definizione del *mobbing*", stabiliva che "ai fini della presente legge per *mobbing* s'intendono atti e comportamenti discriminatori o vessatori protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di lavoratori dipendenti, pubblici o privati, da parte del datore di lavoro o da soggetti posti in posizione sovraordinata ovvero da altri colleghi, e che si caratterizzano come una vera e propria forma di persecuzione psicologica o di violenza morale", facendo seguire a tale definizione delle esemplificazioni di condotte datoriali qualificabili come di *mobbing*.

[720] Ampi riferimenti in CIOCCA, *Devoluzione e diritto del lavoro,* Giuffrè, Milano, 2008, p. 110 *ss*.; BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 212 ss.; TREU, *Corte Costituzionale e federalismo del lavoro*, in Scognamiglio (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte Costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 361 ss.; BELLETTI, *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni e il superamento del riparto per materie*, in *Le Regioni*, 2006, p. 905 ss.

[721] Cfr. CARUSO, COMANDÈ, *Modelli di regolazione giuridica, fonti e sistema delle competenze sulla formazione*, in *Quaderni regionali*, 2008, p. 745 ss.; ROCCELLA, *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, t. II, Cacucci, Bari, 2008, p. 1000 ss.

[722] TREU, *op. cit.*, p. 371.

[723] Fermo restando che la legge regionale è incostituzionale ove regolamenti profili direttamente tangenti il contenuto del contratto di lavoro, per esempio determinando limiti minimi di orario relativamente alla parte iniziale dell'attività formativa (Corte cost. 6 febbraio 2007, n. 24). Più di recente, è stata ritenuta costituzionalmente legittima la regolamentazione nazionale del sistema della formazione dei pubblici dipendenti e dei dirigenti statali, con esclusione dunque delle strutture di formazione appartenenti alle Regioni, che rientrano nella competenza legislativa regionale (Corte cost. 28 marzo 2008, n. 75).

[724] CARINCI, *op. cit.*, p. 79, parla di competenza "condivisa".

[725] Cfr. BIN, *I criteri di individuazione delle materie*, *cit.*, p. 896; CIOCCA, *op. ult. cit.*, p. 165 ss.

L'analisi sin qui condotta mette in evidenza una complessiva tendenza – nel primo caso di matrice legislativa, negli altri due riconducibile agli indirizzi interpretativi della Corte costituzionale – a "centralizzare" le potestà legislative in materia di rapporto individuale di lavoro[726]. Quest'ultimo difficilmente potrà costituire oggetto di regolazione a livello regionale, facendo premio sulle istanze di diversificazione territoriale principi della Costituzione formale o vivente quali l'uguaglianza e l'uniformità territoriale della disciplina[727].

## 5. Il decentramento improbabile: le normative previdenziali (con alcune notazioni sulle misure aventi finalità sociale ed assistenziale).

Com'è noto, nel nostro sistema il diritto alla tutela previdenziale è di rango costituzionale. L'art. 38, comma 2, Cost., pur non facendo riferimento testuale alla "previdenza sociale", demanda ad "organi o istituti predisposti o integrati dallo Stato" il compito di tutelare i lavoratori per tutte le esigenze connesse a situazioni di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria[728]. Tale disposizione riflette l'intento del Costituente di attribuire alla previdenza sociale il valore di diritto di cittadinanza sociale, sussumibile in una dimensione egalitaria, rispetto alla quale è di primaria rilevanza l'apporto delle discipline statali[729].

Di conseguenza, il nuovo art. 117, comma 2, lett. *o)*, Cost. ha devoluto alla competenza esclusiva dello Stato la materia della "previdenza sociale". Ciò realizza infatti l'istanza livellatrice delle garanzie fondamentali alle prestazioni previdenziali e assicurative, contrastando i rischi connessi alla vita lavorativa o alla condizione di incertezza economica susseguente alla conclusione della vita lavorativa.

La situazione si complica solo apparentemente nel momento in cui lo stesso art. 117, comma 3, Cost. attribuisce alla competenza concorrente delle Regioni la disciplina della "previdenza complementare e integrativa". Tale attribuzione non sembra infatti andare al di là del dato meramente teorico. L'unica normativa statale in materia di previdenza complementare, successiva alla riforma costituzionale, che ha formalmente riconosciuto alle Regioni la potestà di istituire "forme pensionistiche complementari nel rispetto della normativa nazionale in materia" (art. 3 (1), lett. d), decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252), appare talmente analitica e dettagliata da rendere improbabili differenti regolazioni a livello regionale[730]. Ciò sembra del resto in linea con la funzione di necessaria integrazione della previdenza di base che la previdenza complementare assume in tempi di "crisi" del *welfare* statale: ciò giustifica, sul piano del principio di uguaglianza, una disciplina statale assorbente che, a dispetto del dettato dell'art. 117 Cost., lasci spazi minimi

---

[726] *Ex multis* CARINCI, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, pp. 1518-1519. Senza mezzi termini, sul punto, BENEDETTI, *op. cit.*, p. 261, secondo il quale attraverso "l'uso smodato dell'ordinamento civile come coperta (forse davvero un po' troppo) lunga", la Corte Costituzionale finisce per attribuire al legislatore statale "tutto o quasi il diritto del lavoro che conta, lasciando alle Regioni le briciole o poco più".

[727] V. CARUSO, ALAIMO, *op. cit.*, pp. 597-598.

[728] Cfr. CIOCCA, *Il sistema previdenziale ed il federalismo*, in *Argomenti di diritto del lavoro,* 2003, p. 741.

[729] Cfr. ALES, *Diritti di cittadinanza sociale e livello essenziale di prestazione nel nuovo disegno costituzionale: brevi considerazioni sull'uguaglianza solidale*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale,* 2002, pp. 349-361; POGGI, *La previdenza complementare e integrativa del nuovo Titolo V della Costituzione tra politiche locali e cittadinanza sociale*, *ibid.*, p. 329.

[730] PASSALACQUA, *La previdenza complementare nel prisma della sussidiarietà tra disegno costituzionale e legislazione ordinaria*, *id.*, 2007, p. 77 ss.

alla legislazione regionale.

Qualche problema in più si pone a proposito del riparto di competenza in materia di misure di sostegno al reddito spettanti a chi si trova in condizione di sospensione del rapporto di lavoro ovvero in stato di disoccupazione. Queste sono per lo più considerate di natura previdenziale, in quanto incidenti sulle conseguenze della disoccupazione e dunque sganciate dal presupposto dell'accertamento di una effettiva situazione di povertà o comunque di bisogno. Ne consegue che la competenza a regolamentare istituti di fondamentale rilievo dal punto di vista delle istanze di "tutela sociale", come per esempio l'indennità di disoccupazione o gli ammortizzatori sociali spetta in via esclusiva alla legislazione statale[731], così come rientra nella potestà statuale disciplinare l'operatività dei Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito costituiti mediante i versamenti dei soggetti che effettuano somministrazione di manodopera, trattandosi, ad avviso della Corte costituzionale, anche in questo caso di strumenti aventi natura giuridica previdenziale (Corte Cost. n. 50 del 2005, par. 12)[732].

A tale affermazione non può tuttavia attribuirsi il carattere della perentorietà, dato che la materia dei trattamenti di sostegno al reddito si situa entro un "sistema integrato di sostegno nel mercato del lavoro" nel quale s'incrociano ambiti materiali coinvolgenti le potestà regionali, quali la formazione professionale (oggetto di competenza esclusiva regionale) e le politiche attive del mercato del lavoro (oggetto di competenza concorrente)[733]. La vicenda dei cc.dd. "ammortizzatori in deroga", che contrassegna il dibattito sugli strumenti di contrasto ai deleteri effetti sull'occupazione indotti dalla crisi economico-finanziaria degli ultimi due anni, conferma in fondo la complessità dei meccanismi di interazione fra competenze, se è vero che queste misure, pur regolate da normativa statale (d. l. 29 novembre 2008, n. 185, conv. in legge 28 gennaio 2009, n. 2), sono "cogestite", quantomeno sul piano finanziario-amministrativo, dallo Stato e dalle Regioni, secondo un modello collaborativo delineato dall'Accordo del 12 gennaio 2009[734].

I problemi relativi al riparto di competenze *dovrebbero* invece venire del tutto meno allorché si discute di misure con finalità di politica sociale.

L'uso del condizionale è però d'obbligo.

Da un lato, è vero che la materia dei "servizi sociali", non nominata nel catalogo costituzionale, è considerata di esclusiva competenza regionale, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost.[735]. Il che significa che le Regioni possono legislativamente disciplinare non solo i servizi di mantenimento

---

731 Cfr. CIOCCA, *op. ult. cit.,* p. 755, nonché PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2003, p. 36; *contra* CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, *cit.*, p. 80.

732 In dottrina, v. SALOMONE, *op. cit.*, 199.

733 Cfr. BALANDI, *La tutela sociale nel mercato*, in Ballestrero (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 192 ss.; in argomento cfr. anche D. GAROFALO, *Federalismo, sicurezza e ammortizzatori sociali*, in D. Garofalo, M. Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 661 ss., nonché, da ultimo, DE MARCO, *Gli ammortizzatori sociali tra vecchie e nuove proposte*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 564 ss.

734 Sul quale ancora DE MARCO, *op. cit.*, p. 585 ss.

735 Ciò sulla base della tesi *dicotomica* che scinde la previdenza dall'assistenza (v. CINELLI, *op. cit.*, p. 464, nota 35). Per quel che concerne la "tutela della salute", invece, vige una competenza concorrente Stato – Regione (CIOCCA, *op. ult. cit.*, p. 757).

e assistenza sociale, ma anche regolamentare specifici strumenti di accompagnamento economico per soggetti e nuclei familiari a rischio di esclusione sociale, come nel caso del "reddito di cittadinanza"[736], che da noi ha assunto le sembianze del reddito di inserimento, reddito minimo garantito[737] o di ultima istanza[738].

D'altro canto, però, è questo uno di quei casi in cui la potestà regionale residuale fatica a trovare spazi rilevanti di affermazione, in quanto schiacciata da una molteplicità di "attribuzioni statali esclusive e ripartite, tra le quali la potestà residuale si è trovata a muoversi alla ricerca di spazi interstiziali"[739].

La giurisprudenza della Corte Costituzionale costituisce, ancora una volta, un laboratorio privilegiato per l'analisi di siffatte dinamiche.

Un primo filone di sentenze si è di recente formato in materia di regolamentazione e finanziamento, mediante legge statale (in particolare le leggi finanziarie per gli anni 2007 e 2008), dei fondi per le politiche sociali, la famiglia e l'istruzione. La Corte Costituzionale, pur rilevando che si tratta di misure normative in materia di assistenza e servizi sociali volte "a rimuovere o superare le situazioni di bisogno o di difficoltà che la persona incontra nel corso della sua vita", ha ritenuto coessenziali a tali misure ulteriori specifiche finalità riconducibili "anche ad ambiti materiali di competenza esclusiva dello Stato". Il parametro di componimento della "concorrenza di competenze" è, secondo la Corte, il già richiamato principio di leale collaborazione: una volta applicato tale principio, viene meno ogni possibile profilo di illegittimità costituzionale della legislazione statale (Corte cost. 7 marzo 2008, n. 50; 29 maggio 2009, n. 168).

La compressione delle competenze regionali risulta ancora più accentuata nel caso deciso da Corte Costituzionale 11 gennaio 2010, n. 10, in merito alla legittimità costituzionale della (pervasiva) regolamentazione statale della c.d. "social card", istituita dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, al fine di soddisfare le "esigenze prioritariamente di natura alimentare e successivamente anche energetiche e sanitarie dei cittadini meno abbienti". La Corte riconosce che la prestazione disciplinata dalla legge statale "non è compresa tra quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario" – in tal modo escludendo che essa possa ricondursi a materie (previdenza sociale e tutela della salute) attribuite, rispettivamente, alla competenza statale esclusiva o statale-regionale concorrente – bensì "costituisce un intervento di politica sociale attinente all'ambito materiale dell'assistenza e dei servizi sociali, oggetto di una competenza residuale regionale". Ciò detto, tuttavia, i giudici costituzionali elaborano uno schema di ragionamento che, a partire dall'analisi delle "finalità delle disposizioni impugnate e dall'ambito sul quale esse incidono", li conduce a rigettare le eccezioni di costituzionalità sollevate, confermando l'esistenza di un potere statale di realizzazione dell'intervento oggetto di censura.

---

[736] In dottrina, cfr. PALLINI, *op. cit.,* p. 561; DURANTE, *Il reddito di cittadinanza: verso un nuovo modello di protezione sociale?* in *Rivista giuridica del lavoro,* 2006, I, p. 417 ss

[737] Sull'istituzione del reddito minimo garantito cfr. la legge della Regione Lazio del 4 marzo 2009.

[738] Per una conferma v. Corte cost. 29 dicembre 2004, n. 423, che ha ritenuto costituzionalmente illegittima la fissazione da parte del legislatore di condizioni di accesso al "Reddito di ultima istanza".

[739] ANTONINI, *op. cit.*, p. 2255.

In particolare, la Corte evoca la "competenza trasversale" statale in materia di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale" (art. 117, comma 2, lett. *m)*, Cost.) per arrivare a sostenere la legittimità di una misura statale che, in quanto finalizzata a tutelare diritti primari della persona, non si limita a fissare "il livello strutturale e qualitativo di una data prestazione" (come già acquisito dalla consolidata giurisprudenza della Corte: da ultimo Corte Cost. 4 dicembre 2009, n. 322), ma rappresenta "la base giuridica anche della previsione e della diretta erogazione di una determinata provvidenza (…) quando ciò sia reso imprescindibile, come nella specie, da peculiari circostanze e situazioni, quale una fase di congiuntura economica eccezionalmente negativa"[740]. In altri termini, la legittimità costituzionale dell'intervento statale non può negarsi laddove, oltre ai tradizionali "principi di eguaglianza e solidarietà", entrino in gioco condizioni di straordinarietà, eccezionalità e urgenza connessi a una grave situazione di crisi economica internazionale. E tale fattore è talmente importante che, nel pensiero della Corte, sino al suo perdurare risulta addirittura "inconferente il richiamo al principio di leale collaborazione": le esigenze di "unitarietà e uniformità, allo scopo di garantire l'eguale e pronta tutela minima del nucleo essenziale di un diritto fondamentale" giustificano, infatti, l'accentramento in capo allo Stato della funzione legislativa, del potere regolamentare e delle funzioni amministrative, salvo "a ritenere che, in condizioni di normalità, le procedure concertative possano essere riprese"[741].

## 6. Riflessioni conclusive.

Dall'analisi comparata emerge che anche negli ordinamenti con assetto istituzionale "federalista" o "semifederalista" (Germania, Belgio, Spagna), sono previsti dei meccanismi, fondati su pesi e contrappesi istituzionali, tali da evitare uno sbilanciamento di competenze verso gli enti decentrati, con eccessiva marginalizzazione del decisore statale[742]. Clausole come quelle dell'interesse nazionale, dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico e territoriale e principi come quelli di parità ed uguaglianza risultano troppo "cogenti" (e coessenziali all'intima struttura degli ordinamenti costituzionali europei) per non fungere da elemento di freno alle spinte centrifughe anche in ordinamenti impostati, per l'appunto, su base federale.

Stando così le cose, non v'è da stupirsi se nell'ordinamento italiano, formalmente strutturato su base autonomistica e soprattutto regionalistica, la spinta verso il decentramento risulti tutto sommato abbastanza circoscritta, attecchendo principalmente in ambiti interessati dal processo di

---

[740] Sulla garanzia dei "livelli essenziali delle prestazioni" come limite alla competenza regionale in materia di servizi sociali cfr. LAGALA, *Le Regioni e il sistema di sicurezza sociale dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2002, pp. 374-375. L'individuazione alquanto criptica di tale "competenza trasversale", da parte del legislatore costituzionale del 2001, ha indotto un'ampia analisi dottrinale: *ex multis* PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali"*, in *Diritto pubblico*, 2002, p. 881; LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, 2002, p. 345; D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, p. 1063; riferimenti anche in GAMBINO, *Autonomia, asimmetria e principio di eguaglianza: limiti costituzionali al federalismo fiscale*, in *Politica del diritto*, 2009, p. 3.

[741] Altra fattispecie controversa è quella che concerne il riparto di competenze in materia di istituzione, funzionamento e/o finanziamento degli "asili nido". La Corte Costituzionale ha affermato in più occasioni che si tratta di competenza non esclusiva delle Regioni bensì concorrente, in quanto inferente in principal modo la materia della "istruzione" (Corte Cost. 23 dicembre 2003, n. 370; 5 novembre 2004, n. 320); tuttavia, di recente Corte Cost. 24 aprile 2009, n. 114 è giunta a negare ogni spazio di competenza regionale, in quanto la misura normativa sottoposta a censura era finalizzata ad istituire un asilo nido per dipendenti ministeriali, configurandosi pertanto una competenza esclusiva statale in materia di "ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato" (in argomento, per qualche riflessione, v. ANTONINI, *op. cit.*, p. 2255).

[742] Cfr. PALLINI, *op. cit.,* p. 546.

trasferimento delle funzioni dallo Stato alle Regioni anteriore alla riforma del 2001 (collocamento, servizi per l'impiego, disciplina del mercato del lavoro), laddove il rapporto individuale di lavoro e le tutele previdenziali restano saldamente in mano allo Stato. Perfino in materia di "servizi sociali" e, più in generale, di misure connotate da finalità di politica sociale o assistenziale, formalmente in mano alle Regioni, la Corte Costituzionale è intervenuta, come risulta dall'analisi condotta in precedenza, per ridimensionare le velleità regolative dell'ente territoriale.

Non è però detto che questo modello, che in fin dei conti aspira a imporre un elevato tasso di uniformità legislativa, in grado di scongiurare rischi di disarticolazione delle tutele, con effetti di *dumping* sociale su base territoriale, sia poi quello che, sul piano sostanziale, assicuri più elevate garanzie per il lavoratore.

Alcune esemplificazioni servono a chiarire meglio l'affermazione.

a) Si torni, anzitutto, a fare riferimento a Corte cost. n. 268 del 2007, sullo "stato di disoccupazione". Ebbene, nel caso di specie, la riconduzione ai "principi fondamentali" dei criteri di definizione dello stato di disoccupazione, operata dalla Corte, pur formalmente rispettando il dettato costituzionale, impedisce il dispiegarsi di una disciplina di maggior favore per il lavoratore a livello regionale, determinando al contrario l'uniformazione "verso il basso" del livello delle tutele sul mercato del lavoro. Forse la Corte costituzionale avrebbe potuto vagliare la possibilità di considerare le disposizioni di legge nazionale sullo "stato di disoccupazione" alla stregua di un "livello essenziale della prestazione", definitorio di uno *standard* normativo suscettibile di adattamento in senso migliorativo da parte del legislatore regionale[743].

b) O si rifletta brevemente sulla sentenza con la quale la Corte costituzionale ha tacciato di illegittimità la legge regionale del Lazio sul *mobbing*: una pronunzia che, oltre ad apparire esorbitante considerate le modeste finalità di quella legge[744], non ha tenuto minimamente conto del fatto che la Regione si è fatta carico, sussidiariamente, di colmare una grave lacuna dell'ordinamento statuale, in una materia (la "tutela della sicurezza", che si connette alla "tutela della salute") che è devoluta alla competenza regionale concorrente, non è regolamentata dal legislatore statale a dispetto della rilevanza pratica della fattispecie, ed è in definitiva del tutto affidata alle logiche creative della giurisprudenza[745]. Non potendosi invocare in senso contrario il difetto di "principi fondamentali" di matrice statale (la "legge cornice"), posto che questi sono ampiamente "rinvenibili nell'ordinamento, ancorché non organizzati e sistemati in una sede unitaria, bensì esistenti allo stato fluido"[746].

Con ciò si vuol semplicemente affermare che non esiste un "centralismo" sicuramente buono al quale si contrappone un "decentramento" (regionalistico o federalistico che sia) certamente cattivo, o viceversa. In sistemi socialmente e istituzionalmente complessi (in epoca, per l'appunto,

---

[743] Cfr. LISO, *Il collocamento ordinario da funzione pubblica a servizio. Appunti*, in *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda ed altri studi. Studi in onore di Mario Grandi"*, Cedam, Padova, 2003, pp. 425-426 (anche se l'a., nel commentare la sentenza della Corte Costituzionale, pare non confermare siffatta opinione, allineandosi alla lettura "centralistica" della Consulta: cfr. LISO, cit. *supra* alla nota 37); v. anche CINELLI, *Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2004, p. 456; POGGI, *op. cit.*, p. 348.

[744] Cfr. CARUSO, *op. cit.,* p. 858 ss.; ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte Costituzionale*, in *Corriere Giuridico*, 2005, p. 1306; TREU, *op. cit.*, p. 362.

[745] Vedi LEONE D'AGATA, *Federalismo e diritto del lavoro*, in *Rivista critica di diritto del lavoro,* 2004, p. 499.

[746] CARUSO, *op. cit.*, p. 863.

di *multilevel governance*), è molto difficile che le tendenze centripete o, al contrario, centrifughe interne all'ordinamento possano essere governate sulla base di una regola "di sistema".

Occorre per contro adattare strumenti, tecniche e modalità di regolazione alle finalità da perseguire, sulla base di valutazioni dinamiche, che tengano in conto il rapporto di strumentalità fra la "miglior sede" di allocazione della regola (e della procedura) e il "più elevato grado di soddisfacimento" dell'interesse (socialmente rilevante) che si ritiene di perseguire. Tali giudizi prognostici, pur in un contesto istituzionale connotato dal funzionamento di regole di coordinamento, non sono facili da formulare e possono mettere in concreto pericolo la "certezza del diritto", ma allo stesso tempo paiono necessari a ridurre il rischio che i sistemi di attribuzione delle competenze materiali si rivelino operazioni di mera ingegneria istituzionale incapaci di aumentare le *chance* di miglior funzionamento del sistema, in termini di giustizia sociale, efficienza dei servizi, garanzia di equa concorrenza.

# Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*

Giorgio Fontana

1. Quale libertà? 229
2. Libertà e (contro)potere sindacale. Fra Costituzione vigente e Costituzione vivente. 232
3. La libertà sindacale e la Carta di Nizza. 241
4. Il diritto di contrattazione nell'ordinamento comunitario. 247
5. Dal dialogo sociale comunitario alla contrattazione collettiva transnazionale. 254
6. Democrazia e rappresentatività sindacale. 257
7. La libertà sindacale nella giurisprudenza delle Corte europea dei diritti dell'uomo. 260
*8.* Da *Albany* ai casi *Laval e Viking.* Le alchimie della Corte di Giustizia. 265
9. Conclusioni. 274

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 78/2010

La comparazione fra l'art. 39 della Costituzione e le disposizioni della Carta di Nizza che riconoscono e tutelano la libertà di organizzazione sindacale e il diritto alla negoziazione collettiva (artt. 12 e 28) rappresenta un compito dagli esiti, in qualche misura, scontati, affrontandolo in modo per così dire "statico", cioè ponendo a confronto le norme dei rispettivi ordinamenti in termini "astratto-formali". La diversa estensione ed intensione della libertà sindacale nell'ordinamento interno si percepisce del resto in modo chiarissimo dalla semplice lettura di qualsiasi sentenza della Corte costituzionale che si sia soffermata sui poliedrici significati del I comma dell'art. 39 Costituzione.[747]

Proprio perché una comparazione fra singole norme[748] finirebbe per ridursi ad una sterile recriminazione, o al più a una rivendicazione di "orgoglio" costituzional-nazionale, sembra qui preferibile focalizzare nel loro aspetto "dinamico" le concezioni sottese nei diversi ordinamenti, in un'ottica assiologico-sostanziale, sul presupposto – direbbe Massimo D'Antona – che la Costituzione (ogni Costituzione) "apprende dai processi storici, siano essi compresi nell'ordinamento giuridico oppure estesi alla sfera sociale";[749] prendendo posizione altresì sulle vicende più attuali segnate da note, discusse pronunce della Corte di Giustizia e da decisioni, meno note nella comunità dei giuslavoristi ma pure importanti, della Corte europea dei diritti dell'uomo. Naturalmente la vastità del tema – che rinvia ad una vicenda storica lunga e complessa, con forti caratterizzazioni nazionali – impone semplificazioni che potrebbero apparire finanche spregiudicate (ma giustificate forse dall'esigenza di sintesi). Allo stesso modo i riferimenti non potranno che essere parziali e nella loro selezione obbedire a criteri meramente soggettivi.

## 1. Quale libertà?

La "libertà sindacale" evoca concettualmente i modelli costituzionali del Novecento, identificandosi con la traiettoria e, in breve, con la storia dell'idea di democrazia che si è sviluppata, nelle sue diverse varianti e caratterizzazioni, in Occidente e in quella sua terra elettiva che è l'Europa. Probabilmente non c'è nessun concetto che dia, così profondamente, il senso della complessa torsione delle società e dei sistemi giuridici nel corso del Novecento, che meglio descriva il passaggio storico dallo Stato di diritto "liberale" ad una vera democrazia sociale garantita da una Costituzione rigida (*Sozialstaat*).[750] Furono questi atti di "pacificazione politica", come ha scritto

---

[747] Si legga ad esempio un passo di una lontana pronuncia in cui la Corte ammonisce che il contenuto della norma costituzionale "non può essere circoscritto entro i termini angusti di una dichiarazione di libertà organizzativa, ma, nello spirito delle sue disposizioni e nel collegamento con l'art. 40 Cost., si presenta come *affermazione integrale della libertà di azione sindacale*" (Corte cost. 4 maggio 1960 n. 29). In altre pronunce tuttavia la Corte sembra considerare libertà organizzativa e libertà associativa diritti equiordinati; v. ad esempio Corte cost. 5 febbraio 1975 n. 15, ove afferma che "nel titolo primo della prima parte della Costituzione vengono affermati, garantiti e tutelati alcuni fondamentali diritti di libertà, che in gran parte sono compresi nella categoria dei diritti inviolabili generalmente contemplati dall'art. 2 Cost. e riconosciuti all'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Le libertà di associazione e di organizzazione sindacale, di cui agli artt. 18 e 39 Cost., rientrano indubbiamente tra i diritti inviolabili dell'uomo".

[748] Il riferimento alla "comparazione" è ovviamente atecnico, vale a dire non è inteso in senso conforme ai rigorosi canoni della comparazione giuridica (su cui cfr. G. Ajani, *Sistemi giuridici comparati*, Giappichelli ed. Torino, 2005).

[749] M. D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 Costituzione, oggi*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind. 1998, pag. 667

[750] Su questi temi, recentemente, v. G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli Milano 2006; per una recente rivisitazione v. G. Prosperetti, *Dall'art.3 agli artt. 3 e ss. Cost*., Relazione al Seminario interdisciplinare sul tema "Attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro (artt. 1, 3 e 4 cost.)" organizzato dall'Associazione italiana di diritto

in modo disincantato Massimo D'Antona, per assumere "come valori giuridici della società intera le clausole di un compromesso tra classi sociali fino ad allora radicalmente contrapposte dall'ineguale distribuzione di potere e reddito conseguente alla diversa collocazione nella sfera della produzione".[751] Ne è derivato un profondo mutamento istituzionale, destinato a sopravvivere nella sua impalcatura essenziale fino a tutt'oggi, ma ora esposto alla rarefazione degli interessi collettivi o generali che ne erano stati il presupposto, alla consumazione dei modelli storici di riferimento, testimoniata, fra l'altro, dalla emersione di nuovi paradigmi costituzionali (la dimensione multilivello e plurale della Costituzione) che di fatto obbligano, in certa misura, a fare i conti con la "smitizzazione" della stessa Costituzione.[752]

Storicamente, il passaggio ad una democrazia pluralista – sperimentato per la prima volta nel laboratorio di Weimar – coincide in effetti con una profonda revisione della categorie tradizionali e della stessa concezione *liberale* della libertà,[753] tradizionalmente identificata dal binomio libertà "naturale" - libertà "negativa" (il che è quanto dire affermare da un lato il dogma della volontà e dall'altro fissare un sistema di limiti dello stato-persona).[754] Con la crisi dei valori liberali si afferma, gradualmente, una "libertà sociale" in cui la libertà non è più solo una condizione pregiuridica ("naturale") bensì pienamente un "fenomeno giuridico-sociale, parte del mondo del diritto". La libertà viene così collocata sul piano dei valori propri dello Stato costituzionale, ove emergono "nuclei sistemici di valori fissati per categorie di attività ben individuate e ordinati secondo l'importanza assiologica che il Costituente assegna, in riferimento a un determinato plesso di attività, a ciascuno di loro".[755] In tal senso, in quanto "situata", la libertà diviene un "fatto sociale" e si estrinseca in una pluralità di forme e di domini entro i quali si afferma come reale possibilità di agire o di fare ponendosi in relazione con i poteri che in quel determinato campo di attività vengono in rilievo.

Da qui, nelle Costituzioni europee, la libertà sindacale come *valore,* evocativo (in modi variabili, con diversa intensità) di un contro-potere collettivo che si pone in relazione agli altri poteri, in relazione a tutta la società ed alle sue espressioni istituzionali, in modo (più o meno) coerente con la gerarchia dei valori propria di ciascuna Costituzione nazionale. Con la crisi del liberalismo la libertà si afferma come libertà *di,* non solo come diritto pubblico soggettivo di libertà nei confronti dello stato ma come diritto/libertà che per essere concretizzato esige obblighi di cooperazione dal suo antagonista storico, l'impresa, oltre a concrete azioni promozionali dallo stato.[756]

---

del lavoro e della sicurezza sociale e dall'Associazione italiana dei costituzionalisti, che può leggersi in www.associazionedeicostituzionalisti.it

[751] M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?,* in Opere (a cura di Caruso e Sciarra), vol. I, Guffrè Milano 2000 p. 221 ss.

[752] V. A. Ruggeri, *Riconoscimento e tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, attraverso le esperienze di normazione e dal punto di vista della teoria della Costituzione*, Relazione al Convegno su *Ordinamenti compositi e tutela dei diritti fondamentali*, Udine 11 maggio 2007. In www.associazionedeicostituzionalisti.it

[753] Per un'ampia ed affascinante ricostruzione si veda la voce *Libertà* a cura di A. Baldassarre per l'Enciclopedia giuridica Treccani

[754] Come nota Baldassarre "in questa tensione irrisolta fra l'idea in sé (astratta) della libertà (libertà come volontà assolutamente incondizionata) e il suo svolgimento fenomenico come libertà giuridica (libertà determinata dalla legge) sta la base teorica della pratica dello Stato liberale ottocentesco" e da qui il "contrasto sistematico fra l'elevatezza dei principi affermati e la povertà delle libertà concretamente assicurate" (op. cit. pag. 4).

[755] A. Baldassarre, op. cit. pag. 5

[756] G. Giugni, voce *Libertà sindacale* in Nuovo Digesto, discipline privatistiche, Utet Torino 1993.

Ne originano diritti (di contrattazione collettiva, di auto-tutela, di organizzazione) garantiti non più nell'ottica dell'*eguaglianza delle armi* ma in chiave promozionale, ossia riconosciuti ad una soltanto delle parti in conflitto. Ne originano il pluralismo sindacale e la libertà delle forme di auto-organizzazione, il potere di normazione e auto-regolazione dei rapporti sindacali. È libertà dei fini e dei mezzi, in altre parole.

Il potere collettivo di regolamentazione tendenzialmente generale che ne discende e l'affermazione *integrale* della libertà di azione, definiscono e caratterizzano gli stati europei del Novecento qualificandoli, nel loro assetto istituzionale, come "democrazie industriali" o "democrazie economiche".[757] Nelle tradizioni costituzionali europee – e nella nostra Costituzione con ancor più chiara definizione - il principio di libertà sindacale ha quindi natura *costituente*. Piuttosto che ergersi come pura garanzia di insopprimibile agibilità o libertà contro ogni ingerenza esterna, la libertà sindacale affermata dal I comma dell'art. 39 appare come un diritto assoluto, ossia tutelato non solo nei confronti dello Stato ma di tutti i soggetti, anche privati, e "definisce uno dei tratti essenziali del regime costituzionale".[758]

Costruirsi come "potere" implica tuttavia un rapporto multilaterale, con la controparte e con lo stato, in primo luogo, e poi con gli stessi soggetti rappresentati. Qui viene in gioco la legittimazione del potere rappresentativo e il suo limite, la dimensione degli interessi individuale e della libertà del singolo rispetto al "gruppo", la libertà *da*.[759] Ma se le garanzie positive di libertà sindacale restano affidate sostanzialmente agli interventi promozionali dello stato e delle pubbliche autorità, le garanzie di libertà per i singoli e i gruppi "minori" non trovano nell'ordinamento statale eguale protezione, giacché inerenti, nella loro essenza, alla "vita" delle organizzazioni, vale a

---

[757] Per una recente sintesi del percorso storico del costituzionalismo dei diritti, con ampi riferimenti e una notevolissima apertura multi-culturale, v. S. Gambino, *Droits sociaux, Charte des droits fondamentaux et intégration européenne*, in www.europeanrights.eu. Ma si consideri pure, a tal riguardo, la progressiva conquista di garanzie giuridiche della libertà sindacale che derivano da fonti internazionali quali le Convenzioni OIL, che prefigurano un "codice universalistico dei diritti fondamentali"; prospettiva ora più concreta dopo la Dichiarazione del 1998 sui cd. *core labour rights* (e l'esplicito riconoscimento della libertà sindacale e del diritto di contrattazione collettiva fra i quattro meta-diritti fondamentali). Cfr. G. Bronzini, *La Dichiarazione del 1998 sui Core Labour Rights e la rinascita dell'OIL*, in G. Bronzini (a cura di), *Diritti sociali e mercato globale*, Rubettino ed. 2007, p. 17 ss. Per un approccio critico v. U. Prosperetti, in *Libertà sindacale (premesse)*, voce dell'Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, 1974, dubitando che i principi affermati dai documenti internazionali possano essere esaurienti, giacché essi "si riferiscono all'impegno di ciascuno Stato di assicurare la libertà sindacale al proprio interno, e non già al modo di garantire la libertà sindacale in campo internazionale" per fronteggiare la "dilagante potenza delle imprese multinazionali".

[758] G. Giugni, *Commento all'art. 39* in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma 1982. Nota U. Prosperetti, op. ult. cit., che la libertà sindacale potrebbe essere definita una *libertà civile,* "ma per il suo contenuto e per le sue implicazioni si svolge contemporaneamente come *libertà politica*, investendo la stessa funzione dello Stato, di cui mette in discussione i fondamenti tradizionali".

[759] Nell'ordinamento italiano la libertà sindacale negativa non è direttamente tutelata sul piano costituzionale, pur essendo ricavabile *a contrario* dal primo comma dell'art. 39 Costituzione; del resto, come nota Giugni, *Libertà sindacale*, op. cit., "la questione non si è mai posta concretamente, sia per riflesso del pluralismo sindacale sia per la tradizione di solidarismo profondamente radicata nel movimento operaio italiano, che impedisce discriminazioni di danni di chi non sia iscritto al sindacato". Nella legislazione l'unico riferimento esplicito è quello dell'art. 15, lettera a), dello Statuto dei Lavoratori, affermandosi qui il carattere illecito di tutte le pratiche discriminatorie ai danni del lavoratore, sia perché non aderisca ad un sindacato all'atto dell'assunzione (clausole di *closed shop*) sia perché la stessa prosecuzione del rapporto di lavoro venga, in ipotesi, subordinata all'iscrizione ad un sindacato (clausole di *union shop*). Ne deriva, indirettamente, un riconoscimento non solo (o non tanto) della libertà individuale del singolo rispetto al sindacato (vale a dire una preminenza, da questa specifica angolazione anti-discriminatoria, dell'interesse individuale su quello collettivo), quanto un vero e proprio diritto al dissenso, collocandosi la libertà dell'organizzazione sindacale "in un sistema di valori costituzionali fondato su una scelta esplicita nel senso di un sindacalismo volontaristico, garantito in tale sua natura dalla possibilità giuridica del pluralismo organizzativo" (v. G. Giugni, op. cit.; cfr. T. Treu, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Giuffrè Milano 1974).

dire "alle regole che organizzano la partecipazione (momento strutturalmente collettivo)", terreno tradizionalmente estraneo alla regolazione del diritto statuale e riservato all'autonomia o libertà associativa.[760]

Anzi, quanto più la libertà *di* si arricchisce di contenuti positivi e poteri, tanto più essi tendono a "marginalizzare" la libertà negativa, sia sul piano collettivo che individuale. Come scrive Romagnoli, "quando è là dove tutti i significati nascosti della libertà sindacale sono affiorati, si è capito quanto sarebbe stato difficile tenerli insieme".[761]

Nell'ordinamento italiano libertà *associativa* e libertà *organizzativa* (in cui si riflettono, in modo sia pure trasfigurato, le due diverse dimensioni della libertà sindacale: la prima, quale "direzione della libertà individuale specificamente riconosciuta"; l'altra, complesso di attività dell'associazione, quale "funzione propria del vincolo di coalizione")[762] entreranno inevitabilmente in collisione a seguito delle scelte di politica del diritto degli anni sessanta, insieme all'affievolirsi del carattere reciproco o simmetrico della libertà sindacale. Ma si tratta di frizioni che discendono già, a ben vedere, dalla compresenza nel I comma dell'art. 39 della libertà associativa intesa quale *species* del diritto affermato dall'art. 18 Cost. e della libertà organizzativa quale affermazione di una libertà che oltrepassa le strettoie delle "libertà civili", configurandola "come strumento primigenio e necessario di autotutela degli interessi collettivi" di tutti lavoratori.[763] È a questo punto che la libertà sindacale e la libertà di associazione separano le loro strade, come sottolinea Romagnoli.[764]

## 2. Libertà e (contro)potere sindacale. Fra Costituzione vigente e Costituzione vivente.[765]

1. Pur in un'ottica compromissoria, nel nostro paese il progetto costituzionale guardava alla "libertà sindacale" affermata dal I comma dell'art. 39 Cost. quale vera e propria *Grundnorm* dell'ordinamento sindacale,[766] per la costituzione di un potere collettivo non fine a se stesso e neppure funzionale ad un generico pluralismo sociale, ma destinato a canalizzare l'istanza storica del coinvolgimento delle organizzazioni della classe lavoratrice nell'indirizzo politico generale, orientato finalisticamente dall'art. 3, seconda parte, della Costituzione.[767] Si può ben dire quindi che è nel

---

[760] Si vedano le riflessioni di B. Caruso, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, Giuffrè Milano 1986, pag. 30 ss, da cui è estratta la citazione.

[761] U. Romagnoli, *Ripensare il sindacato per ripensare lo Statuto dei Lavoratori*, in Quaderni di Rassegna sindacale, 2001, pag. 131; ma v. pure *La libertà sindacale, oggi*, in Lav. dir. 2000, 4, p. 642.

[762] U. Prosperetti, op. ult. cit.

[763] M. Rusciano, *Libertà di associazione e libertà sindacale*, in RIDL 1985, 4, pag. 585 ss. ed ivi i riferimenti. Si veda pure G. Giugni, *Libertà sindacale*, op. cit., anche per la sottolineatura della titolarità super-individuale della libertà sindacale, nel quadro tuttavia di una necessaria tutela del diritto di azione sindacale del singolo lavoratore "purché funzionale ad una coalizione", giacché oggetto della tutela costituzionale non è solo l'organizzazione in quanto tale ma l'attività finalizzata alla tutela sindacale dei lavoratori. Cfr. M. Dell'Olio, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Cedam Padova 1980; U. Carabelli-P. Balducci, *Il sindacato*, Utet Torino 1984.

[764] U. Romagnoli, *La libertà sindacale, oggi*, op. cit., p. 655.

[765] Ovvero, si potrebbe dire da altra angolazione, fra Costituzione normativa e Costituzione reale (*essere* e *dover essere* della Costituzione) secondo la distinzione utilizzata da Dieter Grimm, in H. Mohnhaupt, D. Grimm, *Costituzione*, Carocci, Roma, 2008.

[766] M. Dell'Olio, *Giurisprudenza costituzionale e diritto sindacale*, in *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale*, vol. IX, ed. Zecca dello Stato, Roma, 2006.

[767] F. Mancini, *Sindacato e costituzione trent'anni dopo*, in *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino Bologna 1976 pag. 163 ss.

DNA del nostro sistema costituzionale un ruolo del sindacato irriducibile alla proiezione della mera libertà associativa; se non proprio una "sottospecie" della rappresentanza politica, per usare le parole di Romagnoli, certamente un potere di produzione di regole dotate di validità generale ("l'ambizione di fare del contratto collettivo un sostituto funzionale della legge" da allora non è più venuta meno). Un potere normativo destinato ad estendersi all'intero gruppo o categoria, a fronte del quale la Costituzione imponeva di "testare" la democraticità degli statuti sindacali.[768] Il che val quanto dire che il problema critico della libertà individuale e dei rapporti fra rappresentanti e rappresentati non apparve aproblematico neppure ai Costituenti.[769]

"Irresistibilmente trascinato ad esercitare il potere di cui dispone su di un terreno attiguo a quello della sovranità dello Stato, come se ne fosse un supplente",[770] il sindacato diverrà, nella forma e nella sostanza, un ibrido a metà fra associazione e istituzione, fra "pubblico" e "privato". La questione del consenso e della democrazia, e quindi delle libertà, rimarrà un "non detto" del diritto sindacale, lasciata all'auto-amministrazione del sistema sindacale o per meglio dire "proiettata all'esterno dell'organizzazione",[771] nonostante i moniti della Corte costituzionale.[772]

Del resto, già nella formula del I comma dell'art. 39 si coglie con nettezza il distacco dalla forma giuridica associativa del codice civile e l'accentuazione del carattere collettivo rispetto alla dimensione individuale della libertà sindacale.[773] Emblematica, come nota Rusciano, è la discussione sul fondamento della libertà associativa del datore di lavoro, inquadrata nell'art. 18 Cost. in quanto figlia della libertà di iniziativa economica privata garantita (ma pure condizionata) dall'art. 41 Costituzione, per sottolinearne la prevalente dimensione individuale.[774] L'entificazione del collettivo o del gruppo – vale a dire l'identificazione nel sindacato "come soggetto a sé stante, dotato di una propria «alterità», come struttura rappresentativa, rispetto alla base degli organizzati; soprattutto dotato di propri poteri, non derivabili dai sottostanti rapporti di organizzazione" – ha posto le premesse della "rescissione" dalla matrice "associativo-organizzativa".[775]

---

[768] U. Romagnoli, op. ult. cit.

[769] V. a tal riguardo, B. Caruso, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, Giuffrè Milano 1986, secondo cui l'art. 39 implica(va) "uno scambio istituzionale i cui termini consistevano nella concessione da parte dello Stato di un preciso potere normativo….a fronte dell'impegno delle Organizzazioni sindacali…di adottare una forma di governo interno di tipo democratico" e per quanto non attuata ha assunto il "valore di un principio che travalica il particolare meccanismo in essa divisitato" (pag. 24-25).

[770] U. Romagnoli, *L'autoriforma del sindacato*, Il Mulino, 2005, pag. 44.

[771] B. Caruso, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, op. cit. pag. 36; P. Bellocchi, *Libertà e pluralismo sindacale*, spec. p. 76 ss.

[772] V. Corte Costituzionale 26 gennaio 1990 n. 30; cfr. M. D'Antona, *Lo Statuto dei lavoratori: le tecniche di tutela*, in Garilli-Mazzamuto (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori (1970-1990)*, Jovene ed. Napoli 1992, pag. 359 ss.; B. Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Franco Angeli ed. Milano 1992.

[773] G. Giugni, *Commento all'art. 39 Cost.*, op. cit. p. 265 ss.

[774] M. Rusciano, *Libertà di associazione e libertà sindacale*, op. cit. pag. 590-591.

[775] M. Grandi, *In difesa della rappresentanza sindacale*, in Giorn.dir.lav.rel.ind., 2004, 104, pag. 628 ss. e da qui le citazioni virgolettate. Da qui i tentativi di collegare il primo comma dell'art. 39 ai commi successivi, e in particolare all'indicazione costituzionale della democraticità dei rapporti all'interno dell'associazione come principio indipendente dall'attuazione specifica della disposizione costituzionale (in tal senso v. già U. Prosperetti, *Libertà sindacale (premesse)*, op. cit., suggestionato dal ruolo, anche di "supplenza politica", assunto in quel periodo storico dalle grandi confederazioni sindacali).

[775] U. Romagnoli, *L'autoriforma del sindacato*, op. cit. pag. 48.

Logica volontario-associativa e logica oggettivo-istituzionale sono tendenze destinate continuamente a giustapporsi.[776]

Nella Costituzione il "motivo funzionale", per usare le parole di Grandi, si traduce in una procedura formale tendente all'unificazione della rappresentanza a garanzia del potere di regolamentazione generale dei rapporti di lavoro. Questa prospettiva, non attuata sul piano legislativo, sarà non di meno in via di fatto affermata grazie al suo "surrogato", l'unità sindacale; un dato dal quale diparte una riflessione teorica che porterà alla regolazione del potere collettivo e del pluralismo sindacale in termini di pura rappresentatività.[777] Il problema critico della libertà sindacale (libertà della persona e delle associazioni sindacali) resterà in ombra; e con esso il tema della democrazia sindacale (le garanzie normative per il singolo e le minoranze "di partecipazione al governo interno e nella determinazione delle forme e dei contenuti dell'attività sindacale") per quanto compresente nell'art. 39 Costituzione.[778] Più rilevante, nell'ideologia giuridico-politica della seconda metà del Novecento, sarà piuttosto l'equazione funzionalista fra unità della tutela e unità della rappresentanza.

Nella cultura *trentanovista*,[779] in effetti, la libertà individuale, la libertà *da*, non ha mai avuto grande spazio. Il tema centrale è stato decisamente un altro. Nell'art. 39 Cost. la tensione dialettica fra "individuale" e "collettivo" – come si comprende non appena si passi da una visione astratto-formale ad un piano assiologico-sostanziale - è risolta a partire dal riconoscimento di un potere sindacale non derivante, nella sua essenza, dal dato associativo, ma discendente dal valore del fatto-lavoro e dal principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3 secondo comma Costituzione. Il fine, in altre parole, è la costituzione dello stato pluri-classe, la partecipazione dei cittadini-lavoratori in funzione del progetto di integrazione delle classi subalterne. L'istituzione di un potere normativo della sfera sociale che possiede la stessa valenza generale delle fonti di produzione legittimate dal/nel circuito democratico-parlamentare (e quindi latamente pubblicistico o istituzionale) ne ha costituito strumento di realizzazione.[780] In altri termini, la norma costituzionale contiene il nucleo essenziale di una visione dello stato in cui, pur senza precostituire gli esiti del conflitto (mai definitivamente risolto nelle società democratiche), fra libertà e organizzazione sceglie questo secondo termine di riferimento, nel quadro di un "controllo procedurale".[781]

---

[776] U. Romagnoli, *L'autoriforma del sindacato*, op. cit. pag. 48.

[777] M. Grandi, op. ult. cit.

[778] B. Caruso, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, op. cit., pag. 25.

[779] Si veda, per un vero e proprio "manifesto" a difesa dell'art. 39 Costituzione, con un suggestivo esercizio di storia ottativa (nel caso in cui la norma costituzionale fosse stata attuata) e una critica alla teoria dell'ordinamento sindacale (se intesa come sistematizzazione del fenomeno collettivo nella sua realtà), G. Pera, *Libertà sindacale (diritto vigente)*, in Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano 1974, p. 509 ss.

[780] Il principio democratico e il principio di maggioranza della seconda parte dell'art. 39 Costituzione, sono per altro verso garanzia di esercizio del potere in modo da prevenire abusi ai danni degli stessi lavoratori. Cfr. G. Pera, *Libertà sindacale (diritto vigente)*, op. cit.

[781] B. Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, op. cit. pag. 372, il quale giustamente nota come questa scelta sia eccessivamente sbilanciata su "un modello storico e monotipico di contrattazione e di rappresentanza negoziale". Il principio democratico e il principio di maggioranza della seconda parte dell'art. 39 Costituzione, sono per altro verso garanzia di esercizio del potere in modo da prevenire abusi ai danni degli stessi lavoratori. Cfr. G. Pera, *Libertà sindacale (diritto vigente)*, op. cit. Su questi temi v. P. Bellocchi, Libertà e pluralismo sindacale, Cedam Padova 1998, spec. p. 65 ss.

Nel modello voluto dai Costituenti potrebbe leggersi, senza per questo fare voli pindarici, un'anticipazione di temi che molto più tardi faranno comparsa nella riflessione politologica e giuridica, ossia la trasformazione dal modello di *government* alla *governance,* orizzonte "inclusivo" che delinea profondi cambiamenti nello schema binario pubblico/privato.[782] Riletta in questo modo, la "contraddizione" fra rilievo pubblicistico dell'attività sindacale e carattere privatistico dell'associazione potrebbe non suscitare le drammatiche alternative poste da una visione in cui "pubblico" è tutto ciò che viene attratto nell'orbita del principio di autorità e "privato" tutto ciò che invece appartiene alla sfera (della libertà) della società civile. La norma costituzionale, nel riconoscere – si direbbe oggi "riflessivamente" – i prodotti dell'autonomia collettiva alla stregua di norme di carattere generale per la regolamentazione dei rapporti di lavoro (affidando il potere normativo alle organizzazioni di rappresentanza, purché democratiche) contiene il principio di un'apertura dell'ordinamento a fonti diverse da quelle legali, con un intreccio fra dimensione pubblica degli interessi e strumenti privati di rappresentanza; *in nuce* il superamento della rigida separazione fra le due incomunicabili sfere pubblico/privato. L'art. 39 Cost. – se depurato dai filtri ideologici – anticipa il tema della trasformazione dei modelli di regolazione ed è quasi "preveggente" nella identificazione di un ruolo delle associazioni di rappresentanza degli interessi in cui queste, "..da fonte di <<disordine>> nella regolazione politica dell'individualismo liberale, si trasformano in fonti possibili di ordine politico, sociale, economico. Un <<ordine>> di portata ben più ampia rispetto all'ambito più ristretto delle associazioni stesse".[783]

Ma proprio il ruolo assunto dalle organizzazioni di interessi – nella Costituzione *vigente* come, in modi del tutto diversi, nella Costituzione *vivente* – intuitivamente implica il "controllo" delle rappresentanze, stante la loro "dubbia natura democratica"; i canali della rappresentanza pluralista o funzionale, osserva Cella, per loro stessa natura non sottostanno alle regole proprie della rappresentanza politica nei sistemi liberal-democratici e per questo la democraticità degli statuti delle associazioni sindacali rappresenta – nell'art. 39 Cost. – condizione necessaria e sufficiente del potere regolatorio loro attribuito;[784] ma *mutatis mutandis* lo stesso problema emergerà nell'ordinamento sindacale di fatto e sarà risolto mediante soluzioni non ispirate al legalismo statale. In entrambi i casi si tratta di dotare di vincoli di *accountability* l'esercizio del potere collettivo, ossia di garantire la responsabilità dei rappresentanti.

2. Il diritto sindacale italiano – a causa della mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 o per meglio dire a causa della sua "impotenza attiva"[785] – verrà costruendosi al di fuori della Costituzione ma in un rapporto dialettico costante con la norma costituzionale,[786] dando luogo ad un'infinita elaborazione di concetti giuridici e ad un latente ma continuo conflitto fra diverse visioni del fenomeno collettivo.

---

[782] Il tema è vastissimo, si veda almeno, anche per le riflessioni sul rapporto fra rappresentanza politica e rappresentanza funzionale, G.P. Cella, *Governance europea, rappresentanza democratica, relazioni pluralistiche*, in Giorn.dir.lav.rel.ind., 2005, 1, pag. 33 ss.

[783] G.P. Cella, ibidem; cfr. W. Streeck-P. Schmitter, *Comunità, mercato, Stato e associazioni? Il possibile contributo dei governi privati all'ordine sociale*, in Stato e mercato, 1985, 13, pag. 47 ss.

[784] Per un approfondimento delle ragioni che determinarono il "congelamento" della seconda parte dell'art. 39 Cost., v. T. Treu-U. Romagnoli, *I sindacati in Italia: storia di una strategia*, Il Mulino Bologna, 1977; G. Pera, *Libertà sindacale (diritto vigente)*, op. cit.

[785] L'efficace espressione è di B. Caruso, in *Rappresentanza sindacale e consenso*, op. cit.

[786] "Doveroso termine di confronto rispetto alla situazione di fatto", sottolinea G. Pera, voce *Libertà sindacale (diritto vigente),* op. cit.

Tutto il lungo percorso della riflessione giussindacale si dipanerà nel contrasto fra i due grandi disegni "individuale-volontaristico" e "collettivo-pluralistico",[787] sostenuti entrambi, sia pure in modi diversi, dal dato "naturalistico" dell'unità della rappresentanza, perseguendo in modi diversi l'entificazione del collettivo, l'oggettivazione della rappre-sentanza quale "strumento di espressione di un sistema astratto di gruppi o di categorie o di classi".[788]

Come ha intuito Tarello, la scissione del nucleo normativo dell'art. 39 operata dalla dottrina post-costituzionale in base alla nota distinzione concettuale fra carattere precettivo e carattere meramente programmatico delle due partizioni della norma costituzionale costituirà il presupposto implicito per "creare" il contratto collettivo di diritto comune, dando luogo ad una spaccatura fra effetti reali e giuridico-formali del fenomeno sindacale.[789] Sarà questo un modo di regolamentare i rapporti fra individuo e gruppo nettamente diverso da quello voluto dai Costituenti, eppure anch'esso tendente ad un isolamento della "realtà" intersoggettiva dell'associazione sindacale. Alla base ci sono complesse stratificazioni giuridiche: l'influenza della storica dicotomia pubblico/privato quale "costrutto rappresentativo principale" (libertà *vs.* autorità); la concezione liberale dell'intervento dello stato, ammesso al solo fine di garantire *l'eguaglianza delle armi*; ma anche motivi più schiettamente riferibili ai modi di organizzazione del pluralismo sociale secondo logiche diverse da quelle propugnate dal solidarismo conflittuale. Inattuazione del progetto costituzionale, rifiuto della pubblicizzazione del diritto sindacale e teoria del contratto collettivo di diritto comune rappresentano i poli dialettici di questa costruzione teorica. La libertà sindacale è stata così a lungo intesa come trasfigurazione della libertà dei privati, garanzia al massimo livello dell'ordinamento giuridico a presidio della libertà o autonomia collettiva, anziché quale riconoscimento di un "contropotere" sindacale/collettivo equiordinato ai poteri di cui si compone lo stato costituzionale. Da qui alcune fra le più rilevanti elaborazioni che hanno contrassegnato la vicenda storica del diritto sindacale italiano: l'interesse collettivo, categoria formalmente sganciata dagli interessi dei singoli, riferibile direttamente al gruppo di cui l'organizzazione è ente esponenziale, di fatto cerniera fra la natura sovra-individuale degli interessi e lo schema del diritto comune; il contratto associativo quale fondamento del potere rappresentativo del sindacato; l'efficacia del contratto collettivo, discendente dal principio della rappresentanza volontaria.[790] Elevando a criterio regolatore del sistema il principio di autonomia privata collettiva non si escludeva una "forte funzione normativa dei contratti collettivi": si abbandonava in tal modo la regolazione autoritaria dei regime corporativo[791] ma al prezzo del "congelamento" della Costituzione.

Questa contrapposizione sembrerà potersi superare grazie all'elaborazione di Giugni e alla sua influenza sul "disegno" giussindacale.[792] Con la teorizzazione dell'ordinamento sindacale viene definitivamente a cadere la sovrapposizione o l'accostamento fra la generica libertà di associazione e la libertà di organizzazione sindacale, anzi si può a ragione parlare di crisi della concezione

---

[787] M. D'Antona, *Diritto sindacale in trasformazione*, in M. D'Antona (a cura di), *Letture di diritto sindacale*, Jovene ed., Napoli, 1990.

[788] M. Grandi, op. ult. cit.

[789] G. Tarello, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, Ed. di Comunità, Milano, 1967.

[790] La letteratura è sterminata. Si veda almeno, anche per i riferimenti, B. Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, op. cit.

[791] V. recentemente per queste riflessioni, S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, in Riv.it.dir.lav. 2006, 4, qui pag. 454.

[792] G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano Giuffrè 1960.

associativa del sindacato.[793] È il distacco dallo schema "statalista" del diritto codificato, per spostarsi nel campo della produzione autonoma extrastatuale della "società civile". L'intervento promozionale dello stato non esclude che i contenuti positivi della libertà sindacale siano la risultante dell'effettività dell'ordinamento sindacale, in una cornice di legalità "non necessariamente coincidente con quella deducibile dal diritto positivo".[794]

La dottrina ha poi superato l'idea che la seconda parte dell'art. 39 Cost. sia costituita da norme di "dettaglio" e non anche da principi vincolanti nei processi interpretativi,[795] riuscendo così ad uscire dalle strettoie di un'interpretazione "statica" della norma costituzionale, collegando l'ordinamento sindacale ad una visione storicizzata della Costituzione, alla Costituzione *vivente*.[796] Ma di fatto, lungo tutto il percorso storico del diritto sindacale italiano, si è lasciato sopravvivere il paradosso per cui "il sindacato è un'associazione privata che nasce da un contratto liberamente stipulato e, ciononostante, svolge funzioni che la omologano alle istituzioni para-pubbliche".[797] Relegato negli schemi del diritto comune, il problema delle libertà sul piano individuale o "personalistico" sarà nondimeno occultato da una concezione "funzionalista" da cui deriva, in rapporto all'unità "astratta" della classe o della categoria, la finzione giuridica del "collettivo".[798] Emblematica è la marginalizzazione negli studi giuridici degli approfondimenti sulla struttura del fenomeno collettivo e sul "fatto associativo in generale", vale a dire sul sindacato "in sé considerato". Resta nell'ombra il nesso fra l'attività esterna del sindacato e la "vita interna dell'organizzazione",[799] impedendo un'interpretazione unitaria dell'art. 39 ossia il superamento dell'artificiosa separazione fra i due blocchi normativi della norma costituzionale.[800]

La contraddizione logica fra la strumentazione privatistica e l'ordinamento sindacale tracimerà presto dal confronto teorico e si spingerà fino ai limiti del punto di rottura proprio sul piano critico dei rapporti fra rappresentati e rappresentanti.

Nell'ordinamento sindacale la rappresentatività (non la rappresentanza sindacale) è la chiave della legittimazione sindacale;[801] un rapporto fra l'organizzazione e il gruppo - nota Caruso con una felice metafora – paragonabile a quello della carta geografica con il territorio, sconosciuto

---

[793] v. T. Treu, *L'organizzazione sindacale*, Giuffrè Milano 1970.

[794] V. G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, op. cit. pag. 14

[795] "Aperti ai valori e dunque alle dinamiche di inveramento dei valori che si sviluppano in ambiti diversi, quello dei rapporti fra stato e gruppi sociali organizzati, quello dei rapporti pluralistici tra organizzazioni contrapposte o concorrenti, quello dei rapporti tra le organizzazioni e gli individui che sono rappresentati dalle, ma anche soggetti all'autorità normativa delle organizzazioni" (M. D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in Giorn. Dir. Lav. rel. Ind. 1998, pag. 667-668).

[796] B. Caruso, *Nella bottega del Maestro: <<Il quarto comma dell'ar. 39 della Costituzione, oggi>> (sapere, tecnica e intuizione nella costruzione di un saggio)*, in Giorn.dir.lav.rel.ind., 2009, pag. 53 ss.

[797] U. Romagnoli, *Ripensare il sindacato*, op. cit. pag. 131.

[798] M. Grandi, *In difesa della rappresentanza sindacale*, op. cit. pag. 630-631.

[799] T. Treu, *L'organizzazione sindacale*, op. cit., qui pag. 7-8.

[800] Il tema sarà ripreso da M. D'Antona in *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, op. cit., che fra le due partizioni della norma costituzionale stabilisce una relazione di equiordinazione e di reciproca interferenza. Nota Bruno Caruso, op. ult. cit., pag. 66, che in questo modo si aprono "varchi epistemologici inesplorati, si invita a compiere una navigazione nei meandri della seconda parte dell'art. 39, all'insegna di un controllo procedurale".

[801] Originando "una netta divaricazione fra la rappresentanza volontaria di tipo privatistico, generata dal rapporto associativo, e la rappresentanza sindacale come rappresentanza *sui generis*, a sfondo politico-istituzionale" (M. Rusciano, *Libertà di associazione e libertà sindacale*, in Riv.it.dir.lav. 1985, 4, qui pag. 592).

nell'ordinamento positivo ed ascendente semmai ai moduli della rappresentanza politica.[802] Il tema della democrazia sindacale, e quindi delle garanzie di libertà, diviene così nodo cruciale del sistema sindacale; tanto più che il sindacato assume decisioni che coinvolgono una base più ampia dei suoi iscritti, fondando il potere di rappresentanza sulla relazione di "rispecchiamento" degli interessi.

Nel filone "collettivo-pluralista", nato su questi presupposti teorici e materiali e ulteriormente evoluto poi in un'ottica chiaramente neo-istituzionalista, la Costituzione è non di meno il necessario ancoraggio: in forme diverse ma equivalenti rispetto all'istituzione della rappresentanza generale della categoria prefigurata dal IV comma dell'art. 39, fino a coincidere con il sistema autoorganizzato attorno al principio-cardine della "maggiore rappresentatività" sindacale.[803] Lo spostamento dell' "unità teorica" del diritto sindacale "al di fuori dell'ordinamento dello stato, negli equilibri e nelle forme storiche del sistema sindacale", non avviene senza una precisa corrispondenza, per quanto implicita, con gli obiettivi della Costituzione. "La nozione legale di rappresentatività" – ricorda Grandi – "è emersa, per ragioni pratiche, come nozione sostitutiva di quella implicita nella disciplina costituzionale dell'ordinamento sindacale".[804] Un passaggio, questo, che potrebbe rileggersi come l'avverarsi, sia pure tardivo e in altre forme, del modello costituzionale, grazie alla natura *costituente* dell'art. 39; da cui origina un potere *costituito* – l'ordinamento sindacale – in grado di produrre norme "equifunzionali" rispetto a quelle dello stato e per questa ragione, più che per la sua "originarietà", definibile quale "fonte di legittimazione extrastatuale del diritto statuale" e "componente costitutiva dell'ordinamento dello stato".[805] Al di là di tutto, un modello pur sempre cresciuto all'ombra della Costituzione, rispettandone i principi "storicizzati".[806] In entrambi i casi progetti che presuppongono l'effettività dell'azione sindacale: "punto di contatto…è dunque l'istanza costituzionalmente inderogabile che un sistema di regolazione collettiva dei rapporti di lavoro fondato sull'attività negoziale dei sindacati operi effettivamente e produca norme valide".[807]

Certo, nel passaggio dalla *libertà del contratto* – una libertà che si vorrebbe agganciata al principio dell'associazione libera, ad un rapporto fra individuo e organizzazione non eversivo dello schema del diritto comune, ma anch'esso "piegato" alla necessità storica della riduzione del collettivo a forma giuridica, alla *fictio iuris* dell'interesse collettivo - al modello incentrato sulla "circolarità del riferimento alla *maggiore rappresentatività*" – in cui al contrario rappresentanza e rappresentatività coincidono senza residui - c'è un salto che implica una diversa concezione del ruolo del sindacato e della natura stessa della democrazia.[808] L'ambizione di tradurre sul piano giuridico

---

[802] B. Caruso, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, op. cit. pag. 119.

[803] M. D'Antona, *Diritto sindacale in trasformazione*, op. cit.

[804] M. Grandi, op. ult. cit.

[805] Le citazioni virgolettate sono tratte da M. D'Antona, *Diritto sindacale in trasformazione*, op. cit. pag. XXV.

[806] M. D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 Costituzione, oggi*, op. cit.; cfr. B. Caruso, op. ult. cit. pag. 63.

[807] M. D'Antona, ibidem

[808] Cfr. B. Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, op. cit. pag. 371 ss. Per un'attenta ricostruzione delle "spire" della rappresentatività nella vicenda storica del diritto sindacale italiano, anche per i riferimenti v. P. Campanella, *Rappresentatività sindacale, fattispecie ed effetti*, Giuffrè Milano 2000; recentemente v. su questi temi S. Scarponi, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Cedam Padova 2005.

l'evidenza storico-politica del fenomeno sindacale operando una fotografica "rappresentazione giuridica di premesse di natura politico-sociali riguardanti i comportamenti e le dinamiche dei soggetti collettivi",[809] si è poi arenata nelle secche della crisi della rappresentatività sindacale. Costruito sul dato storico-politico, il progetto maggioritario era ad esso inscindibilmente collegato.

Orfano della norma costituzionale, il diritto sindacale italiano rimarrà un prodotto culturale composito, con determinanti complesse e di lungo periodo ma mai oggettive o fisse.[810] E per quanto qui (maggiormente) interessa, caratterizzato da un irrisolto rapporto fra libertà sindacale positiva e libertà sindacale negativa.

3. Con lo Statuto dei lavoratori il legislatore interviene sui caratteri della libertà sindacale ribaltando il processo di costruzione del contropotere sindacale (dal basso verso l'alto, dalla periferia al centro), ma pur sempre nella condivisione degli obiettivi di fondo della Costituzione. Si riconoscono diritti e libertà sindacali "minimali" ai lavoratori in azienda, si sostiene il radicamento delle organizzazioni sindacali nei luoghi di lavoro, in funzione del rafforzamento della libertà sindacale e del ruolo delle organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano generale.[811] Ma come ha notato D'Antona, lo Statuto riconosce diritti di democrazia sindacale non a favore dei rappresentati ma dei rappresentanti; i rapporti con le associazioni sindacali restano ignorati e celati in un cono d'ombra.[812] Insomma, anche nello Statuto libertà sindacale positiva e libertà negativa si trovano in rapporto sbilanciato e virtualmente conflittuale. Il latente conflitto fra il rilievo della libertà negativa e l'azione sindacale esploderà più in avanti, con il declino della funzione meramente acquisitiva della contrattazione, quando cioè il contratto collettivo assumerà funzioni irriducibili alla tutela dei diritti individuali dei lavoratori:[813] la libertà negativa, ma forse meglio dire l'argine del diritto privato,[814] sarà lo scudo del dissenso contro le politiche contrattuali dei sindacati maggiormente rappresentativi. Viene al pettine il nodo della rilevanza "politica" dell'organizzazione sindacale in azienda nel quadro di uno schema associativo che rinvia alle forme proprie dell'associazione di diritto privato, e con esso emerge il tema della tutela della libertà sindacale negativa "come garanzia, per il singolo non meno che per le organizzazioni minoritarie, di <<partecipazione>> all'esercizio del <<potere sindacale>>, vale a dire di un potere crescente senza il

---

[809] Usando questa premessa eminentemente empirico-fattuale "come qualificazione legale equivalente al riconoscimento previsto dall'art. 39 cost. e quindi, al pari di quello, in grado di risolvere simultaneamente il problema della selezione dei soggetti sindacali (la regolazione del pluralismo sindacale) e quello dell'autorità normativa dei contratti collettivi (l'efficacia *erga omnes* nei confronti dei gruppi o della categoria)". Non si può non citare il libro di Giuseppe Ferraro *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamiche contrattuali di tutela*, Cedam, Padova, 1981, per il modello teorico di riferimento.

[810] M. D'Antona, *Diritto sindacale in trasformazione*, op. cit.

[811] M. Rusciano, op. ult. cit.. Sia consentito il rinvio a G. Fontana, *Profili della rappresentanza sindacale. Quale modello di democrazia per il sindacato?*, Giappichelli, Torino, 2004.

[812] M. D'Antona, *Diritto sindacale in trasformazione*, op. cit.; ID. *Diritti sindacali e diritti del sindacato: il titolo III dello statuto dei lavoratori rivisitato*, in Lavoro e Diritto, 1990, pag. 247 ss. Scrive D'Antona in quest'ultimo saggio: "Il titolo III dello Statuto dei lavoratori è dunque una legge sulla cittadinanza dei sindacati in azienda, che si preoccupa delle garanzie dei rappresentanti di fronte al potere dell'impresa, ma non definisce la posizione dei rappresentanti di fronte ai lavoratori, né come iscritti, né più specificamente come rappresentati". Ma sul punto si veda già B. Caruso, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, op. cit; cfr. ora *Lo statuto dei lavoratori è morto: viva lo Statuto!*, di prossima pubblicazione in Lav. Dir., 2010.

[813] M. Rusciano, op. ult. cit. pag. 593.

[814] M. Grandi, op. ult. cit.

quale la mera libertà di costituire associazioni sindacali nuove, o di dissentire, perde significato".[815] Sta qui il problema critico della libertà di associazione sindacale, la "questione democratica" *nel* e *del* sindacato, nei rapporti fra individui e organizzazioni e nei rapporti intersindacali.[816]

Quando la "rappresentatività" sostituisce la "rappresentanza" come schema giuridico per amministrare gli effetti soggettivi del contratto collettivo, la libertà negativa finisce per ridursi a mero simulacro, sacrificata in nome di interessi super-individuali o forse, più semplicemente, in nome di una certa organizzazione del pluralismo sociale. La libertà subisce, inevitabilmente, "il condizionamento di logiche funzionali collegate ad esigenze protezionistiche" e la rappresentanza sindacale, "estraniata" dal suo ambito naturale – l'associazione – viene portata sul terreno del "consenso generale", sopprimendo o ignorando il dato delle relazioni intersoggettive che presiedono alla costituzione del potere rappresentativo. Sottolinea Grandi che il I comma dell'art. 39 implica logicamente l'eguaglianza formale delle espressioni organizzate dei lavoratori e un eguale potere di regolamentazione dei rapporti di lavoro, ma libertà ed autonomia vengono recise dalla qualificazione della rappresentatività come chiave di portata generale per disciplinare una serie indeterminata di situazioni soggettive al di fuori della rappresentanza associativa.[817]

La rappresentatività, quale criterio regolatore del pluralismo sindacale, riduce ad unità la realtà frammentata e plurale della rappresentanza. Il principio maggioritario, in luogo del principio associativo, diviene così la chiave per la razionalizzazione del fenomeno sindacale. Ma in tal modo la collisione con il rapporto di "coimplicazione", come scrive Grandi, fra opzione associativa e autonomia sindacale, tutelato dal I comma dell'art. 39 Costituzione, è inevitabile.

Da qui, a ben vedere, profonde divaricazioni teoriche che rinviano in ultima istanza ai due filoni culturali e politici dominanti la cui coesistenza appare sempre più problematica anche sul piano intersindacale.[818] In questa nuova fase sembra impossibile stabilire il "punto di equilibrio" fra libertà individuale e libertà collettiva, fra lavoratore in quanto "associato" e lavoratore come mero destinatario dell'azione sindacale; e da altro versante il punto di equilibrio fra il potere normativo del sindacato e il diritto al dissenso.

Il "vissuto" costituzionale è dunque nel nostro paese complicato da complesse e mai risolte divergenze, non solo teoriche ma per così dire "materiali" (e le prime discendono dalle seconde, sostiene Tarello). La mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. non ha impedito che il modello costituzionale abbia giuocato un ruolo fondamentale quale modello culturale di riferimento, contribuendo a creare "strutture di significato" che sono alla base di diverse opzioni

---

[815] M. Rusciano, *Libertà di associazione e libertà sindacale*, op. cit. pag. 594.

[816] Proprio il rafforzamento del ruolo del sindacato, non disgiunto tuttavia da un logoramento sul piano rappresentativo, riporterà in primo piano il rapporto associativo visto in chiave difensiva della libertà sindacale individuale, "ossia della libertà di non essere vincolati da contenuti contrattuali sui quali non si è avuto alcun modo di manifestare il proprio consenso", così M. Rusciano, op. ult. cit. pag. 599. La riflessione teorica è sterminata, ma si vedano almeno gli importanti contributi di Caruso in *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, op. cit. e in *Rappresentanza sindacale e consenso*, op. cit.

[817] M. Grandi, *In difesa della rappresentanza sindacale*, op. cit. pag. 638-639.

[818] Rappresentanza generale *vs.* rappresentanza associativa, concertazione *vs.* dialogo sociale, rappresentatività qualificata *vs.* legittimazione reciproca, democrazia diretta *vs.* democrazia degli iscritti, stipulazione unitaria del contratto collettivo *vs.* accordi separati, ecc.; le antitesi sono così profonde da prefigurare diverse concezioni di sistema, diversi modelli culturali, opposte visioni del ruolo del sindacato, delle relazioni industriali e del rapporto con il sistema "globale".

di politica del diritto e che hanno prodotto una palpabile incertezza circa il necessario (o auspicabile) "dosaggio" fra libertà negativa e positiva nell'ordinamento sindacale.[819]

## 3. La libertà sindacale e la Carta di Nizza.

La sfera della libertà sindacale è un problema critico anche nel diritto comunitario e nel nuovo quadro costituzionale, a seguito del Trattato di Lisbona (che ha adottato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (art. 6 TFUE) e disposto l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.[820]

In realtà, nonostante il rafforzamento dei valori di dignità, uguaglianza, tolleranza, giustizia e solidarietà,[821] non molto è cambiato quanto ai diritti collettivi secondo i principi già affermati dalla Carta di Nizza del 2001 (per quanto non manchino, da altro versante, segnali in direzione di una politica attiva in materia di diritti fondamentali nell'Unione europea).[822]

In una situazione in cui perdurano le difficoltà di far decollare una politica sociale dell'Unione ed in cui anche le dichiarazioni dei principi non sono completamente avulse dal "credo" funzionalista, uno degli strumenti essenziali per un maggiore impegno sul terreno sociale sono certo le fonti della contrattazione collettiva derivanti dal dialogo sociale comunitario. Ma proprio l'importanza del ruolo della contrattazione e delle parti sociali sul terreno delle politiche sociali avrebbe richiesto, a ben vedere, qualcosa in più delle scarne disposizioni della Carta di Nizza in tema di libertà di associazione sindacale (art. 12) e di contrattazione collettiva (art. 28), che pur elevando al rango di diritti fondamentali l'una e l'altra sono sotto altri aspetti o elusive o troppo generiche. L'atteggiamento minimalista, se non astensionista, dell'Unione, è del resto confermato proprio dal perdurante tabù, anche nel contesto del nuovo Trattato di Lisbona, della competenza dell'Unione in materia di diritto di associazione sindacale (unitamente al diritto di sciopero e alla retribuzione).[823]

Già da queste prime osservazioni è quindi chiaro che la concezione della libertà sindacale nell'ordinamento interno è lontana dalla visione fatta propria dall'ordinamento comunitario, in base alle

---

[819] Libertà negativa da intendersi, come si è già accennato, in un senso più ampio rispetto alla mera libertà di non aderire al sindacato, inerendo qui al potere di vincolo dell'associazione sindacale e al problema critico del dissenso, individuale e collettivo; cfr. G. Giugni, *Libertà sindacale*, op. cit.

[820] Per un commento cfr. G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, in F. Bassanini-G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino Bologna, 2008, pag. 109 ss. Per Bronzini il Trattato costituisce una base "da sola insufficiente per rilanciare le politiche europee volte a colmare, progressivamente, il social deficit dell'Unione". Pur senza derivarne drastiche conclusioni, si può anzi criticamente notare come l'art. 12 TUE affidi al Parlamento europeo il compito della protezione dei diritti individuali dei cittadini europei senza menzionare i diritti collettivi.

[821] Per un inquadramento della Carta di Nizza nell'evoluzione dell'Unione europea verso un assetto costituzionale che espressamente riconosce ed anzi pone al centro della sua costruzione i diritti fondamentali, in coerenza con le Costituzioni nazionali, v. S. Gambino, *Droits sociaux, Charte des droits fondamentaux et intégration européenne,* op.cit.

[822] In tal senso v. O.Pollicino-V.Sciarabba, *La Carta di Nizza oggi, fra sdoganamento giurisprudenziale e Trattato di Lisbona*, in www.europeanright.eu, che pongono in evidenza la crescente attenzione ai diritti sociali e la sperimentazione di nuove strategie antidiscriminatorie, il rilievo crescente della Carta sociale europea, lo sviluppo di azioni comunitarie in campi un tempo trascurati come l'istruzione, ed infine il rilievo della stessa Carta di Nizza, che all'art. 51 impone agli Stati e all'Unione un onere specifico di promozione dei diritti fondamentali.

[823] Cfr. G. Bronzini, ibidem pag. 120. il che, scrive Bercusson, significa in concreto che l'Unione proclama ma non tutela la libertà di associazione sindacale (v. *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Baden-baden, Nomos, 2006).

disposizioni della Carta di Nizza. La libertà di associazione sindacale affermata dalla Carta di Nizza (e così pure dall'art. 11 della CEDU con differenze poco rilevanti) si riduce, se isolata dal contesto evolutivo del diritto comunitario, all'affermazione di un principio inderogabile in una prospettiva di tutela eminentemente individuale, non a caso collocata (anzi inserita fra le righe) nel Titolo dedicato alle Libertà della persona.[824] Al centro della scena il diritto comunitario colloca l'individuo e non il collettivo, benché si tratti di diritti che per loro stessa natura trascendono i singoli lavoratori ed anzi, come si è notato, sono direttamente collegati alla sfera pubblica delle persone piuttosto che alla loro sfera privata.[825] L'ottica della Carta di Nizza è quella dell'atteggiarsi delle volontà individuali come forma dominante per l'esercizio di diritti che appartengono ai singoli e solo a questi (quanto meno in relazione al diritto fondamentale di associazione, poiché l'art. 28 della Carta possiede già una più netta dimensione sovra-individuale, configurando diritti di azione collettiva come attributi propri dell'organizzazione). Non si sottrae, in altri termini, alla linea che percorre tutta la tradizione giuridica europea, per la quale il fondamento dei diritti è individuale e mai collettivo. Del resto la mera libertà di associazione è per sua natura sbilanciata sul versante individuale, poiché indissolubilmente collegata alle relazioni intersoggettive sottostanti; diversamente dalla libertà di organizzazione del I comma dell'art. 39 che rinvia immediatamente alla dimensione collettiva, così "entificata".[826]

Sul piano collettivo "libertà" sembra qui intesa come mera facoltà di agire, come parità conseguita attraverso il diritto, che non nega appropriate garanzie di protezione.

"Libertà di associazione" è, in definitiva, l'estrinsecazione di un principio di libertà sindacale che tende ad assicurare il pluralismo sindacale e a difendere la libertà nel rapporto con lo stato e gli apparati pubblici, a dichiarare l'incoercibilità del diritto individuale a costituire associazioni sindacali "libere". Enfatizza in tal modo il rilievo "politico" della libertà sindacale. Ma se ridotta alla sola garanzia della libertà *da,* è una formula che rinvia ad una generica libertà associativa al cospetto dei poteri pubblici e privati; i suoi contenuti positivi restano quindi affidati agli ordinamenti nazionali, ove si definiscono gli interventi promozionali.

Al di là di considerazioni scontate sul piano astratto-formale, "il diritto di ogni individuo a fondare sindacati insieme ad altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi" non deve però considerarsi di per sé recessivo, laddove si abbia la precomprensione del contenuto della libertà sindacale, quale diritto fondamentale, nelle "tradizioni costituzionali comuni". Una nozione, questa, che ha assunto un valore eminentemente iconografico nel discorso giuridico ed occorre probabilmente ripensare[827] in aderenza ai contenuti effettivi dei diritti proclamati dalle Costituzioni nazionali nel loro profilo dinamico, secondo la loro evoluzione nella prassi e nell'interpretazione costituzionale. Da questo punto di vista, la reciproca contaminazione (*cross fertilizing effect*) fra gli ordinamenti

---

[824] E. Ales, *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in Diritto del Lavoro, 2002, pag. 120.

[825] V. in tal senso G. Brunelli in Bifulco-Cartabia-Celotto, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino Bologna 2001 pag. 106-107. Per un recente commento all'art. 28 della Carta di Nizza v. W. Chiaromonte, *Art. 28. Diritto di negoziazione e di azioni collettive*, in G. Bronzini, *La Carta di Nizza.Commentario*, Chimienti ed. 2008.

[826] M. Rusciano, *Libertà di associazione e libertà sindacale*, op. cit. pag. 587-588.

[827] J.H.H. Weiler, *Introduzione. Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in M.E. Comba (a cura di), *Diritti e confini. Dalle Costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Edizioni di Comunità, Torino, 2002.

– grazie, soprattutto, al dialogo fra le Corti e alla giurisprudenza multilivello, se attenta a costruire un sistema a vasi comunicanti che non ricerchi "un minimo comun denominatore ma valorizzi davvero i valori costituzionali[828] – rappresenta, insieme alla positivizzazione dei diritti sociali, l'altra strada, ancorchè tortuosa, da percorrere,[829] liberandosi tuttavia da ogni visione astratta, quasi che il tema fosse la costituzione di un ordinamento replicante gli ordinamenti nazionali; coerentemente con i caratteri costitutivi dell'identità europea, lontana dall'ideale *pluribus unum* tipico dei modelli federali "forti" ed aperta invece all'integrazione, allo scambio o all'intersezione fra le diverse culture che la compongono, senza annullarle.

È del resto molto difficile riscontrare nelle diverse tradizioni europee una comune "declinazione" della libertà sindacale. Anche nella "vecchia" Europa dei quindici l'analisi comparata di Bercusson ha messo in evidenza che "The concepts of freedom of association in different Member States often overlap. But that not mean they are the same. Neyond the areas of overlap, different Member States will include some elements and exclude others".[830]

Pur essendo individuabile, quanto meno fra i quindici fondatori della Comunità Europea, un "nucleo comune" di diritti strumentali all'affermazione della libertà di associazione sindacale (diritto di adesione, autonomia sindacale, libertà di azione sindacale, natura giuridica dei contratti collettivi), differenti sono le esplicitazioni di questi elementi e differenti sono pure gli altri contenuti positivi della libertà sindacale.[831]

Guardare alle norme della Carta di Nizza, e in generale alle enunciazioni dei Trattati, con gli occhiali del diritto costituzionale italiano, non può che dare risultati fuorvianti o comunque inattendibili ai fini del giudizio di valore o del "dover essere" del diritto comunitario, riflettente un punto di vista necessariamente mediano, o compromissorio, che per i paesi provenienti da una lunga tradizione di sostegno e promozione del fenomeno collettivo può voler dire certamente una costituzionalizzazione non "acquisitiva".

Nella Carta di Nizza libertà di associazione e libertà organizzativa del sindacato tendono a coincidere in una visione abbastanza lontana dalle precise opzioni della nostra Carta fondamentale. Ma forse è possibile, in via interpretativa, non appiattire l'art. 12 su una visione in cui è la libertà associativa (e con essa il rilievo della libertà negativa) ad essere dominante. L'associazione non è,

---

828 In tal senso cfr. A. Vimercati nella presentazione del volume collettaneo da lei stessa curato, *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci ed. Bari 2009, pag. 27.A. Vimercati, ibidem

829 In tal senso G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, op. cit. pag. 122

830 B. Bercusson, *Trasnational trade union rights*, in H. Collins-P. Davies-R. Rideout (eds.), *Legal Regulation of the Employment Relation*, Kluwer Law International Printed in The Netherlands, 2000, qui pag. 417. Cfr. M. Roccella-T.Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, CEDAM, Padova, 2007, pag. 381-382.

831 B. Bercusson, in B. Bercusson (eds.) *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights*, op. cit. Da altra angolazione, sul piano dei modelli empirici di relazioni industriali e organizzazione sindacale, la compresenza nel continente europeo, nei diversi paesi, di tutti i modelli di relazioni industriali e relative combinazioni, da quello partecipativo o neo-corporativo a quello pluralista-conflittuale (cfr. G. P. Cella-T. Treu, *National Trade Unions Movements*, in R. Blanpain (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialised Market Economics*, The Hague, Kluwer, 2007; M. Roccella-T.Treu, op. ult. cit. pag. 383), implica differenze regolative che non possono essere trascurate. Come nota Silvana Sciarra, nei diversi sistemi nazionali muta "la rilevanza del pluralismo sindacale, inteso come dato storico, oltre che come fenomeno sociale da regolamentare" e mutano i caratteri del rapporto fra l'autonomia collettiva e la legge (per quanto sia comune la riluttanza ad accettare un modello di *collective laissez faire)*; v. S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, in Riv.it.dir.lav. 2006, 4, pag. 453 ss.

nell'ottica comunitaria, un riferimento che possiede la stessa evidenza normativa nel diritto interno; "associazione" è termine che andrebbe inteso nel modo più ampio, giacché nelle tradizioni costituzionali europee – e nella stessa vicenda storica del diritto sindacale europeo - evoca un momento aggregativo, costitutivo di una dimensione collettiva, in modo evidentemente atecnico, richiama cioè il fenomeno della coalizione. In tal senso la Carta di Nizza, nel suo porsi in modo generico ed irrisolto nei confronti del conflitto fra individuale e collettivo, operando una legittimazione dell'azione collettiva in funzione di diritti individuali affermati quali diritti fondamentali, non può dirsi, sul piano assiologico-sostanziale, attratta da una visione meramente "liberista" del rapporto fra mercato e democrazia, poiché le strutture normative sono aperte, a maglie larghe, e consentono al fenomeno reale di espandersi entro uno spazio giuridico che non è rigidamente predeterminato, in una prospettiva (quanto meno) di equiordinazione del valore dell'integrazione economica e del principio di solidarietà.

Le scelte di fondo dell'integrazione europea sono lontane dal compromesso finalisticamente orientato insito nella Costituzione italiana. Ma, certamente, la limitata intensità dei diritti collettivi nell'ordinamento comunitario non dovrebbe produrre esiti scontati, quanto al bilanciamento con le libertà economiche (ancorché la recente giurisprudenza della CGE ha deluso molti osservatori: v. sul punto infra). Del resto l'ordinamento comunitario riconosce i diritti collettivi quali diritti fondamentali; le spiegazioni allegate alla Carta enunciano il fondamento dei diritti collettivi già nell'art. 11 della CEDU. E questo è se non altro un punto acquisito, di straordinario valore, a ben vedere, considerando che l'atto di nascita dell'ordinamento comunitario designa questo come ordinamento per il mercato.

Non può stupire quindi che nell'art. 28 della Carta di Nizza l'affermazione dei diritti di negoziazione sia situata in un contesto relazionale profondamente diverso. La natura stessa dell'ordinamento comunitario ne impone la relativizzazione, immergendo questi diritti o libertà in una rete orientata dal principio di proporzionalità (ex art. 52 della Carta).

Nonostante i problemi critici, è però indubbio che gli art. 12, 28 e 27 (diritti di informazione) della Carta, creino un reticolo normativo di diritti collettivi idoneo, quanto meno in astratto, a tutelare la dignità dei lavoratori.[832]

Nell'art. 28 il riferimento ai "lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni" consente di ancorare il diritto di contrattazione direttamente alla forma comune attraverso cui si esprime la dimensione collettiva.[833] Questa volta, riferendosi alle *organizzazioni*, il diritto comunitario ne esclude chiaramente il fondamento individuale e in questo passaggio la Carta di Nizza riflette una concezione della libertà di negoziazione collettiva come strumentale all'affermazione della libertà sindacale positiva e coerente con il rilievo assunto dalla contrattazione nell'ordinamento comunitario.

Il riconoscimento del diritto di contrattazione avviene tuttavia in un'ottica paritetica, su un piano di reciprocità, non ricalcando lo schema dell'ordinamento interno (e in particolare dell'art. 39 Cost.) che invece riconosce il diritto di contrattazione come diritto proprio delle organizzazioni dei lavoratori, ossia di una sola delle parti in conflitto; ma anche questa diversa visione della Carta

---

[832] B. Veneziani, in B. Bercusson (eds.) *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights*, op. cit.

[833] W. Chiaromonte, op. ult. cit.

di Nizza non andrebbe enfatizzata, trattandosi di un fenomeno tipico sul piano sociale che di fatto qualifica il diritto di contrattazione come diritto sostanzialmente funzionale agli interessi collettivi dei lavoratori. La prudente declinazione della Carta si spiega evidentemente per la presenza di tradizioni nazionali eterogenee, oltre che per l'influenza esercitata dalla natura stessa del diritto di contrattazione nell'ordinamento comunitario, frutto del dialogo sociale e quindi di un raccordo puramente volontario. Criticamente, si può osservare come l'art. 28 della Carta colleghi strettamente il diritto di azione collettiva alla contrattazione collettiva; il che potrebbe rappresentare una rilevante differenziazione con il nostro ordinamento costituzionale, dove contrattazione e auto-tutela sono su piani separati e non necessariamente interferenti.[834] Tuttavia, se è vero che la Carta di Nizza presuppone l'interdipendenza fra l'autotutela e la sfera negoziale del sindacato, neppure esclude il contrario; del resto è questo un dato di tipicità sociale. Sarebbe un errore clamoroso, oltre che un probabile auto-goal, interpretare la Carta di Nizza illuminandola con il freddo raggio di luce delle sentenze della Corte di giustizia *Laval, Viking e Ruffert*. Semmai occorrerebbe fare il contrario, dimostrando, a partire dal carattere assolutamente irrisolto del rapporto fra mercato e diritti sociali collettivi, dalle "aperture" connaturate alle dichiarazioni dei principi, la possibilità di una diversa interpretazione. Imputare alla Carta un effetto sostanzialmente nullo, stante l'impossibilità di reclamarne l'osservanza all'interno degli ordinamenti nazionali, o addirittura vederla come strumento per limitare l'esercizio dei diritti da essa stessa proclamati (come argomentato dai più critici commentatori) forse significa sottovalutare la scrittura dei principi e diritti fondamentali e l'importanza che assume nel contesto europeo, come è dimostrato dall'uso che ne fanno i giudici comuni (e dalla stessa evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, su cui v. infra).[835]

L'art. 28 della Carta considera unitariamente il diritto "a negoziare e concludere contratti collettivi" – significativamente nello stesso titolo l'art. 28 si riferisce al diritto alla negoziazione collettiva e non alla contrattazione in modo specifico – il che sembra indicare una volontà di comprendere tutte le diverse fasi in cui si scinde ordinariamente l'articolato procedimento di contrattazione collettiva: dalla presentazione delle piattaforme sindacali alla trattativa con la controparte fino alla vera e propria stipula del contratto collettivo.[836] Fissando in tal modo il contenuto inderogabile della libertà/diritto collettivo, comprendendo non solo le azioni collettive finalizzate alla contrattazione ma anche quelle intraprese dalle organizzazioni collettive per garantire, all'interno dei singoli Stati membri, il rispetto dei contratti collettivi, conformemente al diritto comunitario,[837] ed ovviamente tutta la fase propedeutica alla stessa contrattazione. Il diritto di *concludere un contratto collettivo* è, ad ogni modo, espressione che andrebbe intesa in senso ampio, escludendo qualsiasi interferenza da parte di terzi o autorità pubbliche nella fase negoziale (ma logicamente riconoscendo il diritto di resistenza datoriale). Con un'interpretazione sistematica, orientata cioè

---

[834] Cfr. E. Ales, op. ult. cit., secondo cui in tal modo potrebbero essere non tutelate dalla Carta dei diritti anche le azioni aventi ad oggetto "dispute su diritti legate, invece, all'applicazione e all'interpretazione del contratto stesso".

[835] V. G. Bronzini, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in Riv.it.dir.lav. 2009, 4, pag. 975 ss.; una tesi fortemente critica, ma argomentata, è di G. Orlandini, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Cacuci ed. Bari 2009 pag. 57-58.

[836] B. Veneziani, op. ult. cit.

[837] B. Veneziani, ibidem.

ad offrire un significato coerente con l'intero quadro "organizzatorio" della Carta, in tale espressione si è colto anche un principio di cooperazione fra le parti e di "buona fede" nella negoziazione collettiva.[838]

Quanto ai *soggetti*, il generico riferimento della Carta a "i lavoratori e i datori di lavoro o le rispettive organizzazioni" – se per un verso, come si è già accennato, consente di riferire il diritto alle organizzazioni – non scioglie tutte le ambiguità circa la natura del diritto di contrattazione, che dovrebbe essere considerato alla stregua di un diritto collettivo fondamentale ma più spesso è interpretato quale diritto individuale ad esercizio collettivo. Tuttavia, nonostante quest'ambiguità di fondo, l'enunciazione generica dell'art. 28, giacché riferibile sia ai singoli che alle organizzazione, è coerente con una prospettiva di tutela della libertà contrattuale anche a favore di gruppi non organizzati di lavoratori, vale a dire consente di tutelare il diritto fondamentale di contrattazione anche quando è esercitato spontaneisticamente.[839] Più problematico è infine il riferimento della disposizione della Carta ai "livelli appropriati" del diritto di negoziazione collettiva. Difatti, se si ammette che l'appropriatezza dei livelli di contrattazione sia un tipico dominio dell'autonomia collettiva, probabilmente il sintagma non ha altro valore che quello della riaffermazione di un potere riservato delle parti nella determinazione del luogo o livello di negoziazione (tutelandolo in egual misura). Diversamente, ove si ritenesse che i livelli appropriati siano tali in quanto eterodeterminati, allora evidentemente la Carta di Nizza si esporrebbe ad un'accusa alquanto grave, ammettendo il potere dello Stato (e a fortiori delle istituzioni comunitarie) nel sovra-ordinare i processi di contrattazione collettiva. Fra le due alternative, non c'è dubbio che debba darsi preferenza alla prima.[840] Anche la riserva, contenuta nell'articolo in esame, del diritto di ricorrere ad azioni collettive "in conformità al diritto comunitario" potrebbe leggersi in modo ambivalente, come rinvio generico, aperto, alla cornice dell'ordinamento comunitario che garantisce protezione ai diritti fondamentali nei limiti delle proprie competenze e del sistema di valori e principi di cui è espressione; ma d'altro canto, non può escludersi, anche alla luce delle recenti sentenze della Corte di Giustizia in materia di diritti sociali collettivi, un significato maggiormente controverso, tale da degradare il diritto in questione "al rango di una qualsiasi disposizione ordinaria, tenuta, in quanto tale, a rispettare il diritto comunitario".[841] Anche in questo caso, seguendo l'insegnamento di Ferrajoli, si tratta di scegliere fra diverse opzioni interpretativa quella in linea con i valori costituzionali europei.

Il riconoscimento del diritto alla libera contrattazione collettiva si colloca nel quadro delle garanzie della corretta dialettica fra interessi, pur conflittuali ma assunti come paritetici, ed è influenzato, nella sua estensione ed intensione, dalla natura della contrattazione collettiva nell'ordinamento comunitario; diversamente nella nostra Costituzione *vivente* è prevalsa una netta scelta

---

838 B. Veneziani, ibidem.

839 B. Veneziani, ibidem.

840 B. Veneziani, ibidem

841 Cfr. A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in q. Rivista; con la conseguenza, nota Lo Faro, di farne una sorta di "variabile dipendente dalla interpretazione (giudiziale) di cosa debba intendersi per diritto comunitario".

promozionale, del resto legittimata dalla stessa possibilità o principio di limitazione del mercato in funzione di superiori valori costituzionali ex art. 41 Cost. (quale è il principio *lavoristico*).[842]

Nella nostra Costituzione l'autonomia della contrattazione collettiva è "saldamente ancorata all'attuazione dei diritti costituzionali";[843] mentre nella Carta dei diritti fondamentali costituisce l'effetto di una garanzia di "non ingerenza", inerisce cioè ad una sfera di libertà "non situata". La nostra Costituzione ha un diverso orizzonte, collegato all'obiettivo posto dal secondo comma dell'art. 3 Cost., ricomponendo la frattura, sul piano dell'universalità dei diritti, derivante dal riconoscimento costituzionale di un diritto "riservato e specifico" qual è la libera iniziativa economica privata e il diritto di proprietà che ne è alla base.[844] Pensare di ritrovarlo oltre le frontiere, nello spazio europeo, sarebbe probabilmente un peccato di ingenuità, dimenticando il carattere compromissorio della costruzione europea, concepito come incontro fra modelli "internazionalistici" e "costituzionalistici"; derivandone l'obiettiva limitatezza delle "missioni" che il diritto comunitario può essere chiamato a soddisfare, la sua capacità realizzativa lontana dalla sovranità propria degli stati.[845] I principi, diversamente dalle costituzioni nazionali, non hanno qui una funzione costituente ma "riflessiva" dello stadio di sviluppo della società europea.

Resta aperto, certamente, il grande tema della democrazia economica e, più in particolare, dell'ambizioso progetto di coniugare democrazia politica e democrazia economica superando l'asfittica incomunicabilità fra queste due sfere e con essa l'idea risalente dell'irrilevanza delle diseguaglianze economiche ai fini della "qualità" della democrazia. La critica al modello liberale ha radici talmente antiche da perdersi nella genealogia del pensiero "solidarista".[846] Fra le sue molteplici ramificazioni o derivazioni, il progetto costituzionale italiano e la legislazione "di scopo" sembrano privilegiare il legame fra democrazia ed *empowerment* della classe lavoratrice – diversamente, ad esempio, dalle socialdemocrazie europee, che definiscono la democrazia economica soprattutto in termini di maggiori diritti sociali e reddito dei lavoratori. Ciò non vuol dire che nell'ordinamento comunitario non si colgano precisi indirizzi volti a fare della contrattazione collettiva uno strumento di regolazione generale tendenzialmente equiparato alla fonte legislativa, come del resto è nelle tradizioni nazionali;[847] né tanto meno che non si ritrovino spunti significativi in direzione di una partecipazione "politica" dei lavoratori tendente a realizzare anche a livello trans-nazionale un ponte fra democrazia economica e democrazia politica.

## 4. Il diritto di contrattazione nell'ordinamento comunitario.

La libertà sindacale, proprio perché non può ridursi ad un contenuto meramente negativo, ad un

---

[842] G. Azzariti, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, Relazione al Seminario interdisciplinare sul tema *Attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro* organizzato dall'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e dall'Associazione italiana dei costituzionalisti a Roma il 24 giugno 2008, pubblicato sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it

[843] S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, op. cit. pag. 454.

[844] Per queste considerazioni v. G. Ferrara, op. ult. cit.

[845] V. G. Amato, *Lectio magistralis*, in G. Laschi (a cura di), *Una democrazia senza Costituzione?*, Clueb, Bologna, 2007.

[846] P. Ginsborg, *La democrazia che non c'è*, Torino Einaudi 2006. D'obbligo il rinvio all'opera di Dahl.

[847] B. Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, in DLRI 2006, pag. 610 ss.

obbligo di astensione dello stato, esigendo l'organizzazione e la cooperazione degli altri soggetti, finisce per coincidere con l'esercizio dei diritti che l'esplicitano, con "una diramazione dell'originario diritto fondamentale in più direzioni e pertanto una estensione della sua efficacia verso una serie sempre più vasta di destinatari".[848] Per questo il programma di "conquista della libertà sindacale" non può mai essere concluso, è cioè un "processo senza fine" anche sul piano del diritto, oltre che della *praxis*.[849]

Ogni commento, in altri termini, al modo in cui la libertà sindacale vive nelle sfere assoggettate al "dominio" del diritto comunitario, non può non tener conto del suo carattere dinamico ed aperto, dell'osmosi che si realizza fra prassi evolutiva e sedimentazione di "nuovo" diritto.

I contenuti positivi della libertà sindacale nell'ordinamento comunitario evolvono parallelamente allo sviluppo del mercato unico, che disegna la traiettoria di un assetto economico-sociale ispirato ai canoni del liberismo temperato o *embedded*,[850] ovvero dell'economia sociale di mercato, seguendo le tortuose spire della tradizione continentale dell'ordo-liberalismo. Una trama che non dovrebbe essere ricondotta senza residui a schemi astratti, come se si trattasse di una sorta di "laboratorio" e non già di un insieme di relazioni determinate da una "dialettica" sociale in continuo divenire.

La sintesi che segue ha quindi valore soltanto esplicativo dei passaggi fondamentali, sul piano istituzionale, del rapporto fra il diritto comunitario e la sfera collettiva, che è quanto dire la libertà sindacale nel suo aspetto dinamico, al di là dei riconoscimenti, pur solenni, della Carta di Nizza.

A tal riguardo, non si può fare a meno di notare come, nel momento stesso in cui si passa alla complessa trama di relazioni fra organizzazioni sindacali e istituzioni comunitarie delineata da specifiche norme dei Trattati, l'*imprintig* individualistico della Carta di Nizza perda importanza e quasi sfumi, pur nel quadro di una "filosofia di fondo" ispirata ad una logica paritaria e di "reciprocità".

Le tappe del processo di costruzione di un profilo sociale e di valorizzazione del ruolo collettivo sono notissime.

Dopo il riconoscimento e la promozione di *joint consultation* ad opera della Carta sociale europea del 1961, il punto di svolta a livello comunitario segnato dall'Atto unico europeo del 1986 ha prodotto, come è noto, l'inserimento nel Trattato delle disposizioni relative al "dialogo sociale" comunitario. Si pongono qui le premesse di una vera e propria "rivoluzione organizzativa" nei rapporti fra sindacato e sfera pubblica europea e al tempo stesso si afferma il carattere tendenzialmente universalistico della libertà sindacale. Si va definendo un nuovo rapporto fra "individuale" e "collettivo" e fra libertà negativa e libertà positiva; emerge una linea promozionale tesa a rafforzare la "volontà" collettiva ed a collegare libertà sindacale e contrattazione.[851]

Anche i passi successivi sono noti. La Carta dei diritti sociali fondamentali del 1989 segna un punto di svolta prevedendo il diritto di aderire o non aderire ad organizzazioni sindacali (punto 5), il

---

[848] S. Sciarra, *La libertà sindacale nell'Europa sociale*, in DLRI 1990, 48, pag. 657.

[849] S. Sciarra, ibidem.

[850] v. S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003.

[851] S. Sciarra, op.ult.cit., pag. 673; cfr. T. Treu, *L'Europa sociale: dall'Atto Unico a Maastricht*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1991, 10.

diritto alla contrattazione collettiva nell'ambito del dialogo sociale con particolare riferimento al livello "interprofessionale e settoriale" (punto 6) e stabilendo, ai punti 17 e 18, principi in materia di informazione e consultazione. In tal senso la Carta rappresenta una svolta decisiva verso quel processo di "costituzionalizzazione" che tende a riconoscere nella garanzia dei diritti fondamentali l'elemento qualificante dell'Europa sociale. I contratti collettivi sono considerati strumenti di attuazione della Carta (punto 27), riconoscendo loro, seppur implicitamente, una funzione normativa, sebbene condizionata dalla diversa efficacia soggettiva che essi hanno nei singoli ordinamenti. Le organizzazioni sindacali, in quanto portatrici di interessi generali, vengono ammesse a partecipare ai processi normativi, seppure senza l'indicazione di alcun elemento essenziale quanto a criteri di rappresentatività, democrazia interna, tutela della libertà negativa (in ragione della riserva statale di competenza sul diritto di associazione).[852]

Lo sfondo – in origine - è quello di un rapporto con le istituzioni comunitarie dettato da un'esigenza di <<funzionalizzazione>> dell'autonomia collettiva, costituendo la contrattazione uno strumento d'eccellenza – o secondo alcune analisi l'unico strumento disponibile - di fronte alla rigidità determinata dal doppio vincolo di Maastricht e del Patto di stabilità, al fine di adeguare il sistema economico alle variabili derivanti dalle crisi cicliche.[853] Si tratta di una tendenza che viene da lontano. Sin dall'inizio il ruolo dell'autonomia collettiva all'interno del mercato europeo è stato concepito in modo subordinato all'esigenza prioritaria di garantire la <<libera concorrenza>>, cioè di creare l'integrazione dei mercati. E dopo questa prima fase il rapporto fra istituzioni comunitarie e parti sociali si è rivelato utile per rispondere all'esigenza di regolare l'integrazione economica.[854]

Indubbiamente la <<strategia>> comunitaria ha avuto un'influenza decisiva per definire la natura del fenomeno collettivo. I condizionamenti del quadro comunitario non possono tuttavia oscurare la novità in qualche modo storica rappresentata dalla continuità strutturale fra dialogo sociale e contrattazione collettiva, ossia dall'elaborazione di un sistema complesso di interazione fra livelli istituzionali e parti sociali. Sembra qui emergere un nucleo normativo che va ben oltre il mero riconoscimento dell'autonomia contrattuale delle organizzazioni di rappresentanza.[855] Certamente, nel prisma del soggettivismo interpretativo, quest'evoluzione può apparire come l'avvio di un processo che, prefigurando un assetto pluralistico ed una rappresentanza d'interessi veicolata nei circuiti istituzionali e legislativi, tende ad assumere una funzione di contrappeso e bilanciamento <<del dominio dell'economia sulla dimensione sociale europea>>, promuovendo un processo di integrazione dal basso,[856] in nome, evidentemente, degli standard sociali necessari

---

[852] Fra i tanti commenti cfr. C. La Macchia, *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, in Giorn.dir.lav.rel.ind., 1990, pag. 769 ss.

[853] Per una efficace sintesi delle posizioni degli studiosi di discipline economiche e di relazioni industriali v. A. Lo Faro, *Europei, comunitari e comunitarizzati: i contratti collettivi nell'era della sopranazionalità*, in Riv. Giur. Lav. 2000, I, pag. 863-870, ma prima ancora in *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria,* op. cit.

[854] V. B. Veneziani, *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva nella fase della trasformazione istituzionale dell'Unione europea,* in Riv.giur.lav. 1998, 2, pag. 265.

[855] G. Schnorr, *I contratti collettivi in un'Europa integrata*, in Riv.it.dir.lav. 1993, 3, pag. 333.

[856] B. Veneziani, *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva…*, op.cit. pag. 280; per una ricostruzione dello sviluppo storico e dell'evoluzione del quadro istituzionale del sistema europeo di relazioni industriali v. M. Biagi, *Le relazioni industriali nell'Unione europea*, in G. P. Cella-T.Treu, *Le nuove relazioni industriali*, Il Mulino Bologna 1998, pag. 495 ss.; R. Nunin, *Il dialogo sociale europeo*,

all'efficienza dei mercati in una società pluralistica.[857] Al di là dei giudizi di valore, il dialogo sociale può dirsi funzionale ad "alleggerire" le responsabilità delle istituzioni comunitarie scaricandole sulle spalle delle parti sociali,[858] ma offrendo in questo modo alle associazioni di interessi uno spazio d'intervento inedito e creando una "nuova risorsa" per la regolazione del mercato.[859] In tal senso, il dialogo sociale europeo ha stimolato profili di autonomia più coerenti, a livello intersettoriale e settoriale, in direzione di forme di regolazione ibride in cui sfera pubblica e sfera privata sono oramai intrecciate.

Se questo è, per approssimazione, lo sfondo delle scelte istituzionali, la direttiva comunitaria del 1994 sui comitati aziendali europei (oggetto di recente modifica per effetto della Direttiva 2009/38/CE) definisce un assetto delle relazioni industriali di natura partecipativa funzionalmente collegato alla tutela della competitività delle imprese sul mercato globale, ma aperta a nuovi sviluppi in direzione di una rappresentanza sindacale dei lavoratori a fini di negoziazione collettiva.[860] Ed è senz'altro corretto ritenere che fra il sistema cooperativo o concertativo delineato <<ai piani alti>> dell'edificio comunitario e la rappresentanza dei lavoratori comunitari delineata dai CAE, sembra costituirsi nel complesso un'architettura in grado di concretizzare un modello compiuto di relazioni industriali a livello comunitario.[861] I Comitati aziendali scontano l'ambiguo confine "partecipativo" inscritto nel loro codice genetico; ciò nonostante, sono numerosi oramai gli accordi collettivi sottoscritti direttamente dai Cae con il sostegno delle federazioni sindacali (nazionali o internazionali),[862] confermando le potenzialità insite nei modelli europei, pur nel quadro di irrisolti problemi.[863] Questa linea di tendenza è stata confermata dalla direttiva comunitaria sulla società europea (Direttiva 2001/86/CE), che delinea anch'essa una rappresentanza dei lavoratori a livello transnazionale.

In definitiva, i contenuti della libertà sindacale non possono essere assimilati ad una visione tipicamente liberale, quale mera garanzia di protezione, nell'ottica di una scelta politica di *abstension of the law*. L'intervento comunitario è, al contrario, costitutivo di una complessa organizzazione dei rapporti fra parti sociali e istituzioni comunitarie che sembra ereditare le più incisive traiettorie neo-corporative o concertative delle economie continentali, nel quadro di un "pluralismo ordinamentale" non appiattito su questi modelli teorici. A tal riguardo è anzi un giudizio comune, in dottrina, la complessità del sistema di competenze in ambito sociale, prefigurando un modello di

---

Milano Giuffrè 2001. Ripercorre le vicende della costruzione dell'Europa sociale con condivisibile approccio metodologico D. Comandè, *Negoziazione e contratto collettivo europeo nel pluralismo ordinamentale*, tesi di dottorato in Diritto del lavoro europeo, 2009.

[857] cfr. F. Mancini, *Diritto del lavoro e diritto comunitario*, in Giorn.dir.lav.rel.ind., 1985, pag. 477 ss. Ripercorre le vicende con condivisibile approccio metodologico D. Comandè, *Negoziazione e contratto collettivo europeo nel pluralismo ordinamentale*, tesi di dottorato in Diritto del lavoro europeo, 2009.

[858] B. Bercusson, *The role of the EU Charter of Fundamental Rights in building a system of industrial relations at EU level*, in *Transfer*, 2003, n.2, p. 224

[859] V. F. Alacevich, *Il dialogo sociale in Europa: verso una convergenza funzionale nella regolazione del lavoro?*, in Quaderni di rassegna sindacale, 2006, 1.

[860] Sia consentito il rinvio a G. Fontana, *Profili della rappresentanza sindacale. Quale modello di democrazia per il sindacato?*, op. cit. A fine 2008, risultavano costituiti oltre 800 Comitati aziendali coprendo quasi il 60% dei lavoratori di imprese europee multinazionali (fonte ETUC).

[861] V. M. Biagi, *Le relazioni industriali nell'Unione europea*, op.cit. pag. 495

[862] E. Ales, *La contrattazione collettiva transnazionale fra passato, presente e futuro*, in Giorn.dir.lav.rel.ind. 2007, 3, pag. 545 ss.

[863] Restano aperti, come nota Ales, gli interrogativi su "chi contratta e quali effetti possono essere prodotti dal contratto collettivo".

regolazione del mercato in cui sia riconosciuto il ruolo delle associazioni di interessi nella *governance* europea, stante la "speciale forza che la contrattazione collettiva detiene in ambito comunitario, sconosciuta in genere negli ordinamenti interni".[864] La prospettiva europea è in tal senso coerente con le tradizioni nazionali, con la centralità del contratto collettivo nella regolamentazione dei rapporti di lavoro e con la tendenza al suo rafforzamento nel quadro di variabili rapporti e intrecci con la fonte legale.[865]

Nel quadro definito dal Trattato di Amsterdam la contrattazione collettiva è un fenomeno ambivalente; alla contrattazione "libera", basata sul riconoscimento reciproco e sulla volontarietà dei processi negoziali (art. 139, I comma, ora 155 TFUE), si giustappone la negoziazione "indotta" dall'iniziativa della Commissione (art. 138, commi II, III e IV, ora art. 154 TFUE), ove il contratto collettivo diviene fonte di diritto comunitario aggiungendosi a quelle previste dall'art. 249 del Trattato (art. 288 TFUE).[866] Prima che sul piano negoziale, il ruolo delle parti sociali è tuttavia oggetto di valorizzazione nel momento della definizione degli indirizzi di politica sociale dell'Unione. La consultazione delle parti sociali può sfociare in intese triangolari, la cui finalità è la ricerca di una legittimazione preventiva degli atti di competenza delle istituzioni comunitarie: sperimentata tecnica di "contenimento" della crisi dello stato keynesiano.[867] Le parti sociali sono, per così dire, "internalizzate" nel processo di formazione delle decisioni, dando luogo ad una legislazione "contrattata".[868]

Né con l'adozione del Trattato di Lisbona il quadro di riferimento muta nei suoi termini essenziali, giacché il nuovo art. 152 – pur rafforzando la sussidiarietà orizzontale come chiave delle politiche sociali[869] – si limita a prevedere che "l'Unione riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al suo livello; tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali. Facilita il dialogo fra le parti, nel rispetto della loro autonomia". In linea generale, il Trattato sembra riconoscere e promuovere il valore della sussidiarietà orizzontale ma al tempo stesso tutela le tradizioni nazionali. Il principio di "autonomia", enunciato dall'art. 152, è implicitamente il riconoscimento di un elemento costitutivo dell'ordinamento sindacale sintomatico del valore della libertà sindacale nel diritto dell'Unione.

Se questo è, sommariamente, il quadro istituzionale entro il quale sono canalizzate – o imprigio-

---

[864] G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, op. cit. pag. 111; cfr. B. Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, in Giorn. dir.lav. rel.ind. 2006, 4. In tal senso già M. Biagi, *Le relazioni industriali nell'Unione europea*, op.cit. pag. 501.

[865] S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, op. cit. pag. 456.

[866] V. B. Veneziani, *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva…*, op.cit. pag. 256 ss. In chiave critica v. G. Arrigo, *Rappresentatività, contratto collettivo e processo di determinazione delle fonti del diritto del lavoro comunitario*, in Riv.giur.lav. 2000, 4, pag. 841. V. S. Sciarra, *Il dialogo tra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la contrattazione collettiva*, in Giorn.dir.lav.rel.ind. 1992, pag. 715 ss.

[867] V. B. Veneziani, *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva…*, op.cit. pag. 251-252.

[868] Come si è efficacemente osservato, "il dialogo sociale è il vestibolo, oltre che della consultazione, della contrattazione collettiva; è cioè un antecedente logico perché al suo interno si sviluppi la tappa ulteriore che può condurre ad un accordo" (B. Veneziani, ibidem pag. 254).

[869] G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, op. cit. pag. 118.

nate – le dinamiche collettive, la centralità assegnata alle interrelazioni fra le fonti legali e contrattuali ha dato luogo ad una serie pressoché infinita di riflessioni critiche.[870] A distanza di tempo il quadro appare più complesso, in realtà. Seppure il suo *incipit* può certamente essere collegato al cronico problema del deficit democratico, l'articolazione del dialogo sociale sia a livello di fonti costituzionali – quali sono le stesse norme del Trattato di Amsterdam – che sul piano dell'autonomia del fenomeno socialtipico della contrattazione, dovrebbe far superare molte delle originarie perplessità.

Le organizzazioni sociali e gli interessi che esse rappresentano entrano a pieno titolo nel sistema comunitario di regolazione del mercato evocando un modello di armonizzazione "riflessiva" e sollecitando in tal senso anche gli ordinamenti nazionali.[871] Di fondamentale importanza resta il rilievo della contrattazione collettiva nel sistema delle fonti di diritto comunitario, ma ad esso deve essere affiancato, sul piano analitico, il prodursi di un sistema contrattuale "autonomo", incrementando notevolmente i processi negoziali "volontari", senza il quale sarebbe forse giustificato assumere criticamente il modello europeo quale spia di un assetto regolativo sbilanciato sul versante della funzionalizzazione del contratto collettivo.

L'equivalenza funzionale fra fonte legale e fonte contrattuale non è nuova, del resto, e rinvia ad una ricca e variegata esperienza europea di organizzazione pluralistica della rappresentanza. Fra i diversi modelli o prototipi il diritto comunitarioha optato per una soluzione mediana che non esclude l'intervento della legge ma neppure lo prevede obbligatoriamente; che lascia alle parti sociali la decisione circa il regime di efficacia del contratto collettivo, secondo valutazioni di volta in volta da esse effettuate. L'art. 139 del Trattato (ora art. 155 TFUE) disegna un rapporto fra contrattazione collettiva e ordinamento comunitario valorizzando il principio di autonomia; il primo comma contiene del resto un riconoscimento esplicito del dialogo sociale autonomo rispetto alla procedura delineata dai commi successivi.[872] Può quindi a ragione considerarsi come l'apertura ad un modello pluralistico nel quale si crea un'intersezione o ibridazione fra regolazione pubblica e privata,[873] comprendente le diverse forme del dialogo sociale (dagli accordi a livello intersettoriale e settoriale, fino all'eventuale auto-regolazione, ad opera delle parti sociali, di un nuovo quadro di riferimento per la negoziazione collettiva, autonomo da quello che deriva dalle procedure istituzionali).[874] La contrattazione collettiva "autonoma" può avvalersi alternativamente dello spazio di autoregolazione tipico della fonte negoziale, si potrebbe dire "auto-applicativa", con effetti autonomamente stabiliti dalle parti ma pur sempre rilevanti per l'ordinamento comunitario, ovvero derivare la sua forza dai differenti criteri di efficacia e di attuazione previsti

---

[870] Si veda almeno, anche per i riferimenti, A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, op.cit., in particolare pag. 96-97; v. pure B. Caruso, *Il contratto collettivo europeo*, in *Diritto privato comunitario*, in V. Rizzo (a cura di) *Lavoro, impresa e società*, vol. II, Napoli 1997 Edizioni Scientifiche Italiane.

[871] B. Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, op. cit.

[872] V. nello stesso senso A, Lo Faro, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, in Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind., 2007, 3, pag. 561, con riferimento alla base giuridica di un intervento di regolazione comunitaria sulla contrattazione collettiva transnazionale.

[873] B. Caruso, op. ult. cit.

[874] Cfr. COM 2005, 33 def., Agenda sociale 2005-2010.

dai singoli ordinamenti. Infine può (su richiesta congiunta delle parti) avvalersi della forza normativa data dalla decisione del Consiglio, nell'ambito delle materie previste dall'art. 137 (art. 153 TFUE), vale a dire nel rispetto delle competenze comunitarie, perdendo in qualche misura la sua autonomia rispetto alla legislazione ma al tempo stesso ottenendo un esplicito riconoscimento e coinvolgimento nel *law making process*.[875]

Si può quindi condividere il punto di vista degli studiosi del diritto comunitario del lavoro che "leggono", in questo rapporto "flessibile" fra legge e contratto, un "policentrismo regolativo" fatto di gradazioni diverse dei rapporti fra le fonti, fino a consentire l'efficacia diretta del contratto collettivo e il primato sugli ordinamenti nazionali delle opzioni normative delle parti sociali a livello comunitario, anche quando in questi ordinamenti il regime di efficacia del contratto collettivo non lo consentirebbe in linea di principio. La Corte di Giustizia, già con la sua più risalente giurisprudenza, ha avallato questo particolare modello "circolare" fra fonte contrattuale e fonte legale.[876] L'ibridazione del contratto collettivo è dunque coerente con l'evoluzione registratasi nei paesi europei che ha prodotto ovunque una "straordinaria interazione" fra fonte legale e contrattuale, senza enfatizzare né lo spontaneismo né la volontarietà dei processi e degli assetti contrattuali.[877]

Il complesso schema di relazioni fra parti sociali ed istituzioni comunitarie oltrepassa la *summa divisio* pubblico/privato creando un collegamento strutturale fra "regolazione privata (quanto allo strumento utilizzato)" e "funzione di regolazione pubblica (quanto all'oggetto della regolazione)".[878] La discussione ha antecedenti autorevoli nel dibattito (e nelle esperienza) del neo-corporativismo europeo; un nodo forse irrisolto della storia della democrazia del vecchio continente, in bilico fra autoritarismo e "apertura" del sistema, fra riconoscimento e funzionalizzazione delle risorse di consenso e di legittimazione offerte dalle grandi organizzazioni esponenziali degli interessi del mondo del lavoro. Per quanto ci riguarda, l'imputazione al quadro comunitario di provocare in tal modo una sorta di mutazione genetica del fenomeno collettivo mostra analogie con le critiche "piovute" sulla seconda parte dell'art. 39 Costituzione, accusato di replicare o quanto meno di ereditare modelli autoritari non rispettosi del principio di autonomia. Tuttavia, solo se prigionieri di schemi concettuali risalenti può non comprendersi la complessa riorganizzazione dei meccanismi di funzionamento delle società contemporanee ove la fusione o l'ibridazione fra pubblico e privato è la regola (attraendo nella sfera pubblica schemi organizzativi privatistici e spostando nella sfera privata quote crescenti di regolazione pubblica).[879]

---

[875] Come è noto, le parti sociali hanno raggiunto accordi volontari sul telelavoro (accordo quadro del 16 luglio 2002), sullo stress da lavoro (accordo quadro del 8 ottobre 2004) e sulle molestie e le violenze sui luoghi di lavoro (accordo quadro del 26 aprile 2007), con modalità di recepimento e di efficacia diverse da paese a paese. V. per un'attenta ricostruzione anche del dibattito D. Comandè, op. cit. p. 94 ss.

[876] cfr. B. Caruso, ibidem. Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia 8 giugno 1982 *Commissione c. Repubblica italiana*, causa C-91/81.

[877] S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, op. cit. pag. 457.

[878] B. Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, op. cit. pag. 612.

[879] In tal senso si veda il tentativo di una parte della dottrina di dedurre dall'art. 139 del Trattato una sorta di effetto diretto degli accordi volontari, cfr. D. Schiek, *Autonomous Agreement as A Regulatory Device in European Labour Law: how to Read Article 139 EC?* In Industrial Law Journal, 2005, 1; A. Jeammaud, *Per una discussione sulla contrattazione collettiva europea dal punto di vista degli*

Nella declinazione "plurale" del dialogo sociale comunitario (bipartito o tripartito, interprofessionale, settoriale o aziendale, e con regimi di efficacia assolutamente dissimili)[880] si percepisce la difficile ma progressiva rarefazione dei vecchi confini. Finanche la legittimazione dei soggetti collettivi (ossia quella che può essere considerata normalmente la cartina al tornasole della natura dei fenomeni organizzativi) non deriva, nella sua essenza, né da un attributo pubblico né dal rapporto associativo (in quanto tale inesistente nell'ordinamento comunitario, oggetto solo di coordinamento e cooperazione fra gli Stati ex art.156 TFUE)[881] ma dalla rete di relazioni in cui le parti sociali sono immerse. Del resto, la qualificazione delle organizzazioni come "parti private" è anch'essa nient'altro che un espediente classificatorio; per le funzioni che le parti rivestono, per la loro complessa struttura, per il fondamento della loro legittimazione, queste organizzazioni si situano in uno spazio di difficile definizione, su una labile linea di confine fra pubblico e privato.

## 5. Dal dialogo sociale comunitario alla contrattazione collettiva transnazionale.

Il dialogo sociale settoriale, nel quadro di relazioni "volontarie" fra le parti sociali, rappresenta il terreno di maggior interesse sul piano evolutivo.[882] Particolarmente significativa è l'esperienza dei Comitati di settore per il dialogo sociale, costituiti su iniziativa della Commissione in tutti i settori produttivi – sulla base dei requisiti di rappresentatività indicati dalla Commissione e su istanza congiunta delle parti sociali – che a partire da una funzione meramente consultiva hanno assunto un ruolo più ampio grazie alla stessa Commissione,[883] fino ad acquisire in molti casi una vera a propria funzione negoziale permettendo di raggiungere accordi, ancorché privi di efficacia giuridica (essendo questa rinviata all'implementazione che le parti sociali assicurano a livello nazionale secondo le prassi proprie di ciascun sistema nazionale) ovvero vincolanti a seguito dell'adozione di direttive (come nel caso delle direttive per il trasporto marittimo ed aereo sull'orario di lavoro) e quindi in tal modo ricondotti alle previsioni degli artt. 138 e 139 TCE.[884]

È tempo quindi di guardare alla contrattazione transnazionale al di fuori dei circuiti istituzionali, che dimostra un dinamismo e una varietà di accenti, di contenuti e livelli di regolazione. Caratterizzata, nella sua variegata modulazione, dall'assenza "di una finalizzazione di carattere normativo

---

*ordinamenti nazionali*, in A: Lettieri-U. Romagnoli (a cura di), *La contrattazione collettiva in Europa*, Ediesse, Roma, 1998. Ma anche le visioni meno *tranchant* (per le quali si rinvia all'attenta ricognizione del dibattito svolta da Daniela Comandè) sembrano oramai mettere in questione la tradizionale separatezza fra i diversi livelli di contrattazione.

[880] Si veda la ricognizione della Commissione, *Partenariato per il cambiamento*.

[881] Nella dichiarazione allegata al Trattato di Lisbona (n. 31) si afferma "che le politiche descritte nell'articolo 156 sono essenzialmente di competenza degli stati membri. Le misure di incoraggiamento e di coordinamento da adottare a livello d'Unione conformemente alle disposizioni di tale articolo hanno carattere complementare. Esse mirano a rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri e non ad armonizzare sistemi nazionali. Tali misure non incidono sulle garanzie e gli usi esistenti in ciascuno Stato membro in materia di responsabilità delle parti sociali".

[882] Cfr. al riguardo E. Ales, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato, presente e futuro*, in Giorn. dir.lav.rel.ind. 2007, 3, pag. 541 ss.; cfr. P. Pochet, *Dynamics of European Sectoral Social Dialogue*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2009, pubblicato sul sito www.eurofound.eu.

[883] V. la decisione della Commissione 98/500/CE del 20 maggio 1998.

[884] E. Ales, ibidem pag. 544. La debolezza di questi accordi sta nel fatto che la loro attuazione dipende, come nota Ales, o dalle istituzioni comunitarie o dalla contrattazione collettiva nazionale, limitando in tal modo lo sviluppo ulteriore della già fitta rete di accordi e negoziazioni che si svolgono all'interno dei Comitati di settore.

*forte*", ossia da una prassi negoziale che non tende a incunearsi negli ordinamenti nazionali mediante il sostegno offerto dagli artt. 138 e 139 TCE optando per l'effettività che deriva dalle procedure e prassi proprie dei sistemi sindacali di ciascun paese europeo.[885] Non è ancora l'"europeizzazione delle relazioni industriali", vale a dire un sistema "verticalmente integrato, con riconoscimento di funzioni di condizionamento forte ad un nuovo livello di contrattazione, quello europeo, nei confronti dei livelli inferiori"; al tempo stesso non si può negare che la traiettoria sia oramai tracciata e definita dal "doppio movimento" della contrattazione transnazionale e del coordinamento volontario a livello sovranazionale delle dinamiche contrattuali nazionali.[886]

La divergenza regolativa fra i diversi sistemi nazionali non sembra impedire un processo di convergenza transnazionale o sovranazionale fra settori e imprese multinazionali. L'ossimoro delle "divergenze convergenti", per riprendere un'immaginifica espressione di Caruso, sembra in altri termini qualificare l'attuale stadio evolutivo dei rapporti collettivi a livello europeo, che registra un graduale ma progressivo sviluppo di una fitta rete di negoziazioni grazie soprattutto all'azione delle prime forme di rappresentanza a livello transnazionale (Comitati aziendali europei e Comitati per il dialogo sociale settoriale)[887] e da innovativi esperimenti di contrattazione multinazionale (come gli *International Framework Agreements*, accordi a livello di impresa multinazionale in grado di garantire una copertura dell'intera filiera produttiva, a prescindere dagli assetti proprietari o societari).[888] In sostanza, tre "pilastri" - la contrattazione collettiva comunitaria inserita nei circuiti istituzionali, la contrattazione volontaria e quella aziendale – e un "ponte" in grado di assicurare il coordinamento sovranazionale delle contrattazioni nazionali.[889] Il che consente di definire i contenuti positivi della libertà sindacale in termini sostanzialmente coerenti (tanto più che il Trattato non esclude, ma anzi prevede esplicitamente il dispiegarsi di una contrattazione libera nello spazio europeo), superando le perplessità derivanti dall'equilibrio sbilanciato della contrattazione "indotta" dalle istituzioni comunitarie. Il dialogo sociale settoriale va assumendo caratteri autonomi quanto ad estensione del fenomeno, differenziazione ed incisività dei contenuti, articolazione degli strumenti utilizzati, rilevanza degli attori coinvolti.[890] Allo stesso modo il coordinamento settoriale a livello sovranazionale conosce un intenso sviluppo in alcuni settori maggiormente interessati dagli effetti della concorrenza internazionale, dai processi di delocalizzazione che fanno parte di territori transfrontalieri.[891] Ad esso si affianca un crescente numero di casi in cui a livello aziendale emerge una prospettiva di coordinamento aziendale sovranazionale e un ruolo di maggior peso dei CAE, nel quadro di dinamiche evolventi dal momento partecipativo

---

[885] v. A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, in Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind., 2007, 3, qui pag. 552.

[886] V. B. Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, op. cit. pag. 584 ss; v. A Lo Faro, op.ult.cit. pag. 557-558.

[887] B. Caruso, ibidem pag. 587-588.

[888] A. Lo Faro, op.ult.cit, pag. 554-555. Anche la relativizzazione del dato associativo è del resto un trend di tutti i paesi europei, allargando la forbice fra "grado di copertura del contratto collettivo" e "grado di sindacalizzazione"; cfr. S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, op. cit. pag. 465 e pag. 471 ss.

[889] A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, op. cit. pag. 558.

[890] B. Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, op. cit. pag. 591.

[891] È il caso del coordinamento della contrattazione collettiva promossa nelle aree transfrontaliere riguardanti, fra le altre, Friuli-Venezia-Giulia/Slovenia, Lombardia/Tessin/Piemonte, Friuli-Venezia-Giulia/Veneto/Croazia: cfr. ETUC, *Resolution on the salary campaign and guidelines for collective bargaining coordination* 2009, www.etuc.org/IMG/pdf_EN-Resolution-Salary-campaign.pdf

a quello contrattuale.[892] In definitiva, dinamiche "multilivello" tendono ad affiorare nel contesto di un'economia integrata, producendo a loro volta nuove forme di integrazione sovranazionale della contrattazione collettiva che ruotano attorno al dialogo sociale settoriale e alle ramificazioni all'interno delle imprese multinazionali.[893]

Da altra angolazione, sembra accentuarsi ovunque la funzione regolativa della contrattazione collettiva, sia all'interno dello spazio europeo che nei singoli ordinamenti nazionali.[894] Il legame fra *Social Dialogue* e *working conditions* è oggetto di ricerche empiriche che hanno dimostrato l'impatto del dialogo sociale su materie come l'organizzazione del lavoro, la formazione, le competenze e l'occupabilità, la salute e la sicurezza e benessere, l'orario di lavoro e l'equilibrio fra vita e lavoro, mostrando altresì uno sviluppo abbastanza rapido fra i nuovi Stati membri dell'Unione.[895]

Dopo questo promettente sviluppo, il dialogo sociale (nel suo complesso, bipartito e tripartito, settoriale e intersettoriale) ha ora di fronte a sè la crisi economica globale e le sue conseguenze sul piano occupazionale; l'interrogativo è se riuscirà a contribuire a politiche sociali "anticicliche", o se la recessione sbarrerà la strada alla sua evoluzione. Il problema di fondo è la distribuzione dei costi della crisi. Allo stato la posizione delle parti sociali è debole, difensiva, e l'azione sindacale non ha lo sviluppo che ha conosciuto in altri momenti di recessione.[896]

Da questo punto di vista, il coinvolgimento dei sindacati nella gestione della crisi varia da paese a paese ed è maggiore in quei paesi in cui vi è una tradizione di concertazione sociale.[897] In paesi come l'Olanda (che è stato uno dei primi, già da marzo 2008, ad avviare incontri tripartiti per concordare le misure anti-crisi) ma anche in Danimarca, Finlandia, Svezia, si è registrato un pieno coinvolgimento delle parti sociali: i provvedimenti economici e sociali sono stati negoziati con le organizzazioni sindacali. In altri casi le tensioni fra le parti sociali non l'hanno consentito, ma ovunque si realizza una significativa crescita della negoziazione a livello d'impresa.[898]

Sarà questa, probabilmente, la verifica sul campo della capacità (o incapacità) di superare le tensioni che derivano dai licenziamenti e dalle ristrutturazioni aziendali e di individuare compromessi accettabili per la tutela dei lavoratori europei. A livello europeo, la CES propugna un *New Social Deal*, un effettivo coordinamento delle politiche sociali e delle misure anti-crisi; mentre le Organizzazioni delle imprese (BUSSINESS EUROPE) sono allo stato su posizioni antitetiche, rifiutando

---

892 B. Caruso, ibidem, pag. 593-594, che rinvia al volume di Marginson, Sissen (eds.) e al Rapporto di studio sul *Transnational Collective Bargaining* a cura di un gruppo di studiosi coordinato da Ales (Engblom, Jaspers, Laulom, Sciarra, Sobczak, Valdés Dal-Ré), su cui v. A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, in Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind., 2007, 3, pag. 551 ss.

893 B. Caruso, ibidem

894 B. Caruso, op.ult.cit. pag. 598.

895 Si veda la relazione della European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Working conditions and the social dialogue,* 2007, in www.eurofound.europa.eu

896 Cfr. ETUC, *Resolution Guidelines for the coordination of collective bargaining in 2010*, http://www.etuc.org/IMG/pdf_01-02-2009Resolution-EN-No-to-wages-freezes-and-wage-cuts.pdf

897 Sulle differenze nazionali relativamente al fenomeno della concertazione v. L. Baccaro-M. Simoni, *I governi e la concertazione. Perché alcuni la vogliono e altri no*, in Quaderni di Rassegna Sindacale, 2006.

898 Cfr. la relazione della European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Social dialogue and the recession*, 2009, in www.eurofound.europa.eu

politiche protezionistiche, chiedendo una maggiore integrazione economica fra i diversi paesi e un miglioramento della qualificazione e dell'occupabilità dei lavoratori europei.

Finora, a livello dell'Unione, si è registrata la (sola) dichiarazione comune nell'ambito del Comitato per il dialogo sociale settoriale dell'industria chimica (European Chemical Industry Social Dialogue Committee) sulla crisi economica globale, nell'aprile 2009. Quanto al dialogo sociale intersettoriale, il terzo programma di azione sottoscritto il 11 maggio 2009 prevede una serie di azioni congiunte delle parti sociali nel nuovo contesto della crisi economica.[899] Troppo poco per dire che il dialogo sociale europeo stia agendo come reale fattore di contrasto. Qui si gioca la credibilità dell'Europa sociale e del ruolo delle parti sociali. L'irrilevanza del dialogo sociale o l'impotenza della contrattazione europea getterebbero altra luce sui pur promettenti sviluppi che sono alle nostre spalle.

## 6. Democrazia e rappresentatività sindacale.

In questo quadro, resta aperto il problema – interferente con la stessa evoluzione della contrattazione collettiva transnazionale – delle "regole sul conferimento dei poteri a chi contratta", vale a dire dei presupposti di democrazia sindacale,[900] della legittimazione delle organizzazioni sindacali a livello europeo, questioni su cui non si sono pronunciate, neppure per affermare in linea generale un principio di rappresentatività e/o democraticità, né le disposizioni del Trattato, né la stessa Carta dei diritti fondamentali.[901]

Il tema della democrazia sindacale e della legittimazione a contrattare delle organizzazioni sindacali va anch'esso declinato differenziando il ruolo delle organizzazioni all'interno del meccanismo procedurale descritto dagli artt. 138 e 139 TCE e il ruolo che le stesse organizzazioni assumono nel contesto della contrattazione "volontaria". Nel primo caso, è un tema che certamente rinvia al più ampio problema della *governance* europea,[902] questione che qui non può essere affrontata in modo esauriente e ha profili di natura politica ed istituzionale che involgono la stessa natura del *demos* europeo, ulteriormente "complicata" dall'allargamento dei confini dell'Unione. Qui si può solo dire che il dialogo sociale rappresenta la garanzia di un assetto in cui entrano in gioco le risorse di equità e democraticità delle rappresentanze pluraliste o funzionali, "per nulla sconfitte", come nota Cella, "dalla diffusione della regolazione di mercato, nonostante le previsioni infauste ricorrenti in non pochi settori politici ed economici".[903] Insomma, riguardato dal punto di vista democratico, il dialogo sociale comunitario da un lato rinvia al tema della costruzione di una sfera pubblica europea all'ombra del principio di sussidiarietà, dall'altro solleva tutte le questioni relative al problematico rapporto fra esercizio del potere (normativo) e *accountability* dei rappresentanti. Dal primo versante, le disposizioni del Trattato "costituzionalizzano" lo *status* privilegiato

---

[899] Lo si può leggere sul sito www.etuc.org

[900] S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, op. cit. pag. 474-475; cfr. E. Ales, op.ult.cit. con riferimento ai Comitati aziendali europei.

[901] V. A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria,* op. cit.; cfr. E. Ales, *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, op. cit., pag. 120.

[902] Concetto sfuggente anche a livello definitorio, come nota Massimo Paci

[903] G.P. Cella, *Governance europea, rappresentanza democratica, relazioni pluralistiche,* op. cit. pag.39

del dialogo sociale nella *governance* europea, affidato alla partecipazione di grandi organizzazioni sindacali e imprenditoriali "che non possono mai considerarsi al riparo dalle conseguenze delle proprie azioni e delle proprie scelte", ill cui fondamento, in altre parole, risiede nella loro rappresentatività.[904] Resta dunque aperta la questione "dei caratteri più o meno democratici della rappresentanza e dei soggetti (individuali o collettivi) della rappresentanza stessa".[905] Sono le stesse prospettive dello sviluppo del dialogo sociale che esigono una partecipazione delle organizzazioni sindacali non disgiunta da "forme di democratizzazione delle procedure di dialogo e forme di verifica della rappresentatività degli attori collettivi". Anche qui si tratta di garantire rappresentanza pluralistica e "controllo" della democraticità del funzionamento interno delle organizzazioni; partecipazione e garanzia di rappresentazione degli interessi, anche dei più deboli, ruolo "semi-pubblico" delle rappresentanze funzionali e legittimazione democratica da parte dei rappresentati. Un terreno impervio e scivoloso, risolto con una varietà di modelli negli ordinamenti nazionali ma ancora allo stadio embrionale in ambito europeo, sia per la scelta astensionistica relativa al diritto di associazione (art. 137 TCE, ora 153 TFUE) sia per l'indifferenza dimostrata dalla Carta dei diritti quanto all'affermazione del principio democratico/rappresentativo.[906]

Si ripropone quindi nel contesto europeo il problema della rappresentatività sindacale quale punto critico della libertà sindacale, facendo emergere, come ha notato Arrigo, "oltre alle questioni connesse all'idoneità di alcune organizzazioni ad agire in nome di collettività più ampie degli iscritti, quelle concernenti la capacità dello stesso sistema di rispondere a principi di democrazia e diritto".[907]

La rappresentatività sindacale, in effetti, proprio perché da sempre terreno inesplorato, anzi pressoché ignorato, quanto meno nel diritto primario dell'Unione, deriva la sua concretizzazione sul piano giuridico sostanzialmente dal diritto degli stati membri, a cui (implicitamente) rinviano i generici criteri adottati dalla Commissione;[908]

La Commissione europea si è occupata del problema della rappresentatività in due diverse occasioni, nel 1993 e nel 1998.[909] La valutazione del "nodo" della rappresentatività è differenziata in relazione alle diverse forme di dialogo sociale, consultazione e negoziazione collettiva. Ai fini della consultazione, la rappresentatività è quella che deriva dall'essere le organizzazioni di rappresentanza: a) interprofessionali, settoriali o di categoria e organizzate a livello europeo, b) composte da organizzazioni riconosciute rappresentative a livello nazionali e aventi capacità negoziale, e rappresentative di tutti o della maggior parte degli stati membri, c) capaci di disporre di strutture adeguate tali da consentir loro di prendere parte alla consultazione. Tra queste associazioni o

---

[904] G. P. Cella, ibidem pag. 44, che richiama la comunicazione della Commissione sul Social Dialogue del 2002.

[905] G.P. Cella, ibidem pag. 45.

[906] V. G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, op. cit. pag. 118. A questo scopo potrebbe non essere sufficiente il richiamo habermasiano alla società civile, al carattere aperto e discorsivo della formazione delle decisioni pubbliche, dovendosi più probabilmente attingere alla vasta esperienza della "democrazia associativa" (lontana quindi sia dalle prospettive del neo-corporativismo che da quelle di una sorta di americanizzazione o balcanizzazione delle relazioni industriali). Per riferimenti v. L. Baccaro, Stato *e società civile: verso un modello di democrazia associativa?* In Stato e mercato, 2004, 72, pag. 383 ss.

[907] G. Arrigo, ibidem pag. 843.

[908] G. Arrigo, *Rappresentatività, contratto collettivo e processo di determinazione delle fonti…*, op.cit. pag. 842-843.

[909] COM (1993) 600 final 14 dicembre 1993; COM (1998) 322 final 20 maggio 1998.

organizzazioni potrà darsi l'apertura del negoziato ai fini previsti dall'art. 138 TCE; in tal caso, la Commissione "procede ad una valutazione che tiene conto del carattere rappresentativo delle parti contraenti" (COM 1993, 600) riservandosi di non procedere alla proposta al Consiglio di adozione di direttiva laddove ritenga "che le parti firmatarie non siano sufficientemente rappresentative in relazione alla portata dell'accordo" (COM 1998, 322).

Con l'importante decisione del 17 giugno 1998 il Tribunale di primo grado ha elaborato una nozione di *rappresentatività cumulativa sufficiente* – per la verifica *ex post* della rappresentatività dei soggetti stipulanti - che riprende i criteri già indicati dalla Commissione (sia pur "rimodulandoli").[910] La sentenza sul caso Ueapme è stata oggetto di numerosi commenti;[911] è qui utile ricordare che secondo la Corte "per soddisfare le condizioni di una rappresentatività cumulativa sufficiente, è necessario che i diversi firmatari dell'accordo quadro possano rappresentare tutte le categorie d'imprese e di lavoratori a livello comunitario".[912] Si tratta, in buona sostanza, di criteri di rappresentatività analoghi a quelli in uso nell'ordinamento nazionale; incentrati sulla natura intercategoriale e sul carattere generale delle organizzazioni, pur non escludendo la rappresentatività settoriale o categoriale ai fini della contrattazione di settore.[913] Il Tribunale tuttavia affronta il problema della rappresentatività degli attori sociali come problema di applicazione del principio democratico nell'Unione, *pour cause.*[914] Diversamente, nel caso del dialogo sociale volontario il principio di mutuo riconoscimento surroga la verifica di rappresentatività, delineando in tal modo un sistema "binario" di rappresentatività dei soggetti collettivi in relazione al diverso quadro – istituzionale nel primo, libero e volontario nell'altro – nel quale viene in rilievo. Ma anche all'interno della procedura di dialogo sociale del Trattato, la rappresentatività, in chiave selettiva, è diversamente regolata in funzione del diverso ambito di riferimento; essendo assoggettata ad un controllo nel contesto della consultazione e demandata invece all'autonomia delle parti nella eventuale, successiva fase negoziale; ma con la conseguenza, abbastanza paradossale, che un'eventuale selezione a monte difforme dai criteri elaborati dalla Commissione, finirebbe per produrre effetti negativi a valle, pregiudicando l'attuazione mediante direttive.[915]

---

[910] v. G. Arrigo, *Rappresentatività, contratto collettivo…*, op.cit. pag. 851, R. Nunin, *Il dialogo sociale europeo*, op.cit.

[911] Il testo della sentenza del 17 giugno 1998 del Tribunale di primo grado (causa T-135/96) è pubblicato in Riv.giur.lav. 1999, 2, pag. 289 ss., con nota di F. Scarpelli, *I nodi del neocorporativismo al pettine del diritto comunitario*. Per commenti a tale decisione v. A. Bellavista, *Contrattazione collettiva europea e rappresentatività cumulativa sufficiente*, in Dir. Rel. Ind. 1999, 3, pag., 301 ss.; R. Nunin, *Dialogo sociale europeo e rappresentatività degli attori*, in Lav. Giur. 1999, pag. 405 ss.

[912] A questo proposito v. B. Veneziani, *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva…*, op.cit. pag. 283; cfr. R. Nunin, *Dialogo sociale europeo e rappresentatività degli attori*, op.cit. pag. 411.

[913] M. Roccella-T.Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, op. cit. pag. 385.

[914] V. per riflessioni in tal senso F. Scarpelli, *Diritto comunitario e legittimazione democratica*, in Questione Giustizia, 2000, 1, qui pag. 115-116. Pur confermando i criteri adottati dalla Commissione e nella specie la rappresentatività dei soggetti firmatari dell'accordo sui congedi parentali, il Tribunale ha tuttavia puntualizzato che, a seguito dell'accordo e della valutazione della Commissione circa la rappresentatività dei soggetti firmatari, si dà la possibilità di sindacare nel merito l'esercizio del potere valutativo della stessa Commissione. La rappresentatività – una rappresentatività cumulativa sufficiente – viene posta dal Tribunale "in diretta connessione con il principio fondamentale di democrazia che regge la Comunità: se essa non pare adeguata, la Commissione e il Consiglio devono negare l'attuazione dell'accordo" (ibidem p. 313).

[915] M. Grandi, *La contrattazione collettiva europea: aspetti giuridici*, in *La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici*, Franco Angeli Milano 2001.

Ma evidentemente, un controllo sulla rappresentatività che concerne la partecipazione dei soggetti collettivi ad una procedura in grado di sfociare nell'adozione di norme vincolanti per tutti i cittadini europei non può poggiare su valutazioni sommarie o derivanti da criteri nazionali, o affidarsi al reciproco riconoscimento con il rischio di escludere dal tavolo negoziali gli interessi meno forti, sotto-rappresentati, ovvero gli interessi estranei alle associazioni stipulanti.[916] Si ripropone così a livello europeo la questione del fondamento del potere rappresentativo nel consenso dei lavoratori europei, con o senza principio associativo.

Di libertà sindacale non può però discutersi, nella prospettiva transnazionale, senza considerare, o sottovalutando, la portata dei conflitti con le libertà economiche sul piano del concreto esercizio dei diritti collettivi che ne sono strumento di affermazione positiva. Il carattere dimidiato della libertà sindacale – da un lato elevata al rango di diritto fondamentale, dall'altro subordinata di fatto alla supremazia del valore dell'integrazione dei mercati – emerge qui in tutta la sua portata. Nei successivi paragrafi si cercherà pertanto di approfondire la giurisprudenza delle Corti europee deputate ad amministrare in concreto i conflitti fra le garanzie di protezione "reclamate" da questi stessi valori.

## 7. La libertà sindacale nella giurisprudenza delle Corte europea dei diritti dell'uomo.

Se la Corte di Giustizia, con la sua recente giurisprudenza, ha deluso molti osservatori, la Corte di Strasburgo sembra muoversi in controtendenza, rafforzando il suo controllo sul rispetto e sulla protezione della libertà sindacale, anche se gli esiti di questa "attenzione" non sono privi di elementi di ambiguità. Va comunque registrato come un dato certamente positivo la maggiore ampiezza del controllo operato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che supera la risalente ed asfittica separazione fra diritti umani e diritti sociali in nome dell'indivisibilità del meta-diritto di dignità umana. Questa tendenza sarà probabilmente rafforzata dal Trattato di Lisbona, che non solo ha finalmente comportato l'adesione della UE alla Convenzione dei diritti dell'uomo, ma dichiara solennemente i diritti previsti dalla Convenzione quali principi generali dell'ordinamento comunitario (art. 6 TUE); senza considerare che l'adozione della Carta di Nizza implica a sua volta una maggiore forza non solo della stessa Convenzione, che la Carta richiama espressamente insieme alla Carta sociale dei diritti fondamentali dell'Unione, ma soprattutto della giurisprudenza della CEDU, giacché prevede esplicitamente che le istituzioni comunitari e gli Stati conformino l'interpretazione dei diritti fondamentali a quella stabilita dalla Corte di Strasburgo.[917]

La giurisprudenza della Corte in materia di libertà sindacale sembra essere coerente con questi sviluppi.

La Convenzione dei diritti dell'uomo ha tradizionalmente considerato la libertà sindacale non in modo autonomo ma come diritto inerente alla più generale libertà di associazione;[918] il che si

---

[916] F. Scarpelli, ibidem pag.316- 317

[917] G. Cinelli, *I diritti sociali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, w.p., in www.europeanrights.eu

[918] L'art. 11 della Convenzione (*Libertà di riunione e di associazione)* è così formulato: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà di associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi per la difesa dei propri interessi. 2. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge

spiega evidentemente "par le fait que la Convention européenne des droits de l'homme a, à l'origine, davantage vocation à garantir les droits civils et politiques de toute personne" piuttosto che "le droits spécifiques des différents acteurs de la vie économique et sociale".[919]

Dopo aver accordato un largo margine di discrezionalità agli Stati al fine di apprestare le necessarie misure di tutela della libertà sindacale, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più recentemente agito in controtendenza esercitando un penetrante potere di supervisione degli *standards* nazionali e ponendo un *distinct boundary* alla discrezionalità statale, stante la pre-comprensione della libertà sindacale quale elemento costitutivo di una "società democratica".[920] Alla base c'è la sempre più convinta adesione alla tesi secondo cui non solo i poteri pubblici, ma anche (e soprattutto) i poteri privati, sono in grado di impedire il formarsi di una sfera pubblica democratica.[921] Così, insieme alla più tradizionale tutela della libertà negativa, specialmente in relazione agli ordinamenti che riconoscono il sistema di *closed shop*,[922] la Corte di Strasburgo ha adottato decisioni che si pongono come obiettivo la tutela dei diritti sindacali e in particolare, pur lasciando ampi margini di autonomia degli Stati, del diritto di sciopero e di contrattazione collettiva. La posizione della Corte di Strasburgo è figlia di una visione individualistica e tuttavia, pur rimanendo ad essa ancorata, non è appiattita sulla concezione per cui la libertà è garanzia (soltanto) di difesa del singolo dalle ingerenze dello stato; la diretta incidenza *d*ei principi della CEDU nei rapporti interprivati (*Drittwirkung*) implica il riconoscimento di obblighi positivi degli Stati a tutela della libertà sindacale nei confronti del datore di lavoro e delle stesse associazioni sindacali.

A tal riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo sembrerebbe tendere nelle sue più recenti decisioni a limitare la tutela della libertà sindacale negativa del singolo lavoratore in funzione della protezione della libertà sindacale positiva delle associazioni sindacali, al fine del rafforzamento del sindacato,[923] tenendo conto anche del rilievo storico del sindacalismo nei paesi europei ed affermando apertamente l'esigenza di tutelare in eguale misura libertà sindacale negativa e po-

---

e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non osta a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato." La Corte europea per i diritti dell'uomo ha avuto modo più volte di precisare la portata della libertà sindacale. Per uno scritto recente riassuntivo della giurisprudenza, a cui si farà riferimento nel seguito di questo lavoro, cfr. M. Merino, *Le renforcement de la protection de la liberté syndacale par la Cour EDH, in Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, p. 463; si veda altresì, più recentemente, H. Nicolas, *LA Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la libertè syndacale*, in Revue de droits de travail, 2009, 5, pag. 288.

[919] M. Merino ibidem p. 465

[920] In tal senso la prima, risalente giurisprudenza della Corte è davvero emblematica, non riconoscendo né ai sindacati, né ai suoi membri, un dato livello di protezione da parte dello Stato (CEDU 27 ottobre 1975 *Syndicat national de la police belge C. Belgique*), non riconoscendo il diritto alla consultazione sindacale (CEDU, *Syndicat national de la police Belge C. Belgique*, cit.), non riconoscendo il diritto di sciopero (CEDU, 6 febbraio 1976, *Schmidt et Dahlstrom C. Suède*), non riconoscendo l'obbligo a trattare del datore di lavoro (CEDU, *Schmidt et Dahlstrom*, cit.; CEDU, 6 febbraio 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives C. Suède*). Per questa giurisprudenza risalente, tali diritti rientrano nell'ambito delle competenze di prerogativa statale per la tutela della libertà sindacale, ma non possono essere estratti dall'art. 11 della Convenzione.

[921] V. P. Ridola, *Commento art. 11 CEDU*, in Bartole-Conforti-Raimondi (a cura di), *Commentario della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

[922] CEDU 13 agosto 1981 *Young, James et Webster c. R.U.*; 29 aprile 1993, *Sibson c. R.U.* 11 gennaio 2006**,** *Sorensen C. Danemark et Rasmussen* C. *Danemark.*

[923] M. Merino, op. ult. cit. pag. 472.

sitiva, in quanto discendenti entrambe dall'art. 11 della Convenzione. Scrive la Corte nella sentenza *Rosensen et Rasmussen c. Danemark* del 11 gennaio 2006: "La Cour ut pas en principe que les aspects négatifs et les aspects positifs du droit consacré par l'article 11 doivent bénéficier du meme niveau de protection dans le domaine pertinent. I1 est toutefois difficile de trancher *in abstracto* cette question, qui ne peut etre examinée de facon adéquate qu'à la lumière des circonstances propres à une affaire donnée". In questa sentenza, la Corte sembra non voler fissare il principio di livelli di protezione differenti e ammettere invece un'equiordinazione fra questi due aspetti, i cui conflitti sono da risolvere caso per caso. In tal senso afferma: "Si la liberté syndicale positive sauvegarde l'action commune du groupement formé volontairement, la liberté syndicale négative protège l'individu qui ne souhaite pas faire partie de ce groupement".[924]

Beninteso, la Corte ha avuto un approccio tradizionalmente cauto e prudentissimo nel riconoscimento dei diritti collettivi di contrattazione e di sciopero, giacché il suo obiettivo è stato quello di interpretare l'art. 11 della Convenzione dal punto di vista della tutela della persona e non del gruppo. Tuttavia la più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo mostra una volontà dei giudici europei di attribuire all'art. 11 una maggiore *vis atractiva*. La prospettiva assunta dalla Corte è sempre quella individualistica per la tutela della persona, ma pur attraverso questa mediazione concettuale la Corte giunge ad affermare che "que les termes (cpour la défense de [leurs] intérets)) qui figurent à l'article 11, de la Convention, ne sont pas redondants et "montrent que la Convention protège la liberté de défendre les intérets professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci" (CEDU, 25 aprile 1996, *Gustafsson C. Suède*). I giudici, seppur ricordando la limitata operatività dell'art. 11 quanto agli obblighi degli Stati, hanno affermato al tempo stesso l'importanza di una lettura congiunta dei Trattati ed obblighi internazionali in virtù dei quali hanno dedotto un diritto di negoziazione collettiva del sindacato.

In *Wilson et autres C. Royaume-Uni* del 2 luglio 2002 la Corte conferma questa tendenza, anche se nel contesto di una decisione in cui si sostiene ancora che l'obbligo di contrattazione collettiva per le imprese (assente nell'ordinamento nazionale considerato) non può essere derivato dall'art. 11 della Convenzione, trattandosi solo di un aspetto strumentale della libertà sindacale, a condizione tuttavia che il sindacato abbia altri ed adeguati mezzi per promuovere gli interessi dei propri iscritti. Con questa sorprendente decisione la Corte ha condannato il Regno Unito, non perché non riconosca l'obbligo a negoziare delle imprese (assente nell'ordinamento britannico) ma perché non ha rispettato l'obbligo, certamente discendente dall'art. 11, di assicurare il godimento effettivo dei diritti garantiti dalla norma della Convenzione.[925] Ma quali sono questi diritti? Per la Corte è obbligo dello stato garantire che i singoli lavoratori siano messi in grado di aderire ai sindacati per la tutela dei loro interessi. Il diritto tutelato dalla Corte è quello che attiene alla libertà negativa, proteggendo il diritto del sindacato a non essere ostacolato nell'esercizio delle sue azioni, fra le quali è compresa la contrattazione collettiva. La Corte, in modo sottile, ottiene in un

---

[924] M. Merino *Le renforcement de la protection de la liberté syndacale par la Cour EDH, in Revue trimestrielle des droits de l'homme* op. cit. pag. 475.

[925] V. S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, op. cit. pag. 458 in nota 22; cfr. K. Ewing, *The implications of Wilson and Palmer*, in Industrial Law Journal, 2003, pag. 1 ss.

sol colpo sia di rispettare la volontà degli stati di non rendere obbligatoria la contrattazione collettiva, sia di incoraggiare gli stati a promuoverla.[926]

Da ultimo, in *Demir et Baykara C. Turquie*, 21 novembre 2006, la Corte di Strasburgo ha affermato che il diritto di concludere accordi collettivi può in alcune circostanze ritenersi uno dei mezzi principali, se non il principale, per i membri di un sindacato di tutelare i propri interessi. In questa decisione sembra rafforzarsi la timida apertura contenuta nella sentenza *Gustafson*, riconoscendosi un legame organico fra libertà sindacale e diritto di contrattazione collettiva.[927] Anche in questo caso la Corte mostra un atteggiamento prudente. Non si pronuncia chiaramente sulla riconducibilità del diritto di contrattazione collettiva all'art. 11 della Convenzione, ma considera egualmente violata la norma della Convenzione riconoscendo che il sindacato non aveva altri mezzi, diversi dalla contrattazione, per far valere i suoi interessi e quelli dei lavoratori iscritti. In sostanza, la Corte non afferma esplicitamente il legame fra contrattazione collettiva e libertà sindacale, tuttavia, come nota Merino, lo sostiene di fatto.[928] La tecnica decisoria della Corte di Strasburgo è quella di ammettere da un lato il carattere non esclusivo (seppure principale) della contrattazione collettiva quale strumento di espressione della libertà sindacale garantita dall'art. 11 della Convenzione, dall'altro escludere nella fattispecie la sussistenza di ragioni legittime tali da impedire o limitare il diritto in questione. Non è quindi del tutto corretto ritenere che la Corte abbia senz'altro riconosciuto il diritto di contrattazione quale diritto direttamente tutelato dall'art. 11, ma certamente la Corte, ravvisandone la natura strumentale ai fini dell'esercizio della libertà sindacale, ne ottiene comunque la tutela operando un penetrante controllo ai sensi del II comma della predetta disposizione della Convenzione (secondo cui l'esercizio dei diritti sindacali "non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui").[929]

Anche in relazione al diritto di sciopero, alcune recenti sentenze della Corte sembrerebbero tendere al suo riconoscimento ai sensi dell'art. 11 della Convenzione.

In *Unison c. Regno Unito* (10 gennaio 2002) la Corte ha ritenuto che il diritto di sciopero in quanto tale non è riconosciuto dall'art. 11 della Convenzione e tuttavia che va sempre considerato strumentalmente necessario alla libertà sindacale[930].

---

[926] Nella fattispecie, inconcepibile nel nostro ordinamento, il Regno Unito è stato condannato in quanto consente che un imprenditore possa erogare incentivi economici per indurre i lavoratori a rinunciare a fondamentali diritti sindacali e finanche alla stessa iscrizione al sindacato.

[927] In particolare, in questa sentenza la Corte ha ritenuto che il rispetto di un accordo collettivo, ancorchè stipulato da un soggetto non legittimato, costituisce parte inseparabile ed imprescindibile della libertà di associazione sindacale. Per una sintesi cfr. G. Bronzini, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in Riv.it.dir.lav. 2009, 4, pag. 975 ss.

[928] M. Merino, op. ult. cit.

[929] Cfr. diversamente G. Bronzini, op. ult. cit., secondo cui con questa sentenza la Corte rivede completamente la propria giurisprudenza. In effetti, come si è già accennato, già con la sentenza *Gustafson* la Corte aveva mostrato delle aperture in questa direzione.

[930] Nella fattispecie, un Tribunale del Regno Unito aveva ritenuto illegittima la dichiarazione di uno sciopero contro il rifiuto del datore di lavoro di sottoscrivere un accordo collettivo che disciplinava le condizioni di impiego del personale trasferito ad altra azienda e il Governo è stato condannato per aver consentito una restrizione al diritto di sciopero.

In *Fédération des syndicats de travailleurs Offshore C. Norvège* (27 giugno 2002) la Corte si spinge oltre e afferma che il divieto di sciopero disposto dalle autorità norvegesi nel settore dell'estrazione del petrolio e gas nel mare del Nord, costituisce un'ingerenza illegittima nell'esercizio dei diritti garantiti dall'art. 11. Pur riaffermando in linea di principio che il diritto di sciopero non è garantito ai sensi dell'art. 11, la Corte esamina se i limiti al diritto di sciopero possono essere giustificati ai sensi del II comma (). La Corte si serve di questa disposizione per operare un controllo minuzioso sulla restrizione del diritto di sciopero senza però affermare di dover proteggere direttamente e positivamente questo diritto. Secondo Merino, queste ultime due decisioni potrebbero essere il preludio di un *revirement* della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nel senso di ammettere la sua competenza a controllare le restrizioni al diritto di sciopero in direzione di una protezione incrementata di questo diritto da parte degli stati membri.[931]

Da ultimo, si segnala un ulteriore rafforzamento della tendenza della Corte europea di Strasburgo a tutelare il diritto di sciopero con la sentenza *Enerji Yapi – Yol Sen v. Turkey* del 21 aprile 2009, che nella motivazione rinvia al precedente *Demir* del 12 novembre 2008.[932] Anche in questa decisione la Corte non tutela direttamente il diritto di sciopero, ma si avvale del II comma dell'art. 11 della Convenzione per controllare la legittimità della restrizione imposta dallo Stato.

La giurisprudenza della Corte Europea, anche per la valorizzazione dei trattati internazionali e della stessa Carta di Nizza per quanto non direttamente applicabili allo Stato, presenta quindi elementi evolutivi di grande interesse ai fini della tutela della libertà sindacale e dei diritti collettivi,[933] ma per una sua realistica valutazione (per evitare altre disillusioni) non dovrebbe sottovalutarsi l'ambivalenza della libertà sindacale negativa, che è al tempo stesso tutela dalle ingerenze dello stato e dei poteri privati ma anche strumento di difesa dei singoli e limite della libertà positiva. Difatti, se è vero che la giurisprudenza più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo sembra prendere atto del valore della libertà di associazione sindacale proclamato dalla Dichiarazione del 1998 dell'OIL quale "meta-diritto" umano fondamentale vincolante grazie al collegamento con la Carta ONU, gli orientamenti della Corte di Strasburgo non possono per ciò stesso considerarsi in contrasto con l'operazione riduttivistica della Corte di Giustizia sul versante dei diritti collettivi e del diritto di sciopero.[934] La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo non è priva di ambiguità ed anzi, secondo alcuni osservatori, potrebbe evolvere in modo imprevedibile, agendo come una "lama di rasoio" per gli ordinamenti che da tempo hanno operato una politica legislativa promozionale nei riguardi dell'autonomia collettiva. Guardare a questi diritti attraverso il prisma della libertà negativa, significa considerarli sia nella loro dimensione individuale che nell'ottica della libertà associativa. La giurisprudenza della CEDU potrebbe

---

931 M.Merino, ibidem pag. 480 ss.

932 La sentenza è pubblicata in Riv.it.dir.lav. 2009, 4, pag. 970 ss con nota di G. Bronzini, op. ult. cit.

933 Rileva questo punto, su cui insiste molto ritenendolo elemento di una possibile costituzionalizzazione dello spazio globale, G Bronzini, op. ult. cit.; ma si veda pure dello stesso autore *La dichiarazione del 1998 sui Core labour rights e la rinascita dell'OIL*, in G. Bronzini (a cura di), *Diritti sociali e mercato globale*, Rubbettino 2007.

934 In questi termini invece G. Bronzini, in *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, op. cit. pag. 982-983, secondo cui gli orientamenti della CEDU potrebbero giovare "ad un più saggio ed equilibrato bilanciamento" con le libertà economiche.

quindi suggellare il carattere volontario della contrattazione collettiva e fare da apripista alla manutenzione degli ordinamenti che ammettono la vincolatività del contratto collettivo e l'obbligo dei datori di lavoro di aderire ad un'associazione di categoria, anche in via indiretta.[935]

Porre su un piano simmetrico, secondo il principio dell'*eguaglianza delle armi*, i diritti dei lavoratori e degli imprenditori, significa porsi in contrasto logico con gli ordinamenti che hanno adottato una linea promozionale di politica legislativa, laddove in questi ordinamenti i diritti collettivi sono "unilaterali", riconosciuti ai lavoratori e alle loro organizzazioni per finalità di riequilibrio sostanziale e non formale dei rapporti fra le parti. Reciprocità dell'azione collettiva può significare altresì riconoscere il diritto di *lock out* degli imprenditori come diritto paritetico a fronte del diritto di sciopero dei lavoratori. Allo stato, la Corte riconosce il diritto degli imprenditori solo se sia data "la prova di una situazione per sua natura idonea a liberarlo dall'obbligo di consentire la prestazione lavorativa". Ma l'evoluzione della giurisprudenza potrebbe essere sollecitata dalla presenza di ordinamenti europei, come in Germania, che viceversa riconoscono apertamente la "parità delle armi".[936]

In definitiva, nella giurisprudenza della CEDU si coglie chiaramente un processo evolutivo tendente a rafforzare la tutela dei diritti collettivi, che sarà certamente influenzata dalla adozione della Carta di Nizza nel Trattato di Lisbona e quindi dalla sua conclamata efficacia giuridica; tuttavia questo stesso rafforzamento della giurisprudenza della CEDU potrebbe riservare inattese conseguenze, laddove, a partire dall'art. 11 della Convenzione, dovesse prender piede il riconoscimento della reciprocità e pariteticità dei diritti collettivi.[937] D'altra parte, se la CEDU ha ampliato il raggio di incidenza del diritto di associazione sindacale ammettendo, seppur implicitamente, che il diritto di sciopero possa discendere da esso, questo percorso sembra oramai ostruito dalla riproposizione, in termini nuovi, del tema del contenuto dei diritti collettivi, declinati in norme fondamentali di livello sovranazionale ma comparabili con libertà e diritti di natura economica, di modo che la ricerca deve necessariamente spingersi all'individuazione del "punto di prevalenza" dei primi sui secondi ovvero della "linea di confine" tra diritti equiordinati.[938]

## 8. Da *Albany* ai casi *Laval e Viking.* Le alchimie della Corte di Giustizia.

Nella nuova dimensione multi-livello, l'intreccio e la sovrapposizione di diverse fonti normative di grado "costituzionale" finiscono per creare asimmetrie e conflitti fra principi ascendenti ai diversi ordinamenti. Cambiano i riferimenti concettuali e i parametri di legittimità del potere sindacale. Alla gerarchia di valori della Costituzione si sovrappone uno spazio giuridico in cui la libertà sin-

---

[935] Nell'ordinamento italiano una problematica simile è stata posta recentemente in relazione alle disposizioni del d. lgs. n. 276 del 2003 che di fatto impongono ai singoli datori di lavoro l'iscrizione alle associazioni di categoria che costituiscono gli enti bilaterali, al fine di ottenere i benefici e le prestazioni assicurate da questi organismi paritetici. Si è a tal riguardo sollevata la questione della violazione del I comma dell'art. 39, vale a dire della libertà sindacale negativa, tesi che potrebbe essere rafforzata dalla giurisprudenza della CEDU sull'art. 11 della Convenzione.

[936] Per questa sintesi v. M. Merino, op. ult. cit. pag. 486 ss.

[937] M.Merino, op.ult.cit.

[938] Cfr. J. P. Marguènaut, J. Mouly, *Les incursions de la Cour européenne des droit de l'homme en droit du travail: une oeuvre encore en demi-teinte*, in Revue de droit du travail, n. 1, 2008, p. 16 e ss.

dacale è situata in un diverso ordinamento di valori e dove, contrariamente, sono le quattro libertà economiche fondamentali ad avere semmai una precipua funzione costituente.

Le differenze impediscono una ricostruzione coerente, senza incrinature, dei nessi fra gli ordinamenti. "Differenze" è una parola che, diversamente dall'uso che spesso ne viene fatto, evoca scontri, non un variopinto e pacifico pluralismo con i colori dell'arcobaleno, soprattutto quando si discute di valori e principi, che sono pur sempre, come ha notato Silvana Sciarra, una "classe variabile" influenzata da una molteplicità di fattori, tanto più "variabile" quando si tratta di diritti di terza o quarta generazione.[939]

È con *Albany* (e poi con la sentenza *Van der Woude*) che il problema della coerenza fra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento comunitario entra prepotentemente nella riflessione giuslavoristica, venendo in rilievo le regole di contemperamento o bilanciamento fra l'autonomia collettiva e il libero mercato.[940] Un rapporto evidentemente conflittuale in linea di principio, implicito nella stessa funzione della contrattazione collettiva. Non è qui il caso di entrare nel merito della vicenda che i giudici olandesi sottoposero alla Corte di Giustizia ma è sufficiente ricordare che la Corte di Lussemburgo, per affermare l'immunità della contrattazione collettiva, dichiarò che a seguito del Trattato di Amsterdam le "politiche sociali" della Comunità dovevano considerarsi oramai equiordinate agli obiettivi del funzionamento del mercato concorrenziale; cosicché, pur determinando alcuni effetti restrittivi, gli accordi collettivi, in quanto finalizzati alla ricerca di misure "volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro", non potevano essere assoggettati all'art. 85 (ora 81) del Trattato UE.

Come si è notato, la tecnica di decisione della Corte di Giustizia è quella della comparazione/bilanciamento fra le "politiche" comunitarie, senza alcun riferimento ai "diritti" o ai "principi" in gioco, e in particolare al rango del diritto di contrattazione collettiva, che pure era ed è parte integrante delle tradizioni costituzionali comuni dei paesi europei.[941] La Corte, in altri termini, pur giungendo al risultato di esonerare la contrattazione collettiva dai dettami del diritto della concorrenza, in *Albany* non eleva certo il diritto di contrattazione a diritto fondamentale dell'Unione, ancorché fosse già operante l'Accordo sulla Politica Sociale; anzi la Corte, come ritenuto da tutti gli osservatori, sembrò implicitamente escluderlo.[942] Sostiene Pallini, giustamente, che nel nostro ordinamento la questione non si sarebbe neppure posta, stante il riconoscimento costituzionale del diritto di contrattazione collettiva alla stregua di "diritto assoluto" e la sotto-ordinazione del diritto della concorrenza al principio di libertà sindacale, del resto implicita nella stessa formula condizionata del diritto di iniziativa economica privata ex art. 41 Costituzione.[943]

---

[939] S. Sciarra, *La libertà sindacale nell'Europa sociale*, in DLRI 1990, 48 pag.655

[940] La sentenza è stata pluricommentata; si rinvia qui a M. Pallini, *Il rapporto problematico fra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in Riv.it.dir.lav. 2000, II, p.225 ss. anche per i riferimenti.

[941] M. Barbera, *La Carta di Nizza e le politiche sociali europee*, in M. Napoli (a cura di) *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, ed. Vita e Pensiero, Milano, 2004 qui pag. 52-53

[942] V. M. Pallini, op. ult. cit. pag. 235.

[943] Nel nostro ordinamento, infatti, "il riconoscimento costituzionale della libertà sindacale, garantisce quantomeno che gli ambiti dei rapporti interprivati normati dall'autonomia collettiva possano essere violati dal legislatore soltanto se sussistono superiori esigenze di ordine pubblico" (M. Pallini, op. ult. cit. p. 232). La Carta di Nizza ha certamente innovato questo quadro con un esplicito riconosci-

La successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia ha tuttavia smentito chi aveva ritenuto, dopo *Albany*, che il problema stesse nel mancato riconoscimento dl diritto di contrattazione quale diritto di rango costituzionale dell'Unione. I casi *Laval* e *Viking* (a cui bisogna aggiungere le sentenze *Ruffert* e *Commissione c. Lussemburgo*) sembrano anzi apertamente dimostrare che il problema non sta tanto nel riconoscimento, che la Corte non nega, quanto nell'affermazione dei diritti, [944] vale a dire nel rilievo assiologico-sostanziale e non nella ricognizione in termini astratto-formali dei diritti medesimi.

Sembra quindi condivisibile il punto di vista di chi ha osservato che la Carta non è uno scudo immunizzante per i diritti sociali collettivi.[945] Nella Carta di Nizza, del resto, l'art. 52 enuncia espressamente il principio di proporzionalità come chiave solutoria dei conflitti per finalità di tutela di interessi generali riconosciute dall'Unione. Il principio di proporzionalità è come una leva di Archimede nelle mani della Corte di Giustizia per affermare di volta in volta, con una discrezionalità piuttosto ampia, le limitazioni a cui deve sottostare il diritto ad azioni collettive stante il primato delle quattro libertà.

Quando si discute di principi, in realtà si discute non solo (o non tanto) di "interpretazioni" quanto soprattutto di conflitti. In effetti il *conflict of law* rappresenta il nuovo paradigma costitutivo di quella che è stata definita, problematicamente, la "costellazione postnazionale" e l'esito della composizione dei conflitti (concretamente ed astrattamente emergenti) costituisce il peso dell'influenza del diritto comunitario sul diritto nazionale.[946]

Con le sue recenti e pluricommentate pronunce la Corte di Giustizia ha amministrato i conflitti fra libertà economiche e diritti collettivi attraverso un bilanciamento nel caso concreto che tuttavia enuncia le regole a cui il giudice nazionale deve attenersi nella valutazione della legittimità di un'azione collettiva alla luce del diritto comunitario,[947] ottenendo in tal modo una conformazione degli ordinamenti nazionali attraverso il circuito giurisprudenziale. Si potrebbe dire, *à la* Ruggeri, che qui la Corte "bilancia interpretando ovverosia interpreta bilanciando", vale a dire che opera un bilanciamento che non prescinde dall'interpretazione, anzi è figlio della pre-comprensione del "valore" che i diritti fondamentali e i principi possiedono nel diritto comunitario. Che in questo

---

mento del diritto di contrattazione quale diritto fondamentale, ma fortemente condizionato dalla "scelta di neutralità" dell'ordinamento comunitario nei confronti del diritto di sciopero (come risulta, ad esempio, dal Regolamento comunitario in materia di funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci fra gli stati membri); v. in tal senso fra gli altri W. Chiaromonte, op. cit. pag. 360.

[944] B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, w.p. CSDLE "Massimo D'Antona" *INT* n. 61/2008. Si veda, anche per un'interessante ricognizione degli effetti di questi orientamenti nei diversi sistemi nazionali, il volume a cura di Aurora Vimercati, *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci ed. Bari, 2009, e qui, oltre alla presentazione della curatrice dell'opera e le riflessioni a tal riguardo di Orlandini, Hernandez, Countouris, Ronnmar e Rodl, i contributi di Ingravallo, Cella, Lassandari, Serrano, Bavaro, Pallini.

[945] S. Mattone, *Ruolo e limiti della contrattazione collettiva*, in G. Bronzini-V. Piccone, *La Carta e le Corti*, Chimienti ed. Taranto, pag. 170-171.

[946] C. Joerges, *Conflict of laws as the legal paradigm of the postnational constellation*, paper presentato alla Conferenza "The Social Embeddedness of Transnational Market", Brema 2009, in www.europeanrights.eu; i casi Laval e Viking secondo l'A. ribalterebbero questo paradigma palesando nettamente la prevalenza dei valori di mercato.

[947] M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in Lavoro e diritto, 2008, 2, qui pag. 372.

modo si possa vanificare la tessitura compiuta nel diritto interno attraverso percorsi politico-normativi che risalgono a una precisa scala valoriale vincolante nei processi interpretativi, è ben presente nella lucida (ed amara) critica della dottrina a quest'orientamento della CGE, sebbene si possa concordare con chi prudentemente avverte che la lettura delle sentenze della CdGE andrebbe effettuata tenendo conto dei diversi contesti nazionali, non potendosi trarre conclusioni che valgano per tutti gli ordinamenti nazionali prima del loro "vaglio" ad opera dei giudici comunitari.[948]

Ma, certo, non può nutrirsi che una profonda preoccupazione circa la possibilità che la valenza dei diritti, frutto di vicende storiche complesse, possa essere ri-orientata in funzione di obiettivi e scopi estranei al diritto interno ed alla stessa Costituzione.[949] Le sentenze *Viking* e *Laval* acuiscono, in altri termini, la "schizofrenia" del processo d'integrazione attuato attraverso la giurisprudenza pretoria della Corte di giustizia, che qui emerge in tutta la sua irrisolta problematicità, come pure il persistente dualismo fra mercato e *social policy*.[950]

Il "nodo" cruciale posto da queste decisioni riguarda tuttavia la tecnica decisorie/interpretative utilizzate, in forza delle quali la Corte di Giustizia sembra assumere una "funzione latamente arbitrale e di bilanciamento di principi",[951] con esiti aperti, imprevedibili, specialmente quando sono in gioco diritti collettivi e libertà economiche e le decisioni impattano sul contenuto dei primi.[952] E se non necessariamente deve darsi per scontato "l'abbandono delle peculiarità nazionali (la logica multilivello)",[953] è allo stesso modo innegabile che gli equilibri fra mercato e diritti sociali siano esposti a variabili estranee all'ordinamento nazionale. Difatti, nel valutare se le azioni collettive poste in essere dalle organizzazioni sindacali fossero in contrasto, rispettivamente, con la libertà di circolazione dei servizi (art. 49 TCE) e con il diritto di stabilimento (art. 43 TCE), la Corte europea (nonostante l'art. 137 TCE escluda ogni competenza della Comunità in materia) in realtà finisce per "disciplinare", sia pure indirettamente, l'esercizio stesso del diritto di sciopero e dei fini dell'auto-tutela.[954] Il principio di libertà sindacale viene così plasmato in funzione di obiettivi che incidono sulla sua estensione ed intensione.

In *Laval* e *Viking* il bilanciamento segue tuttavia binari differenziati.

---

948 cfr. S. Sciarra, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in Lavoro e Diritto, n. 2, 2008, p. 252;

949 Sono gli interrogativi che si pone lucidamente e con argomenti condivisibili Pallini in *Law Shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in «Riv. Giur. Lav.», 2008, 1, II, p. 3 ss.; si veda dello stesso autore il commento alla decisione di rinvio della Corte di Stoccolma nel caso Laval, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in «Riv. It. Dir. Lav.», 2006, II, p. 239 ss.

950 cfr. G. Michelini-V. Piccone, *Giurisprudenza europea e diritti sociali, un rapporto da ripensare*, in www.europenrights.eu.; F.W. Scharpf, *Integrazione negativa e integrazione positiva: i dilemmi della costruzione europea*, in Stato e Mercato, 1998, 1, 21 ss.; M. Barbera, *Dopo Amsterdam*….

951 B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovra nazionale e nazionale…*, op. cit., pp. 16-17.

952 V. a tal riguardo il commento critico di L. Patruno alla sentenza della Corte di giustizia nel caso Ruffert (C-346-06) del 3 aprile 2008, *Il caso Ruffert: la Corte di giustizia CE fa un altro passo avanti nella "via giudiziaria" al dumping sociale*, in www.costituzionalismo.it.

953 B. Caruso, op. ult. cit., p. 5.

954 M. Pallini, *Law Shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, op. cit., p. 12 ss; v. a tal riguardo la diversa opinione di Silvana Sciarra in *Laval e Viking: sciopero, contratto collettivo e libertà fondamentali nel mercato europeo*, w.p. in www.eueropeanrights.it, che ritiene irrilevante l'esclusione di competenze posta dall'art. 137 TCE.

In *Viking* il primo passo della Corte di Giustizia è il riconoscimento dell'efficacia orizzontale dell'art. 43 TCE, la "sua estensione agli atti di soggetti non pubblici" quali sono i sindacati.[955] L'affermazione dell'efficacia diretta orizzontale è centrale nell'argomentazione della Corte e probabilmente non può considerarsi pienamente conforme o in continuità con la giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo relativa agli ostacoli alla libera circolazione determinati da organismi privati dotati di potere regolamentare.[956] La Corte afferma che le libertà economiche sono a tutti gli effetti "diritti fondamentali" e grazie all'effetto diretto orizzontale sono tutelabili, nel loro nucleo essenziale, anche nei rapporti interprivati. Si introduce in tal modo non solo un limite all'esercizio dei diritti collettivi ma si innova, arricchendolo, il contenuto della libertà d'impresa che non assurge negli ordinamenti interni a vero e proprio diritto fondamentale (anzi, nel nostro ordinamento costituzionale è un diritto condizionato ex art. 41 II comma), e per questa via ne modifica forse il suo stesso significato come *valore* costituzionale. C'è, infatti, una differenza sostanziale tra il limite dedotto, ad esempio, dalla Corte di Cassazione sulla base dell'art. 41 Cost. e quello che i giudici europei fanno derivare dall'art. 43 del Trattato; mutando la collocazione valoriale dei diritti dei lavoratori e delle libertà economiche, la libertà d'impresa non è più identificabile soltanto come "interesse datoriale (incomprimibile dallo stesso diritto di sciopero) a tutela dell'impresa nella sua dimensione statica o verticale", bensì ha valore costituzionale quanto al suo stesso esercizio sul piano "dinamico", vale a dire è intesa come diritto di agire; che non esclude, beninteso, i condizionamenti derivanti dall'azione sindacale ma li sottopone allo stringente controllo del test di proporzionalità. In tal modo, la libertà d'impresa può venir immunizzata dallo stesso contratto collettivo, sindacabile nel merito proprio nella sua funzione di regolazione della libertà d'impresa. La libertà economica di mercato diviene essa stessa, intrinsecamente, "limite esterno" dell'azione collettiva di autotutela se non addirittura limite che attiene ai fini, imponendo la riscrittura degli stessi limiti interni" del diritto di sciopero e di azione collettiva.[957]

Il passo successivo è l'assimilazione dell'azione collettiva agli atti posti in essere da soggetti privati in grado di comprimere la libertà di stabilimento, con il corollario che entrano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario (in specie dell'art. 42 TCE) non solo le fonti privatistiche ma anche i comportamenti collettivi finalizzati alla contrattazione collettiva, oggetto di valutazione nel merito per i suoi effetti di restrizione sulle libertà economiche. L'azione collettiva viene, qui, collocata in una posizione quasi "servente" dell'attività contrattuale.[958] Di fatto per la Corte europea le azioni collettive dei lavoratori (che dovrebbero essere considerate alla stregua di mero

---

[955] v. al riguardo le considerazioni di I. Ingravallo, *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?* In A. Vimercati (a cura di*) Il conflitto sbilanciato*, op. cit. pag. 42-43; ma vedi già G. Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in Giorn.dir.lav.rel.ind. 2008, pag. 237.

[956] In tal senso v. I. Ingravallo, op. ult. cit., pag. 36 ss.; in senso contrario G. Orlandini, *Viking, Lavale e Ruffert: in riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano,* op. cit. pag. 59. Per una serrata critica alla tesi della Corte di giustizia cfr. A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, in Lavoro e Diritto, 2008, 1, p. 63 e ss.

[957] Cfr. B. Caruso-M. Militello, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in Riv.it.dir.lav. 2009, qui pag. 170; v. G. Orlandini, op. ult. cit. pag. 60 ss.; ma già B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking),* op. cit.

[958] cfr. B. Veneziani, *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, Scritti in onore di Edoardo Ghera, Cacucci, Bari, 2008 e in RGL, n. 2, 2008, p. 275 e ss.

fatto) sono giustificate solo se proporzionate ai fini della controversia collettiva, ossia "solo quando tutte le altre possibilità di soluzione della controversia siano state esperite".[959] L'art. 28 della Carta dei diritti è così reinterpretato dalla Corte di Giustizia come norma dichiarativa di diritti fondamentali di azione collettiva funzionalmente collegati alla finalità della stipula del contratto collettivo.[960]

La differenza con il diritto costituzionale italiano è qui davvero emblematica, giacché nell'ordinamento nazionale i due piani (azione collettiva e stipulazione del contratto collettivo) sono nettamente distinti e neppure necessariamente collegati.[961] In tal modo la Corte di Giustizia si avvale di un potere di determinare le regole di esercizio di diritti costituzionalmente tutelati e diventa quindi arbitro dei valori costituzionali interni.[962]

L'anello fra libertà economiche e diritti collettivi è costituito, per la Corte, paradossalmente, dal rilievo del diritto di azione collettiva quale diritto fondamentale riconosciuto dall'Unione nell'ambito del Trattato, in quanto tale soggiacente ai "limiti della compatibilità con gli altri diritti fondamentali garantiti dal Trattato"[963] nonostante l'esclusione del diritto di sciopero dalle competenze comunitarie ex art. 137.5 Tce.

Il bilanciamento è in altri termini conseguente alla natura stessa del diritto, imponendo in tal senso la comparabilità, ad opera della Corte di Giustizia, con le libertà economiche (nella specie la libertà di stabilimento) ogni volta che si determini un conflitto fra essi.[964] La Corte di giustizia "estrae" direttamente dall'art. 28 della Carta un tale potere affermando che restrizioni al diritto di azione collettiva possono essere ammesse alla luce della norma in questione laddove essa esplicitamente afferma che i diritti fondamentali "sono tutelati conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali".[965] Sotto questo profilo il rafforzamento della base giuridica del diritto all'azione sindacale nell'ordinamento comunitario a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Trattato non cambia di molto la prospettiva del bilanciamento tra il diritto sancito dalla Carta e le libertà economiche contenute nel Trattato, atteso che proprio la Carta è stata richiamata sia in *Viking* che in *Laval* come presupposto per limitare l'esercizio dei diritti collettivi.[966]

In effetti, se la Corte nulla aggiunge ai contenuti del diritto di azione sindacale affermati dagli

---

[959] G. Orlandini, ibidem pag. 63; cfr. M. V. Ballestrero, op. cit. pag. 376.

[960] Come ha notato Orlandini, questa conclusione è in qualche misura giustificata dalla stessa formulazione dell'art. 28 della Carta, laddove essa da un lato sembra riconoscere che il diritto a ricorrere ad azioni collettive è un diritto proprio delle organizzazioni (ammettendo che esso possa essere riservato anche alle sole organizzazioni sindacali) e dall'altro ricollega strettamente il diritto di ricorrere ad azioni collettive (ivi compreso lo sciopero) alla contrattazione collettiva.

[961] M. V. Ballestrero, op. cit. pag. 377.

[962] Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, in Lavoro e Diritto, 2008, 1, p. 63 e ss.

[963] M. V. Ballestrero, op. cit. pag. 380.

[964] Nota Orlandini (ibidem, pag. 56), che "presupposto del riconoscimento del diritto di sciopero da parte dei giudici di Lussemburgo sia l'interpretazione dell'art. 137.5 Tce come norma che non configura alcuna "immunità" dal diritto comunitario: la prima affermazione è figlia della seconda".

[965] M.V. Ballestrero, op. cit.; lo ammettono del resto anche gli Avvocati generali nelle loro conclusioni nei processi Laval e Viking.

[966] Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, in Lavoro e Diritto, n. 1, 2008, p. 88; G. Orlandini, op. ult. cit. pag. 62.

ordinamenti nazionali, questo riconoscimento non impedisce di individuare limiti al loro esercizio che si aggiungono a quelli eventualmente presenti negli ordinamenti interni.[967] Da qui l'importanza degli effetti giuridici che negli ordinamenti nazionali possono derivare dai limiti all'esercizio del diritto di azione collettiva configurati dalla CGE, che essa ricava dall'operazione di bilanciamento con le libertà fondamentali di stabilimento e di prestazioni di servizio riconosciute dal Trattato. E se la "relativizzazione" dei diritti fondamentali, la loro immersione in un orizzonte "relazionale", è coerente con un sistema di valori che non ammette "tirannie" schmittiane, meno condivisibile è che la Corte possa sindacale la *giustificazione* dell'esercizio dei diritti collettivi, vale a dire i fini e gli obiettivi, operando un controllo sui profili teleologici dell'azione collettiva.[968] Anche in questo caso le differenze con le tradizioni costituzionali del nostro paese sono evidenti, poiché qui il principio di libertà sindacale, come interpretato dalla Corte Costituzionale e dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, implica un principio di autonomia – o di auto-determinazione – quanto alle finalità e agli obiettivi perseguiti. Al Giudice spetta, in ragione dell'equiordinazione costituzionale dei diritti, verificare unicamente se il loro esercizio è conforme all'ordinamento giuridico, ossia verificare il rispetto dei limiti "esterni" previamente fissati.[969]

Ma anche dopo avere accertato la legittimità degli obiettivi, non per questo l'azione collettiva è "immunizzata"; resta ancora da valutare l'adeguatezza o proporzionalità del sacrificio imposto alle libertà economiche rispetto alla realizzazione dell'obiettivo prefigurato, sicché le stesse modalità di azione collettiva diventano sindacabili, ma non in quanto ledono superiori o paritari interessi costituzionali a causa di un esercizio illegittimo, come nel diritto interno, bensì per l'effetto di restrizione sulle libertà economiche garantite dal Trattato (diritti fondamentali equi-ordinati). Il limite non è reciproco, ma unilaterale; il tema non è la legittimità dell'esercizio dell'azione sindacale, bensì la sotto-ordinazione dei diritti collettivi alle libertà economiche.

La Corte di giustizia sollecita i giudici nazionali ad utilizzare i termini del bilanciamento – giustificazione, proporzionalità ed adeguatezza – per giudicare la legittimità delle restrizioni sulle libertà economiche, ma in questo modo crea varchi per ridiscutere i fondamenti del diritto di azione

---

967 cfr. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, CSDLE "Massimo D'Antona", n. 55/2007, p. 17; cfr. G. Orlandini*, Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, op. cit.; v. la dottrina citata a nota 211.

968 Si segua il lucido ragionamento di Ballestrero, op.ult.cit pag. 382 ss.; cfr. I. Ingravallo*, La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento*?, op. cit. pag. 41.

969 V. ad esempio la motivazione di Cass. Lav. n. 10624 del 9 maggio 2006, nel solco della "storica" decisione della Corte n. 711/1980, secondo cui: "…Il diritto di iniziativa economica dell'imprenditore (*art. 2082 cod. civ.*) è costituzionalmente garantito (*art. 41 Cost.).* E sussiste anche in presenza d'uno sciopero indetto dai lavoratori. In questo (espressione del lavoro - quale diritto ed obbligo - ed anch'esso costituzionalmente garantito: *artt. 4 e 40 Cost.*) *il primo trova tuttavia il suo limite*. Avendo entrambi eguale dignità e spessore ed essendo l'uno condizione di esistenza dell'altro (l'impresa consente il lavoro ed il lavoro consente l'impresa), il limite è reciproco. Lo sciopero (quale sospensione dell'attività aziendale) e la continuazione dell'attività aziendale esprimono, nella loro oggettiva funzione, una legittima antitesi. Terreno di questa antitesi è la continuazione dell'attività dell'impresa. I lavoratori in sciopero tendono contingentemente a negarla con la relativa sospensione; l'imprenditore tende ad affermarla. La legittima antitesi, in quanto ipotizzata dalla stessa norma costituzionale, esige che le parti si avvalgano degli strumenti e delle possibilità offerte dall'ordinamento. E resta pertanto legittima (normativamente garantita) in quanto si svolga in questo spazio. Ove l'opposizione si effettui con strumenti non consentiti, l'attività diventa illegittima. E, per quanto attiene al datore, l'illegittimità dello strumento pone l'attività aziendale in uno spazio estraneo all'art. 41 Cosi; e poichè è questa norma che gli consente un'antitesi allo sciopero, con la violazione l'antitesi diventa illegittima. In tal modo, nella sua oggettiva funzione (ed indipendentemente da soggettive finalità), la sua attività è diretta a limitare "illegittimamente" il diritto di sciopero".

sindacale negli ordinamenti interni e rendere incerti i limiti di azioni collettive condotte per finalità non direttamente contrattuali (ad esempio per ragioni politiche o di solidarietà).[970] Sembra quasi che l'impostazione funzionalista dei giudici europei conduca a considerare l'esercizio del diritto di sciopero una sorta di "extrema ratio".[971]

In *Laval* l'esistenza di una specifica normativa comunitaria consente alla Corte di disporre di un parametro di riferimento positivo che utilizza ritenendo non adeguata e non proporzionata l'azione collettiva volta ad imporre obblighi più ampi di quelli previsti dalla direttiva n. 96/71 e in contrasto con la libertà di circolazione garantita dall'art. 49 TCE. In questo caso più che di bilanciamento si potrebbe parlare di "compatibilizzazione" dell'azione collettiva rispetto ai canoni di "tollerabilità" dell'*acquis* comunitario,[972] attribuendo al contratto collettivo una funzione sostanzialmente di "secondo grado" o per meglio dire residuale nella regolamentazione dei rapporti di lavoro.

Pur affermando che lo sciopero è diritto fondamentale e che la tutela dei lavoratori distaccati costituisce, in astratto, ragione imperativa di interesse generale ( come tale idonea a determinare effetti restrittivi sulle libertà economiche fondamentali ed in specie sulla libertà di circolazione ex art. 49 TCE : ma pur sempre previa valutazione attraverso il test di proporzionalità[973]), la Corte esclude che l'esercizio del diritto di autotutela, nelle forme legittime consentite dall'ordinamento nazionale, possa avere finalità *antidumping* eccedenti.[974] Se in astratto i sindacati possono porre in essere azioni collettive capaci di intralciare la libera prestazione di servizi di un'impresa straniera, di fatto tale possibilità resta preclusa dall'obbligo di tenere conto di quanto prescrive il legislatore nella direttiva n. 96/71, come dire che se è vero che la "tutela dei lavoratori" rappresenta "un'esigenza imperativa di interesse generale", tale esigenza è, però, già soddisfatta dalle prescrizioni del legislatore comunitario (cfr. punto 108 sentenza Laval) e, negli Stati membri, nel caso in cui esistano standard minimi fissati dalla legge, è a questi che occorre fare riferimento. La Corte afferma che è possibile riferirsi ai contratti collettivi se così prevede la legge nazionale di recepimento della direttiva e se ad essi è attribuita un'efficacia tale da non creare disparità di trattamento tra imprese nazionali e straniere, rendendo, di fatto, problematico l'utilizzo del contratto collettivo nella sua tipica funzione acquisitiva.[975]

Questa conclusione passa, a ben vedere, attraverso una discutibile "cruna d'ago": l'irrilevanza della contrattazione "libera" e l'irrigidimento dell'autonomia collettiva all'interno di una ricostruzione focalizzata sulla scissione tra esercizio dell'azione collettiva e finalità della stessa, quasi incentivando gli ordinamenti nazionali a raccordare legge e contratto con schemi rigidi, di marca

---

970 G. Orlandini, op. ult. cit.

971 cfr. B. Veneziani, op. cit., p. 4; nello stesso senso E. Ales, *Transnational Wages Setting as a Key Feature of a Socially Oriented European Integration: Role of and (questionable) Limits on Collective Action*, C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 63/2008, p. 15; M. V. Ballestrero, *Le sentenze Vikink e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, op. cit. p. 384.

972 S. Giubboni *Dopo* Viking, Laval *e* Rüffert: *in cerca di un nuovo equilibrio tra diritti sociali e mercato*, in A. Andreoni-B. Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea,* Ediesse, Roma, 2009.

973 S. Giubboni e G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, il Mulino, Bologna, 2007, p.101 ss.

974 Per queste considerazioni v. M. Pallini, op. ult. cit., p. 22 ss.

975 A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, op. cit.

pubblicistica e perdendo di vista l'autonomia del fenomeno collettivo (anche nel diritto comunitario).[976] In realtà nessuna disposizione della direttiva lascia supporre che un conflitto non possa avere ad oggetto il miglioramento delle retribuzioni e delle condizioni di lavoro attraverso una contrattazione articolata, anzi i Considerando 17 e 22 affermano espressamente che "le norme imperative di protezione minima in vigore nel Paese ospite non devono ostacolare l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori", lasciando impregiudicato il diritto vigente negli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria. Limitare questo ruolo dell'autonomia contrattuale significa, dunque, mortificare la fisionomia che essa assume nei contesti nazionali.

Argomenti non dissimili sono utilizzati dalla Corte nel caso *Ruffert* ove pure, con un'interpretazione restrittiva della Direttiva n. 96/71/CE, è stata ritenuta illegittima la normativa dello Stato membro che impone alle imprese straniere, nell'ambito di un appalto pubblico, il rispetto del contratto collettivo applicato nel luogo e nel momento di esecuzione delle prestazioni lavorative, estendendo in tal modo alle imprese l'applicazione di contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes*. [977]

In definitiva la Corte di Giustizia, utilizzando il bilanciamento come tecnica decisoria, sembrerebbe farne un uso orientato dalla valenza dei principi nell'ordinamento sovra-ordinato, in base alla sua stessa interpretazione. In ciò potrebbe darsi una significativa divergenza rispetto alla "creatura" del Tribunale costituzionale tedesco e alla sua teorizzazione ad opera di giuristi come Alexy, postulando qui l'impossibilità di "costruire" *ex ante* una scala fra valori o principi, posti su un piano di equiordinazione che ne implica la loro relativizzazione e l'immersione in un orizzonte eminentemente "relazionale". In quanto tale un orizzonte in cui è il caso concreto, non la dimensione o il peso dei principi, ad orientare il bilanciamento,[978] laddove nella sentenza della Corte di Giustizia il bilanciamento è quanto meno, per le ragioni già dette, "opaco" giacché orientato dalla pre-comprensione del valore preminente dell'integrazione del mercato. La Corte di Giustizia opera un bilanciamento "finalisticamente orientato" per verificare se e in che misura l'esercizio delle libertà sindacali produca una limitazione o compressione dei diritti individuali, ma non l'inverso.

In tal modo sono le finalità e i modi di esercizio dell'azione sindacale a determinare la legittimità o meno della restrizione posta alle libertà economiche, ammettendosi solo quelle che derivano da un obiettivo che consista "in una ragione imperativa di interesse generale", smentendo in certa misura il riconoscimento del diritto di azione collettiva quale diritto di rango costituzionale per il diritto comunitario.[979] La strada imboccata dalla Corte è quella di "compatibilizzare", utilizzando i canoni fondamentali del proprio sistema, l'azione collettiva, e le tecniche argomentative con le

---

[976] V. per considerazioni analoghe L. Zoppoli, *Dopo la Corte di Giustizia, quale futuro per il conflitto collettivo nell'Unione Europea?*, in A. Andreoni-B.Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, op. cit.

[977] C'è qui, probabilmente, una valutazione meta-giuridica dell'impatto dell'azione collettiva, in quanto idonea a ridurre "drasticamente…il vantaggio competitivo assicurato dai più bassi costi del lavoro" (M.V. Ballestrero, op. cit. pag 387). Per poter giungere a questa conclusione, la Corte deve tuttavia escludere che il contratto collettivo possa assumere il carattere di disposizione di ordine pubblico, altrimenti idoneo a consentire l'effetto di restrizione.

[978] V. per estese considerazioni a tal riguardo L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005.

[979] A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, op. cit.

quali la Corte disegna i confini delle libertà economiche e dei diritti sociali fondamentali rimandano ad una concezione funzionalista dell'azione collettiva.[980] Il che significa inserire il sindacato tra le "istituzioni" del mercato, in contrasto peraltro con lo "spazio" di libertà che la stessa aveva riconosciuto nella sentenza *Albany* ai diritti collettivi.[981] Ma così si finisce per destrutturare proprio gli ordinamenti che prevedono un sistema contrattuale volontaristico, nel quale l'osservanza degli obblighi assunti dalle parti con il contratto collettivo sono strettamente dipendenti dalla sanzione del ricorso al conflitto, il cui carattere libero e incondizionato è quindi garanzia di "tenuta" del sistema stesso.[982]

Proprio questo è il punto centrale: la Corte di Giustizia sottrae al diritto interno e alle Costituzioni nazionali il dominio sull'autonomia sindacale e sul conflitto collettivo, portandolo all'interno dei parametri di riferimento del diritto comunitario secondo l'interpretazione da essa stessa data circa i limiti di compatibilità dell'azione collettiva, di volta in volta enucleati dal caso concreto in rapporto alle quattro libertà fondamentali, che assumono, a dispetto dell'equi-ordinazione sul piano astratto-formale, un valore preminente sui diritti sociali collettivi.

## 9. Conclusioni.

Il bilanciamento, come tecnica di risoluzione dei conflitti, è probabilmente uno dei tratti caratterizzanti lo spazio giuridico multilivello;[983] qui, come notano Marzia Barbera e Giulio Itzcovich, "la distinzione fra validità di una norma (stabile appartenenza all'ordinamento giuridico) e sua applicabilità in concreto (sempre sospendibile in caso di conflitto fra ordinamenti o principi) diviene cruciale". È una tecnica particolarmente efficace (se non necessaria) quando "un sistema delle fonti coerente è irrealizzabile" ed i conflitti "devono essere decisi su base casistica". I conflitti fra gli ordinamenti, altrimenti "esplosivi", sono trasformati in conflitti "decidibili giudizialmente, mediante una tecnica di giudizio altamente flessibile, negoziabile, bilanciabile da caso a caso, e «traducibile» fra gli ordinamenti in gioco".[984] Questo è "il luogo del bilanciamento": tecnica indispensabile quando "la realizzazione di un principio implica la non realizzazione dell'altro, allorché cioè uno può essere realizzato solo a spese dell'altro" e manca un criterio di gerarchia utilizzabile per decidere la prevalenza dell'uno o dell'atro. In questi casi il bilanciamento rinvia inevitabilmente ad un meta-criterio valutativo secondo cui "*quanto più intenso si presenta un intervento in un*

---

[980] cfr. B. Veneziani, op. ult. cit. p. 5

[981] cfr. B. Veneziani, op. ult. cit. p. 6; U. Carabelli, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking,* in GDLRI, n. 2, 2008, p. 147 e ss.

[982] A. Vimercati, op. ult. cit. pag. 28.

[983] Per queste considerazioni, in una prospettiva critica, sia consentito rinviare a G. Fontana, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli Torino 2008, spec. p. 203 ss.

[984] M. Barbera e G. Itzcovich, *Archimede's lever: the role of fundamental rights in multilevel systems,* w.p. Come scrive Lo Faro (in *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking* in Lav Dir. 2008, 1 pag. 64-65) "l'orizzonte entro cui l'interprete è chiamato a muoversi diventa enormemente più fluido, mobile, aperto, ovvero, da una prospettiva diversa…con la conseguente riproposizione di una delle caratteristiche storiche del processo d'integrazione comunitario: ovvero l'assunzione di un ruolo decisivo della mediazione giudiziale quale sede che – in mancanza di istanze politiche sufficientemente forti – è legittimata ad individuare il punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze economiche e solidariste". Cfr. A. Vimercati, in *Il conflitto sbilanciato*, op. cit. pag. 26.

*diritto fondamentale, tanto più devono pesare i motivi giustificativi*".[985]

Ma il bilanciamento operato dalla Corte di Giustizia non è insensibile al valore dei principi nell'ordinamento dato, secondo l'interpretazione "nascosta" che di essi ne dà la Corte al di là dell'enunciata equi-ordinazione dei diritti collettivi e delle libertà economiche. Il che risalta con nettezza in *Viking*, ove la Corte demanda al giudice nazionale il bilanciamento ma ponendo premesse interpretative vincolanti; in questo caso, per la Corte il diritto di sciopero incontra i limiti derivanti dal suo porsi in rapporto ad obiettivi meritevoli ("se fosse accertato che i posti o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati"). Si tratta, in effetti, non di bilanciamento ma di riscrittura dei limiti della libertà sindacale in presenza dell'interesse a garantire la libertà di stabilimento (sovraordinata alle finalità di tutela dei lavoratori). In sostanza, si chiama "bilanciamento" ma deve leggersi "primato" (del diritto comunitario sui diritti costituzionali europei).[986]

Bruno Caruso, nel saggio a cui si è già fatto riferimento, chiarisce con grande nettezza come nei controversi casi *Laval* e *Viking* il riconoscimento dei diritti sociali collettivi avvenga in modo "obliquo e innominato", sia pure rafforzato dal richiamo alla Carta di Nizza ancorché come fonte (ancora) esterna all'ordinamento europeo.[987] Un conto però, nota Caruso, è il "riconoscimento", altro l'affermazione dei diritti; sicché il bilanciamento operato dalla Corte di giustizia in queste decisioni affonda le proprie radici, probabilmente, nel valore meramente parametrico della Carta di Nizza, sul presupposto che non le libertà economiche siano limiti esterni ai diritti sociali ma piuttosto, al contrario, che questi fungano da limiti ai diritti e alle libertà fondamentali (stante la precomprensione del rilievo delle libertà fondamentali ed in specie della libertà di circolazione "come libertà/diritti fondamentali direttamente ed esplicitamente dichiarate tali dai trattati, cui convenzionalmente e storicamente la Corte ha attribuito valore di costituzione materiale dell'unione" ed efficacia orizzontale).[988] Come nella successiva sentenza sul caso *Ruffert*, la libertà di circolazione e in generale le libertà economiche vengono ricondotte "a quel vero e proprio principio costituzionale supremo che, nell'ordinamento europeo e nella giurisprudenza oramai pluridecennale della CDG, è costituito dall'integrazione politica dell'Europa, filtrata dal credo funzionalista".[989]

Si è detto dell'ambiguità del bilanciamento operato dalla Corte di Giustizia - un bilanciamento non reciproco ma unilaterale[990] - in cui i diritti collettivi sono assunti quali limiti o deroghe al pieno

---

[985] R. Alexy, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. La Torre e A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 32. Ma si veda più ampiamente il volume *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997. Il bilanciamento avviene, secondo Alexy, in tre tappe: "Al primo gradino è da determinarsi l'intensità dell'intervento. Al secondo gradino si prendono in esame la rilevanza dei motivi atti a giustificare l'intervento. Solamente al terzo gradino si darà il bilanciamento in senso più stretto e vero". Si tratta, come è noto, dei principi dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto.

[986] In questo stesso ordine d'idee v. A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, op. cit., che ribalta il ragionamento della Corte di Giustizia chiedendosi se non sia piuttosto il diritto antidiscriminatorio il "convitato di pietra" dell'operazione ermeneutica della Corte.

[987] B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale...*, op. cit., p. 26.

[988] B. Caruso, ibidem, pp. 28 e 30.

[989] B. Caruso, ibidem p. 29. Come scrive Lo Faro, riprendendo Itzcovich, non si tratta di dinamiche di "bilanciamento" ma di "sovranità".

[990] Cfr. A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking* op. cit., pag. 67, il quale nota che, a stretto rigore, "se è vero che un diritto o un principio di tutela sociale può limitare la libertà economica fondamentale, così – ove si ecceda dal canone della proporzionalità – può avvenire l'inverso".

dispiegarsi delle libertà economiche nello spazio comunitario.

Ma al di là di questo "imperfetto" utilizzo del bilanciamento è lo stesso rinvio ad una tecnica decisoria che implica una sorta di equidistanza o indifferenza fra libertà economiche e libertà sociali a determinare profondi cambiamenti nel tessuto costituzionale, giustificando le vivaci ed autorevoli reazioni di fronte ai *dicta* della Corte di Giustizia.[991]

Le sentenze della Corte di Giustizia rinviano ad un assetto non già "compromissorio" - come nella teoria dei limiti delineati *ex ante* - ma ad uno schema in cui prevalgono, nel confronto fra libertà economiche e diritti sociali collettivi, conflitti *minimalistici* da risolvere caso per caso. È questo uno schema che esige, a ben vedere, una pre-condizione: la relativizzazione dei diritti fondamentali, la rinuncia ad un modello politico-normativo coerente, finalisticamente orientato, la frammentazione dell'ordinamento in una miriade di schegge non più ricomponibili.[992] È quindi un modello che rinvia ad un ordine giuridico del mercato presupponendo che nessun diritto possa o debba prevalere.[993] In questa visione è estranea ogni idea che i principi siano chiamati a "realizzare direttamente un progetto determinato di vita comune". Ma qui, senza andare più in là, si può riprendere quanto osservava Bin già nel 1992, riferendosi al rischio che il bilanciamento, nel porre i principi in conflitto "solo" in relazione ai casi e presupporre anzi la loro sostanziale convivenza pacifica, finisca per smarrire il senso stesso di una Costituzione positiva.[994] Quando il bilanciamento avviene sui punti caldi del conflitto sociale, come nel caso delle sentenze *Laval* e *Viking*, l'operazione di selezione della norma o del principio *vincente* non è mai "aproblematica", ma avviene previa fissazione ad opera del giudice delle dimensioni e del peso degli interessi/principi/valori in giuoco rispetto al caso. Ed è in questa prospettiva che essa può rivelarsi come l'affioramento di "argomentazioni di tipo funzionale", tese a limitare l'espansione dei diritti in nome di "superiori esigenze qualitativamente eterogenee rispetto al diritto che costituisce l'altro termine del bilanciamento". Il giudice, infatti, "non applica direttamente il principio costituzionale che esprime il diritto *ma una regola che egli stesso ha formulato stabilendo le condizioni normative e fattuali in presenza delle quali quel principio può produrre determinati effetti giuridici*".[995]

---

[991] Ne dà conto G. Bronzini, in *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, op. cit. pag. 976, in nota.

[992] Si vedano le considerazioni di M. Barbera e G. Itzcovich, op. ult. cit.

[993] Scrive Azzariti in *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, op. cit.: "Ma non sembra si sia adeguatamente considerata la *conseguenza* che quest'equiparazione dei diritti implica. In tal modo, non è più possibile trarre dal testo "costituzionale" o a "valenza costituzionale" (quale ambisce ad essere la Carta) una gradazione tra diritti, non sarà più possibile individuare dei principi prevalenti e caratterizzanti l'ordinamento costituzionale. Non si potrà più, come si è soliti fare con riferimento al nostro ordinamento costituzionale, enfatizzare il ruolo di alcuni principi costituzionali rispetto ad altri. In base a quale argomento testuale si potrebbe, in questo nuovo contesto normativo, affermare – come fece Costantino Mortati definendo le basi della tutela costituzionale del diritto del lavoro - che non tutti ma solo alcuni principi devono "porsi quali pietre angolari di tutta la costruzione dello stato"? Specificando che questi principi sono quelli enucleabili nei primi cinque articoli della nostra costituzione, poiché sono essi che "contengono gli elementi sufficienti ad identificare la forma di stato". E dunque il principio democratico, quello personalista, quello pluralista, *quello lavorista* valgono a conformare e a condizionare ogni altro diritto pretendendo una tutela privilegiata."

[994] V. R. Bin, *Diritti e argomenti*, op. cit. Come scrive l'autore, "si può persino (provocatoriamente) affermare che le garanzie dei diritti trovano supporto più saldo in un ragionamento «di bilanciamento» ben condotto, piuttosto che in tentativi di avvalorarne il riconoscimento, l'inviolabilità o l'assolutezza tramite l'esegesi del testo costituzionale" (p. 5).

[995] R. Bin, ibidem, p. 41. Le parole di Bin potrebbero essere scritte come un epitaffio sulle sentenze della Corte di Giustizia *Laval*, *Viking* e *Ruffert*.

Sembra così destinata ad archiviarsi ogni "lettura" monovalente in cui si "elegga" un solo principio "organizzativo" dell'intera società, allontanandosi dall'idea che attraverso la gerarchizzazione dei valori il diritto possa negare il mercato o quanto meno relativizzare le sue logiche dominanti. In tal senso i rapporti fra "democrazia" e "mercato" riemergono come perfettamente allineati, piuttosto che conflittuali.[996] Ma fra democrazia economica e democrazia politica c'è il rischio che si ricrei il fossato che le Costituzioni nazionali avevano provato a colmare.

[996] V. per riflessioni in tal senso J. Fitoussi, *La democrazia e il mercato*, Feltrinelli, Milano, 2004, p. 35 ss.

# Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata (fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*

Giancarlo Ricci

1. Il tempo di lavoro nel costituzionalismo italiano e sovranazionale. 279

2. Gli artt. 36, co. 2, Cost. e 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: convergenze e divergenze. 287

3. Dal "limite derogabile" alla "flessibilità temperabile": effetti della europeizzazione sul diritto nazionale. Le questioni di "conformità costituzionale". 290

4. Il bilanciamento fra sfera sociale e libertà economiche: il riposo settimanale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia. 297

5. La collocazione domenicale del riposo e la regola della periodicità: problematiche italiane ed europee. 301

6. Il diritto alle ferie annuali fra Costituzione e codice civile. La vis espansiva del diritto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. 303

7. Gli apporti della Corte di Giustizia. L'uso proclamato e non praticato della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. 304

8. Influenze della giurisprudenza comunitaria sull'ordinamento italiano: la discussa questione delle modalità di fruizione delle ferie. 307

9. Osservazioni conclusive. 310

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 79/2010

## 1. Il tempo di lavoro nel costituzionalismo italiano e sovranazionale.

L'adempimento della funzione "codificatoria" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti CDFUE), esplicitata nel Preambolo della stessa mediante il proposito di "riaffermazione" dei "diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri"[997] rendeva imprescindibile - nel quadro di una "panoplia" dei diritti sociali ormai equiparati, sotto il profilo del valore simbolico e giuridico, ai classici diritti civili e di libertà[998] - l'enunciazione del diritto "a una limitazione della durata massima del lavoro" e alla fruizione "di periodi di riposo giornalieri e settimanali e di ferie annuali retribuite" (art. 31,

---

[997] Sulla funzione ricognitivo-rafforzativa di diritti già complessivamente radicati nello spazio giuridico europeo (e pur con qualche incidenza "novativa", specie in materia in materia di bioetica e diritto alla *privacy*) assolta dalla CDFUE - proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000, riproclamata con adattamenti il 12 dicembre 2007 a Strasburgo e definitivamente incorporata nel Trattato sull'Unione europea dopo Lisbona - fra i contributi più recenti, cfr. CARETTI, *La dimensione sovranazionale*, in Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Bari, 2009, spec. 186 ss.; GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Giuffrè, Milano, 2009, spec. 23 ss.; BARBERIS, *L'Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008, spec. 187 ss.; CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in Bassanini, Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2008, 89 ss.; EAD., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, spec. 31 ss. La letteratura formatasi sulla Carta di Nizza, dall'indomani della sua proclamazione e nella prospettiva, rivelatasi poi parzialmente infruttuosa, della "costituzionalizzazione", è sterminata: fra i contributi più significativi, in quanto capaci di coniugare l'approccio analitico-descrittivo con una visione dei complessi problemi ordinamentali posti dalla CDFUE, è necessario segnalare TORCHIA, *Una Costituzione senza Stato*, in *Dir. Pubblico*, 2001, spec. 441 ss.; PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002; POIARES MADURO, *The Double Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in Hervey, Kenner (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2003, 269 ss. Sull'uso giudiziale della Carta, specie nella prospettiva del dialogo fra Corti europee e nazionali, cfr. CARUSO, MILITELLO, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, III, 147; POLLICINO, SCIARRABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, 2008, 101; riferimenti anche in CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Dir. pubblico*, 2009, 544; PINELLI, *I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza*, in *Pol. Dir.*, 2008, 45.

[998] Anche sulla configurazione dei diritti sociali nella CDFUE la bibliografia è amplissima: senza necessaria pretesa di completezza cfr. BALLESTRERO, *Dalla politica ai diritti. I diritti sociali nella Carta dell'Unione europea*, in *Dir. merc. lav.*, 2001, 3; SALAZAR, *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: un "viaggio al termine della notte"?*, in Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, 239; SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 391; AMATO, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile: il valore delle regole e l'interpretazione della giurisprudenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 613; DEL PUNTA, *I diritti sociali fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in Vettori (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Cedam, Padova, 2002, 169; DE SCHUTTER, *La garanzia dei diritti e principi sociali nella «Carta dei diritti fondamentali»*, in Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Bari, 2003, 192; GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, n. 27, 9; KENNER, *Economic and Social Rights in the Legal Order: the Mirage of Indivisibility*, in Hervey, Kenner (eds.), *op. cit.*, 1; LORBER, *Labour Law*, in Peers, Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy*, 2004, 211; PINELLI, *Diritti e politiche sociali nel progetto di Trattato costituzionale europeo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2004, 477; GRECO, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, 519; HENDRICKX, *Fundamental Social Rights in Pre- and Post-Constitutional Terms*, in *Comp. Lab. Law Ind. Rel.*, 2006, vol. 22, n. 3, 407; MAESTRO BUELGA, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, 89; RUSCIANO, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 891; SCIARRA, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento europeo: storia e prospettive di una controversa costituzionalizzazione*, in Garofalo, M. Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, 41; VENEZIANI, *La Costituzione europea e le icone della solidarietà*, in Garofalo, M. Ricci (a cura di), *op. cit.*, 13; ARRIGO, *Dopo l'Eurocrisi: i diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, t. I, Cacucci, Bari, 2008, 41; BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in Bassanini, Tiberi (a cura di), *op. cit.*, 109; CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in Sciarra, Caruso (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea. Vol. V. Il lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2009, 707; ORLANDINI, *Riflessioni a margine del dibattito sui diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, 65.

par. 2)[999].

Tale diritto è, infatti, fra i più antichi che si possano rinvenire nella complessa geografia delle Carte e dei *Bill of Rights* nazionali e sovranazionali. La sua consacrazione coincide con la nascita dell'Organizzazione internazionale del lavoro, avvenuta nel 1919. L'art. 427 del Trattato di Versailles, istitutivo dell'organismo internazionale, dopo avere sancito che "il lavoro non deve essere considerato come una merce o un articolo commerciale", nei paragrafi 4 e 5 indica, fra i principi per l'organizzazione delle condizioni di lavoro, la "adozione della giornata di 8 ore o della settimana di 48, come scopo da raggiungere qualora non già ottenuto", nonché "l'adozione di un riposo universale di 24 ore al minimo, che dovrebbe comprendere la domenica qualora ciò sia possibile"[1000].

È però con la *golden age* del "costituzionalismo" del secondo dopoguerra che il diritto alla limitazione del tempo di lavoro diviene parte essenziale del patrimonio costituzionale di molti paesi europei.

Fra questi l'Italia: l'art. 36, commi 2 e 3, Cost. include il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro e al godimento di adeguati periodi di riposo nel catalogo dei diritti sociali fondamentali, trasformando in principi (ma con accentuato contenuto "regolativo") di rango costituzionale le anteriori prescrizioni di legge ordinaria[1001]. Proprio la Costituzione italiana costituirà fonte di ispirazione specialmente per quelle Carte Costituzionali che vedranno la luce in epoca successiva, dopo la tardiva caduta dei regimi dittatoriali, in Spagna[1002] e Portogallo[1003].

Nell'art. 36 Cost., "la durata massima della giornata lavorativa" costituisce oggetto di una riserva di legge (comma 2), mentre i diritti al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite sono qualificati come irrinunciabili (comma 3), ergendosi ad invalicabile barriera tra la dimensione del

---

[999] Sull'art. 31, par. 2 della CDFUE v. GIORGIS, *Art. 31. Condizioni di lavoro eque e giuste*, in Bifulco, Cartabia, Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, 228 ss.; HUNT, *Fair and Just Working Conditions*, in Hervey, Kenner (eds.), *op. cit.,* 45; O'LEARY, *Solidarity and Citizenship Rights in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in De Búrca (ed.), *EU Law and the Welfare State*, Oxford University Press, 2005, spec. 76 ss.; KENNER, *op. cit.*, 21 ss.; v. anche ALBI, *Il patrimonio costituzionale europeo e il diritto alle ferie come diritto fondamentale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 115.

[1000] Superando il modello minimale della prima legislazione sociale – norme "di ordine pubblico" dirette a limitare l'uso smodato della forza lavoro nell'epoca del proto-industrialismo (su cui ampiamente BALLESTRERO, *Orario di lavoro*, in *Enc. Dir.*, 1980, XXX, 618) – le discipline sull'orario di lavoro subiscono, in attuazione di principi e regole contenuti nelle fonti dell'ILO, un processo di "internazionalizzazione" del quadro normativo. Attraverso le ratifiche nazionali, o semplicemente promuovendo effetti emulativi, quelle fonti hanno infatti contribuito a generare una produzione normativa a carattere generalista, la quale ha profondamente contrassegnato la storia del diritto del lavoro europeo, e non solo, nei primi decenni del XX secolo: per una dettagliata ricostruzione della legislazione di diritto internazionale in materia di tempo di lavoro e riposi, sia consentito rinviare a G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano, 2005, 80 ss.; da ultimo, per una (peraltro scarsamente plausibile) proposta di *revirement* della disciplina internazionale mediante una nuova Convenzione ILO in materia di tempo di lavoro, cfr. MURRAY, *Time For a New Working Time Convention? Ideas, Themes and Possibilities*, in *Labour & Industry*, 2008, vol. 18, n. 3, 1. Sulle funzioni del diritto dell'ILO nel sistema giuridico globalizzato, v. inoltre S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, 52 ss.

[1001] Il riferimento è alla disciplina dell'orario di lavoro e dei riposi che vide la luce fra gli anni venti e trenta: v. *infra* par. 2.

[1002] L'art. 40, comma 2 della Costituzione spagnola del 1978 attribuisce al lavoratore il diritto ad un adeguato riposo, attraverso la limitazione dell'orario di lavoro e la determinazione di un periodo di ferie retribuite, la cui attuazione è rimessa ai "pubblici poteri".

[1003] L'art. 59, comma 1, lett. d), della Costituzione portoghese del 1976 stabilisce che "ogni lavoratore ha diritto al riposo e al tempo libero, ad un limite massimo alla giornata lavorativa, ad un periodo di riposo settimanale e a un periodo di ferie retribuite".

tempo lavorato e quella del tempo "affrancato" dall'obbligo lavorativo[1004].

Il diritto al "giusto tempo" nel rapporto di lavoro fa in tal modo il suo ingresso nel "Pantheon" dei diritti sociali (cc.dd. diritti di terza generazione), *sub specie* di diritto incondizionato o con efficacia orizzontale, il cui soddisfacimento, cioè, non implica il tipico "dovere di prestazione" dei poteri pubblici, quanto piuttosto l'osservanza da parte del datore di lavoro di severi limiti nell'esercizio del potere direttivo-organizzativo[1005], ma anche l'assunzione di comportamenti di cooperazione con il lavoratore in vista del godimento da parte di quest'ultimo di quote essenziali di tempo di non lavoro.

Non va sottovalutata, in questo contesto, la rilevanza della *sedes materiae*. La collocazione del diritto entro il nucleo dell'art. 36 Cost. sottolinea non solo il legame intrinseco fra la dimensione temporale della prestazione di lavoro e l'obbligazione retributiva[1006], ma con ogni probabilità il nesso fra il controllo sul tempo di lavoro e la "dignità" del lavoratore, evocata appunto nel primo comma dell'art. 36, sicché il diritto al "giusto tempo" diviene non solamente funzionale alla tradizionale finalità di tutela della salute e sicurezza del lavoratore, ma più complessivamente della sua "personalità" nel rapporto di lavoro[1007], ivi incluso appunto il rispetto della sua dignità[1008].

V'è quanto basta per poter affermare che la nostra Costituzione collochi ad uno stadio particolarmente avanzato la tutela della persona nella dimensione temporale del rapporto di lavoro, andando al di là della più generica affermazione contenuta nell'art. 24 della quasi coeva Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo[1009], secondo cui "ogni individuo ha diritto al riposo e allo

---

[1004] Illuminante, sulla funzione di tutela dell'integrità fisica, non disgiunta dal profilo della dignità e libertà del lavoratore, la lettura dei lavori preparatori in Assemblea Costituente, con particolare riferimento agli interventi di Bibolotti, Meda e Colitto: per una sintetica, ma esaustiva ricostruzione cfr. COLAPIETRO, *sub art. 36*, in Bifulco, Celotto, Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 742.

[1005] Cfr. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, 214-215; PIZZORUSSO, *op. cit.*, 67; GAMBINO, *op. cit.*, 127. Annovera l'art. 36 Cost. fra i "diritti sociali di partecipazione", enfatizzandone la dimensione regolativa collettiva, ma con ciò sottovalutando incomprensibilmente l'esistenza, nel 2° comma, di una riserva di legge in materia di durata della giornata lavorativa, BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003, 11. Nel senso che l'art. 36 è fondativo di "diritti soggettivi privati, immediatamente efficaci nei confronti del datore di lavoro come norme di fonte costituzionale incorporate nella disciplina legale inderogabile del contratto di lavoro" v. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 7. Inoltre, per un approccio storico-comparatistico cfr. PILIA, *I diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2005.

[1006] Sul quale cfr. BANO, *Il tempo come criterio di verifica dell'adempimento: riflessi sulla retribuzione*, in Gaeta, Loffredo (a cura di), *I nuovi scenari della prestazione di lavoro*, ESI, Napoli, 1999, 122; riferimenti anche in CARUSO, *La retribuzione e l'orario di lavoro "alla corte" della flessibilità (le manovre sull'orario di lavoro come strumento di flessibilizzazione della retribuzione)*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1995, n. 17, 79.

[1007] SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, 331; per più recenti riflessioni cfr. AVIO, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001; ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087 cod. civ.*, in *Commentario Schlesinger al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 2008, spec. 50 ss. Sulla rilevanza dell'elemento personalistico nella Costituzione italiana e nel modello sociale europeo, v. ampiamente RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, spec. 37 ss. e, soprattutto, ID., *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Roma, 2007.

[1008] In tal senso riferimenti specifici in D'EUFEMIA, *L'orario di lavoro e i riposi*, in *Trattato di diritto del lavoro*, terza edizione, Cedam, Padova, 1959, 201-202. Sulla rilevanza del concetto di "dignità" nella Costituzione italiana, v. da ultimo GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. Soc.*, 2008, 31; per un'utile rassegna sulla valenza della "dignità" nella giurisprudenza della Corte Costituzionale v. BELLOCCI, PASSAGLIA, (a cura di), *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, 2007, http://www.cortecostituzionale.it/informazione/attiConvegniSeminari.asp; infine, per un approccio giuridico-filosofico, cfr. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Bari, 2009.

[1009] Sulla profonda valenza simbolica, non supportata da un'equivalente efficacia giuridica, della Dichiarazione, vale la pena ricordare quanto affermato da Norberto Bobbio: "la Dichiarazione è qualcosa di più che un sistema dottrinale, ma qualcosa di meno che un sistema di norme giuridiche" (BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997, p. 24). Per una lettura in chiave "giusnaturalistica" della

svago, comprendendo in ciò una ragionevole limitazione delle ore di lavoro e ferie periodiche retribuite"[1010].

Da allora è il costituzionalismo nella dimensione europea a conoscere una significativa stagione di espansione, inducendo fenomeni di diffusione o, al limite, di consolidamento del patrimonio acquisito negli ordinamenti nazionali[1011]. Le più importanti Carte europee dei diritti, per quel che in questa sede rileva, contengono espliciti richiami alle garanzie in materia di tempo di lavoro e riposi. Il riferimento è all'art. 2 della Carta sociale europea adottata in seno al Consiglio d'Europa nel 1961 (e riveduta nel 1996)[1012], nonché alla Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, approvata dal Consiglio europeo di Strasburgo nel dicembre 1989[1013].

Da ultimo, poi, la CDFUE, nell'inaugurare la nuova stagione del "costituzionalismo" del XXI secolo, s'incarica di "tirare le fila" della produzione costituzionale nazionale, internazionale e comunitaria maturata nel secolo precedente, codificando, come detto, i diritti derivanti da una tradizione ormai consolidata a vari livelli, tutti espressamente richiamati (tradizioni costituzionali comuni, Trattati internazionali e Carte comunitarie, giurisprudenza delle Corti europee). Tale passaggio istituzionale sancisce il definitivo superamento del *gap* in termini di "qualità" dei diritti, fra ordina-

---

Dichiarazione, v. GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. Dir.*, 2009, 183 ss. Si sofferma, invece, sulla natura composita della Carta, frutto del raccordo fra le matrici giusnaturalistica, statualistica e nazionalistica, A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, Bari, 2009, 37 ss. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è stata ripubblicata di recente, nel sessantennio del suo anniversario: *Il contesto storico della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, Barbera editore, Trento, 2008, con introduzione di FLORES; sempre nell'ottica della "ricorrenza" va altresì letto il contributo, tarato sulla parte relativa ai diritti sociali, di SWEPSTON, *The Universal Declaration and Workers' Rights – 60 Years Later*, in *Web Journal of Current Legal Issues*, 2009, n. 1, http://webjcli.ncl.ac.uk/2009/contents1.html.

[1010] Sempre nell'orbita dell'ONU si colloca il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966, dotato di effetti programmatici, il cui art. 7, lett. d) ritorna, con una formulazione maggiormente dettagliata, sulla limitazione dell'orario di lavoro e i riposi, attribuendo ad ogni individuo il diritto di godere di giuste e favorevole condizioni di lavoro, fra cui "il riposo, gli svaghi, una ragionevole limitazione delle ore di lavoro, e le ferie periodiche retribuite, nonché la remunerazione per i giorni festivi" (sul Patto del '66 cfr. A. CASSESE, *op. cit.*, 43; CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani*, cit., 552).

[1011] Per una prima ma esauriente ricostruzione, cfr. BARTOLE, *Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale*, in *Dir. pubblico*, 2009, 569.

[1012] L'art. 2 della Carta Sociale Europea dispone che: "Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad eque condizioni di lavoro, le parti s'impegnano: 1. a fissare una durata ragionevole per il lavoro giornaliero e settimanale in vista di ridurre gradualmente la settimana lavorativa a condizione che ciò sia consentito dall'aumento della produttività e dagli altri fattori in gioco; 2. a prevedere giorni festivi retribuiti; 3. a garantire il godimento di ferie annuali retribuite di un minimo di quattro settimane; 4. ad eliminare i rischi inerenti ai lavori pericolosi o insalubri e, quando tali rischi non possano essere eliminati o sufficientemente ridotti, a garantire ai lavoratori impiegati in tali occupazioni sia una riduzione della durata del lavoro sia ferie retribuite supplementari; 5. a garantire un riposo settimanale che coincida per quanto possibile con il giorno della settimana generalmente ammesso come giorno di riposo dalla tradizione o dagli usi del paese o della regione; 6. a vigilare che i lavoratori siano informati per iscritto il prima possibile ed in ogni modo non oltre due mesi dopo l'inizio del lavoro riguardo agli aspetti essenziali del contratto o del rapporto d'impiego; 7. a fare in modo che i lavoratori che svolgono un lavoro notturno beneficino di misure che tengano conto del carattere particolare di detto lavoro". In dottrina, da ultimo, OLIVERI, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, 509.

[1013] L'art. 8 della Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori dispone che "ogni lavoratore della Comunità europea ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite i cui periodi devono essere via via ravvicinati, in modo da ottenere un progresso, conformemente alle prassi nazionali". Sulla base di questa disposizione, fu predisposto il Piano di azione sociale del 1990, che costituì la base operativa per l'adozione della direttiva comunitaria n. 93/104/Cee, su taluni aspetti concernenti l'organizzazione dell'orario di lavoro. In dottrina, spunti di analisi in DE LUCA, *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali: profili problematici e prospettive*, in *Foro it.*, 1990, V, 129; LA MACCHIA, *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 769; da ultimo, riferimenti in CARUSO, *op. cit.*, 719 ss.

mento nazionale ed europeo, generalmente giustificato dall'assenza, nel sistema giuridico comunitario, di un catalogo dei diritti fondamentali (e dunque dei diritti sociali fondamentali), laddove le Carte comunitarie dei diritti manifestavano un'efficacia programmatica in realtà priva di effetti cogenti. Il *gap*, è bene ricordarlo brevemente, era stato parzialmente colmato per via "pretoria", attraverso il "*poker* di decisioni" con cui la Corte di Giustizia avocava a sé la competenza a garantire l'osservanza dei diritti fondamentali, alla stregua di "principi generali" del diritto comunitario, ma pur sempre risultanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)[1014]. Tale "modello comunitario di tutela dei diritti fondamentali (intesi come principi), desunti da una serie di materiali normativi"[1015] ha finito per divenire esso stesso "principio" chiave del sistema giuridico comunitario. Dapprima, l'art. 6, par. 2 del Trattato sull'Unione europea, così come modificato dal Trattato di Maastricht, ha sancito il rispetto, da parte dell'Unione, dei diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario[1016]. Nella versione consolidata dopo il Trattato di Lisbona, il TUE prevede, all'art. 6, par. 3, che "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali"[1017]. Infine, come detto inizialmente, la CDFUE annovera le "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" fra i principi ispiratori riaffermati in sede di Preambolo, collegandovi l'esigenza di una interpretazione conforme da parte dei giudici comunitari e nazionali[1018].

Attraverso tali "passaggi" istituzionali, si sublima al massimo livello l'incontro fra il diritto nazionale e il diritto europeo, nella misura in cui il patrimonio costituzionale comune degli Stati membri viene inglobato fra le fonti di ispirazione del diritto comunitario[1019]. La CDFUE costituisce per l'appunto l'ultimo anello della catena, portando a compimento il processo di *cross fertilization* fra

---

[1014] Il riferimento è alle note sentenze rese dalla Corte di Giustizia nei casi *Stauder* (1969), *Internationale Handelsgesellschaft* (1970), *Nold* (1974), *Rutili* (1975), su cui ARRIGO, *op. cit.*, 45 ss.; CARETTI, *op. cit.*, 184 ss.; GAMBINO, *op. cit.*, 77 ss.

[1015] CARETTI, *op. cit.*, 185.

[1016] Cfr. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 19 ss.

[1017] Sui diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona, oltre a CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, cit., cfr. ROSSI, *How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon*, in *Yearbook of Eur. Law*, 2008, vol. 27, 65; SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *Com. Intern.*, 2009, 43; SYRPIS, *The Treaty of Lisbon: Much Ado….But About What?*, in *Ind. Law Journ.*, 2008, vol. 37, n. 3, 219.

[1018] Tuttavia, con il Protocollo aggiuntivo n. 30 al Trattato di Lisbona, s'introduce una clausola di parziale *opt-out* per Polonia e Regno Unito, escludendo che la Corte di Giustizia dell'UE e le Corti nazionali possano sindacare la conformità di leggi, regolamenti e pratiche amministrative ai diritti e alle libertà previsti dalla CDFUE, con particolare riferimento al Titolo IV della Carta, in materia di "Solidarietà" (secondo STROZZI, *Limiti e controlimiti all'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi dell'integrazione europea*, 2009, 28-29, si tratta della "formalizzazione di un controlimite da parte di due Stati alla superiorità del diritto comunitario", il che non toglie però che "il regime generale del primato del diritto comunitario deve ritenersi confermato in via generale"). Va ricordato, peraltro, che con la Dichiarazione n. 62 allegata al Trattato, la Polonia afferma di rispettare pienamente i diritti sociali e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione europea e, in particolare, quelli ribaditi nel Titolo IV della CDFUE.

[1019] Per una interessante riflessione su questa fase del processo di integrazione fra ordinamenti connotata da "aumento dei soggetti e della complessità dei rapporti tra i diritti" v. BARBERIS, *op. cit.*, 2008, 269 ss.; spunti di rilievo, ma a partire da una prospettiva "interna", anche in ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi: la "internazionalizzazione" del diritto costituzionale*, Relazione al Convegno della Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 9-10 gennaio 2008, http://www.astrid-online.it/; inoltre v. BARTOLE, *op. cit.*, spec. 588; MASTROIANNI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Costituzioni nazionali*, Convegno presso la Corte di Cassazione,

ordinamenti (*recte*: i principi fondativi e i diritti che ne sono espressione) ampiamente posto in evidenza dalla dottrina[1020]. Entro uno schema assiologicamente orientato, in cui i diritti sono elencati nella logica della completezza ed indivisibilità[1021], s'inseriscono, sparse nella Carta, ma con una netta prevalenza nel corpo del Capo IV, rubricato "Solidarietà", le disposizioni sui diritti dei lavoratori[1022].

Fra queste, l'art. 31 CDFUE, dopo avere enunciato il diritto del lavoratore a "condizioni di lavoro eque e giuste" (par. 1), specifica nel paragrafo successivo che tra tali condizioni si colloca il diritto a "una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite" (par. 2). Anche in questo caso, la *sedes materiae* non è indifferente: il diritto al "giusto tempo" è collocato nel corpo del Capo IV, come detto intitolato alla Solidarietà, ancorché siffatta allocazione si palesi non esaustiva delle potenzialità del diritto[1023]. Come si è efficacemente sottolineato, "non è per solidarietà che il datore di lavoro non può far lavoratore qualcuno per 18 ore al giorno (…): è per rispettare, anche dentro l'impresa, la sua libertà e dignità di lavoratore"[1024].

In ogni caso, il cerchio si chiude. Quasi a distanza di un secolo dalla sua primordiale "internazionalizzazione", il diritto alla limitazione del tempo di lavoro e alla fruizione dei riposi, transitato attraverso l'esperienza del costituzionalismo nazionale, approda sulle sponde dell'ordinamento costituzionale europeo.

****

Lo studio dei processi comunicativi (*sub specie* di contatti, incroci, sovrapposizioni) fra la dimensione costituzionale nazionale e quella sovranazionale del diritto al tempo di lavoro e di non lavoro richiede uno sforzo analitico serio e per certi versi innovativo.

---

Roma, 21 gennaio 2009, http://www.astrid-online.it/; RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Incontro di studio presso il Consiglio Superiore della Magistratura, 28 febbraio – 2 marzo 2007, http://www.forumcostituzionale.it/site/; ID., *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, Convegno su Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa, Bari, 29-30 aprile 2009, http://www.astrid-online.it/.

[1020] *Ex multis*, cfr. ONIDA, *op. cit.*, 6, il quale segnala l'instaurarsi di "un sistema circolare nel quale i sistemi costituzionali come il nostro respirano attraverso i nessi con il diritto costituzionale prodotto ad altri livelli nazionali e sovranazionali", determinandosi "l'apertura del tessuto costituzionale a questi apporti sovranazionali, che non contraddicono, ma integrano la Costituzione, nella logica che si è detta di internalizzazione del costituzionalismo".

[1021] Cfr. LOIODICE, *La Carta di Nizza quale parametro assiologico*, in Ferrari (a cura di), *cit.*, 211.

[1022] V. la bibliografia richiamata *supra*, alla nota 2.

[1023] Nel senso che la solidarietà fonda i doveri più che i diritti, cfr. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Dem. e dir.*, 1995, 572-573. Per RESCIGNO, *Stato sociale e diritti sociali*, in *Dir. lav.*, 2003, 683, la riconduzione al profilo della solidarietà, pur suscitando sentimenti di "viva partecipazione anche sentimentale (…) non sembra il modo esatto di qualificare diritti che sono nati in termini di conflitto e che conservano una innegabile carica di insuperabile conflittualità".

[1024] DEL PUNTA, *op. cit.*, 192.

Il compito, occorre avvertire, non è agevole, specie per l'obiettiva difficoltà di ritrovare un comune terreno di radicamento di modelli costituzionali strutturalmente non omogenei[1025]. Anche se, bisogna sottolineare, il completamento dell'ulteriore fase costituente, con l'approvazione e l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, consente di ritenere, ai sensi del novellato art. 6, par. 1, TUE, che la CDFUE acquisisca ora lo stesso valore giuridico dei Trattati[1026]. Non è la nuova Costituzione europea, ma è di sicuro scongiurato quel processo di "decostituzionalizzazione" da più parti paventato, proprio perché il nuovo Trattato accentua la propria "sostanza" costituzionale, ivi compreso il catalogo dei diritti fondamentali, pur senza averne assunto la "forma"[1027].

Resta il problema del *come* costruire le coordinate di un sistema che affonda le proprie radici nel "multilevel constitutionalism", sicché, come ancora di recente ricorda Ingolf Pernice, l'ordinamento dell'UE e gli ordinamenti nazionali si configurano quali sistemi formalmente autonomi, ma operanti sulla base di rodati meccanismi di coordinamento al punto da farne, nella sostanza, un'unitaria "entità costituzionale"[1028].

Le "disposizioni generali" della CDFUE paiono fornire conferma della complessità dei rapporti fra i piani nell'assetto multilivello. Al riconoscimento *pleno iure* del catalogo dei diritti fondamentali fanno da contrappeso limiti e controlimiti di diversa natura: da un lato, quel riconoscimento non comporta un ampliamento delle competenze già definite dai Trattati (art. 51, par. 2; art. 6, par. 1, TUE), né si escludono "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti o delle libertà riconosciuti dalla presente Carta" purché siano "previste dalla legge" e rispettino "il contenuto essenziale di detti diritti e libertà" (art. 52, par. 1); dall'altro, si sperimentano clausole di salvaguardia dei livelli nazionali di protezione, alla cui stregua i diritti fondamentali riconosciuti dalla CDFUE in quanto derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri "sono interpretati in armonia con dette tradizioni" (art 52, par. 4) e, in ogni caso, nessuna disposizione della CDFUE "deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti (…) dalle Costituzioni degli Stati membri" (art. 53)[1029].

Vi è poi un ulteriore fattore di difficoltà, per così dire culturale: quella sorta di vocazione degli studiosi a farsi attrarre dalla "insostenibile leggerezza" dei diritti fondamentali europei, testimoniata da un'attenzione nettamente prevalente verso i "diritti moderni e sottili" a scapito dei "diritti fondamentali classici"[1030]. L'osservazione ora richiamata ha un suo innegabile fondamento –

---

[1025] Emblematico, a questo riguardo, l'ammonimento formulato, nella consueta suggestiva prosa, da ROMAGNOLI, *Verso l'Europa dei diritti di libertà: quale libertà?*, 5 maggio 2009, in http://www.eguaglianzaeliberta.it, a proposito del grado di improprietà del confronto fra "materiali costituzionali" diversi, non tenendosi nel dovuto conto che "il processo costituente dell'Europa dei diritti è una sperimentazione priva di precedenti un po' perché pretende di dimostrare di potere fare a meno della forma-Stato e un po' perché, avendo un numero imprecisato di padri, non ha la certezza che tutte le madri siano oneste".

[1026] Inoltre, la dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona, relativa alla CDFUE, sancisce espressamente che la Carta "ha forza giuridicamente vincolante".

[1027] In tal senso MANZELLA, *Un Trattato necessitato*, in Bassanini, Tiberi (a cura di), *op. cit.*, 431.

[1028] PERNICE, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in *Columbia Journ. Eur. Law*, 2009, vol. 15, n. 3, 379.

[1029] Per una semplice ma efficace sintesi dei complessi meccanismi di comunicazione fra le dimensioni dei diritti fondamentali europei e dei diritti fondamentali nazionali, alla luce della CDFUE, A. CASSESE, *op. cit.*, 77 ss.

[1030] FLICK, *Ombre ed immagini dei diritti fondamentali. Riflessioni a margine del sessantesimo anniversario della Costituzione e della Dichiarazione Universale*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 2009, n. 1, 11.

ancorché non vada assunta in termini dogmatici: si pensi al dibattito di questi ultimi anni sulla proiezione comunitaria del diritto di sciopero, a seguito della nota giurisprudenza della Corte di Giustizia nei casi *Laval*, *Viking* e *Ruffert*[1031] – e però rende ancor più pressante il tentativo di costruire una teoria della dimensione costituzionale "integrata" del diritto "fondamentale classico" alla limitazione del tempo di lavoro e ai riposi.

Il percorso può articolarsi come segue:

(a) In primo luogo, si tratta di porre a diretto confronto le disposizioni della Costituzione italiana e della CDFUE, rivelandone analogie e differenze. Questa parte dell'analisi investirà principalmente il diritto all'apposizione di limiti massimi al tempo di lavoro, perché è su questo versante che si segnalano alcuni scostamenti, anzitutto sotto il profilo della formulazione dei diritti, in apparenza poco significativi, ma che invece risultano emblematici di una concezione non equivalente, in sede nazionale e sovranazionale, circa la portata dei diritti e l'intensità della tutela loro accordata. In questa sede, si potrà sperimentare l'eventuale presenza di strumenti che consentano di risolvere siffatte antinomie, anche tenendo conto del sistema di limiti e controlimiti che, anteriore alla CDFUE e al Trattato di Lisbona, pare come vivificato dall'approvazione di quest'ultimo.

(b) Secondariamente, laddove l'indagine comparativa si riveli poco significativa, in ragione dei modesti margini di alterità del dettato costituzionale europeo rispetto a quello nazionale – il che è quel che si verifica in materia di diritto al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite – sarà necessario dirigere il *focus* analitico sul materiale normativo e giurisprudenziale incidente sulla dimensione giuridica nazionale e sovranazionale degli istituti considerati, per rintracciare i punti di equilibrio fra i sistemi, nella prospettiva del ricongiungimento fra le diverse dimensioni costituzionali.

È utile avvisare che l'accennato approccio analitico dovrà tener conto di un basilare presupposto. Allorché si affronta la tematica dei diritti che afferiscono alla dimensione temporale del rapporto di lavoro, similmente e forse ancor più che per altri profili della disciplina lavoristica, non si può non tenere in conto che quei diritti, per quanto fondamentali, non possono essere considerati "assoluti". Non solo in virtù di quella che Norberto Bobbio ne definirebbe la relatività "storica", ma soprattutto perché non è infrequente che i diritti fondamentali siano indotti a confrontarsi, attraverso delicati meccanismi di bilanciamento, con diritti o libertà di pari rango[1032]. Nel caso che ci occupa, l'avvertenza vale allorquando ci si occupi sia dei vincoli relativi all'orario di lavoro (definizione della sua durata), sia degli altri diritti costituzionalizzati (riposo settimanale e ferie annuali retribuite), tutti destinati ad entrare in relazione con le libertà economiche ovvero con altri diritti della persona, derivandone le opportune esigenze di bilanciamento, ben messe in evidenza dalla giurisprudenza costituzionale italiana e di altri Stati membri (nel caso del riposo settimanale), così come dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (specialmente nel caso del diritto alle ferie annuali retribuite).

---

[1031] Cfr. da ultimo CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009, cui si rinvia anche per una vasta appendice bibliografica.

[1032] BOBBIO, *op. cit.*, 9 e 11; cfr. anche ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, 281 ss.

## 2. Gli artt. 36, co. 2, Cost. e 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: convergenze e divergenze.

Uno dei tratti connotativi del processo di "costituzionalizzazione" del diritto al "giusto tempo" nel rapporto di lavoro è la sequenza *diritto di matrice legale / diritto di rango costituzionale*.

Prima che gli ordinamenti giuridici nazionali più avanzati si dotassero di Carte costituzionali (e ciò si è sostanzialmente verificato, in vari *round*, nel periodo seguente alla fine della seconda guerra mondiale), molti di quelli che saranno poi definiti diritti sociali fondamentali costituivano oggetto di regolamentazione, talora anche ampia, nella legislazione ordinaria. In questo senso si può dunque definire la costituzionalizzazione dei diritti sociali come il passaggio dal paradigma *legalistico* al paradigma *positivistico-costituzionale*[1033].

Le vicende italiane della disciplina in materia di orario di lavoro risultano paradigmatiche di un simile processo. Nel nostro ordinamento, la disciplina generalista dell'orario di lavoro ha costituito parte costitutiva dell'esperienza giuridica proto-fascista, ancorché con modalità anomale, se è vero che il progetto di legge in materia – poi divenuto il r.d.l. n. 692 del 1923, conv. in l. n. 473 del 1925 – era stato compiutamente elaborato dall'illustre deputato socialista Filippo Turati, al quale toccò l'infausta sorte di essere depredato di quel progetto, su cui molto si era speso anche dal punto di vista dell'elaborazione tecnico-scientifica[1034], e poi costretto all'esilio come perseguitato politico. Pienamente dentro l'ordinamento corporativo è poi la legge n. 370 del 1934, che regolamenta il diritto al riposo settimanale, abrogando uno dei "pezzi" della legislazione sociale d'inizio secolo, ossia la legge n. 489 del 1907. L'entrata in vigore del codice civile, nella fase terminale dell'esperienza fascista-corporativa, non muta granché il segno complessivo della medesima: infatti, come sottolineato da autorevole dottrina, gli artt. 2107-2109 cod. civ. sono stati concepiti "sostanzialmente come norme-quadro, quasi di natura costituzionale", ma di fatto limitandosi "a riformulare in termini generali alcuni principi già sanciti dalle leggi speciali e dalle norme corporative"[1035].

Per la verità, si registra in quell'epoca anche un tentativo di elevare i diritti del lavoratore subordinato (compresi quelli riguardanti la dimensione del tempo di lavoro) ad un superiore livello di gerarchia, mediante la Carta del Lavoro del 1927: tentativo sostanzialmente fallito, posto che tale

---

[1033] Il fenomeno è illustrato in maniera esemplare da FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Bari, 2009, spec. 97 e 154 ss.; ID., *Fine o metamorfosi?*, in Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Il Mulino, Bologna, 2009, 57 ss.; v. anche ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, 19; ID., *La legge e la sua giustizia*, cit., 124 ss.; FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, 35; RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 32 sottolinea come "con un significativo mutamento linguistico, si ricorra sempre più spesso all'aggettivo fondamentale, al posto del tradizionale 'inviolabile', per mettere in evidenza l'intrinseco valore assunto da alcuni diritti nel caratterizzare non solo le posizioni individuali, ma il sistema politico-istituzionale nel suo complesso".

[1034] V. infatti TURATI, *L'orario di lavoro delle 8 ore*, Ed. Treves, Milano, 1920. Per una recente testimonianza dell'impegno del deputato socialista sul versante dell'edificazione del diritto del lavoro v. PASSANITI, *Filippo Turati giuslavorista*, Laicata Ed., Manduria – Bari – Roma, 2008.

[1035] Cfr. ICHINO, *Trattato di diritto civile e commerciale. Vol. II. Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 346.

fonte non assumerà alcuna effettiva valenza giuridica, se non per un brevissimo periodo fra l'approvazione del codice del '42 e la fine dell'ordinamento fascista corporativo[1036].

È dunque solo nell'*humus* del costituzionalismo europeo del dopoguerra che il tempo di lavoro assume la natura giuridica di diritto sociale fondamentale, sganciandosi dalla limitata logica della regolazione legale[1037].

Ma ad una analisi più approfondita, la sequenza diritti legali / diritti costituzionali rivela un dato degno di nota: la sostanziale continuità fra l'esperienza della positivizzazione dei diritti e quella della loro costituzionalizzazione, come se la prima avesse decisivamente influenzato la seconda.

È interessante, per esempio, che il secondo comma dell'art. 36 Cost. configuri una riserva di legge in materia di "durata massima della giornata lavorativa", nella consapevolezza che la stessa fosse già soddisfatta dall'anteriore art. 1, r.d.l. n. 692 del 1923. Al punto che, nel dibattito successivo all'approvazione della Carta costituzionale, l'attenzione degli studiosi si rivolgerà verso un diverso aspetto, attinente alla natura assoluta o relativa della riserva di legge, questione particolarmente importante dato l'incombere della contrattazione collettiva come fonte privilegiata di regolazione della materia. D'altra parte, l'esigenza di assicurare il riposo settimanale era già legislativamente soddisfatta dalla l. n. 370 del 1934, che in più sanciva la coincidenza, ma non senza eccezioni, del riposo con la giornata della domenica.

In altre parole, all'indomani dell'approvazione della Carta costituzionale, i "due terzi" dei diritti costituzionali in materia di tempo di lavoro erano già coperti dalla legislazione ordinaria, ancorché di derivazione pre-repubblicana. Il che non toglie, naturalmente, che si sia realizzata l'attrazione dei diritti di matrice legale nella sfera dell'intangibilità costituzionale, con la conseguente esigenza di rileggere, anche in sede giudiziale, quei diritti alla luce dei sopravvenuti enunciati costituzionali[1038].

---

1036 Cfr. ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, Donzelli, Roma, 2009, 46. La Carta del lavoro attribuisce al contratto collettivo (allora "corporativo", con tutti i risaputi effetti sul piano dell'efficacia giuridica) la competenza a disciplinare l'orario di lavoro (dichiarazione XI, par. 3) nel rispetto di alcuni principi: "il prestatore di lavoro ha diritto al riposo settimanale in coincidenza con le domeniche. I contratti collettivi applicheranno il principio tenendo conto delle norme esistenti, delle esigenze tecniche delle imprese, e nei limiti di tali esigenze, procureranno altresì che siano rispettate le festività civili e religiose secondo le tradizioni locali. L'orario di lavoro dovrà essere scrupolosamente e intensamente osservato dal prestatore d'opera" (dichiarazione XV); "dopo un anno di ininterrotto servizio il prestatore d'opera, nelle imprese a lavoro continuo, ha diritto ad un periodo annuo di riposo feriale retribuito" (dichiarazione XVI). Peraltro, al di là dei discorsi sulla sua valenza giuridica, la Carta del lavoro offre testimonianza – lo rileva giustamente SCOPPOLA, *La Costituzione italiana tra democrazia e diritti sociali*, in Neppi Modona (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Einaudi, Torino, 1996, 126-127 – del fatto che il riconoscimento dei diritti sociali non è in grado di contraddistinguere lo Stato democratico: mentre, infatti, i diritti civili e politici rappresentano un'autentica discriminante fra un sistema totalitario e un sistema democratico, lo stesso non può dirsi per i diritti sociali.

1037 Assai appropriate, al riguardo, le notazioni di SERRANO, *Sul carattere fondamentale dei diritti sociali*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 70/2009, 25, che intravede nel processo di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali un doppio fenomeno: "da un lato, i diritti vengono costituzionalizzati, vengono, cioè sottratti all'influenza diretta del potere politico e affermati come antecedenti l'autorità dello Stato, divenendo una 'dotazione giuridica propria dei loro titolari indipendentemente dalla legge'. Dall'altro, la legge, che nella Costituzione trova il proprio fondamento, assume una propria funzione politica legata al perseguimento di interessi pubblici non riconducibili meramente alla realizzazione dei diritti o alla difesa e promozione di interessi individuali, ma alla regolamentazione della vita sociale".

1038 Il meccanismo dell'interpretazione costituzionalmente orientata è ben illustrato da BARBERIS, *Etica per giuristi*, Laterza, Bari, 2006, 101.

Inoltre, non bisogna dimenticare che alla Costituzione si deve l'enunciazione del "terzo diritto", alle ferie annuali retribuite, allora sconosciuto alla regolamentazione legale, se si eccettuano le scarne disposizioni contenute nell'art. 2109, commi 2 e 3, cod. civ. (che oltre ad essere attributivo del diritto, regolamentava, e regolamenta tuttora, l'esercizio del potere datoriale di assegnazione del periodo di ferie), e le blande previsioni della Convenzione ILO n. 52 del 1936, peraltro prive di efficacia giuridica interna, dal momento che la sua ratifica avverrà solo molti anni dopo[1039]. Con la conseguenza che il diritto alle ferie resterà a lungo regolato dalla contrattazione collettiva, con effetti di incertezza applicativa, suscettibili di sconfinare in esiti sperequativi di considerevole portata.

La sequenza *diritto di matrice legale / diritto di rango costituzionale* contraddistingue anche l'esperienza giuridica comunitaria. Non c'è dubbio, infatti, che l'art. 31, par. 2 della CDFUE sia "figlio" della direttiva comunitaria n. 93/104/Ce, poi codificata nella direttiva n. 2003/88/CE[1040], a sua volta discendente dalla base giuridica del Trattato originario (art. 118A Trattato Ce, ora art. 153 TFUE). A dimostrazione, ancora una volta, del fatto che nell'ordinamento comunitario sono, in fin dei conti, i Trattati a costituire la "materia costituzionale"[1041], laddove la CDFUE svolge la funzione, già prima ricordata, di codificazione della sequela di diritti costituzionali già formatisi *aliunde*.

Sin qui l'analogia, per così dire, procedurale. Ma il confronto sui contenuti fra l'art. 36 Cost. e l'art. 31, par. 3, CDFUE mette in luce una significativa divergenza.

La Costituzione italiana, preoccupata di fissare condizioni di inviolabilità del diritto della persona a orari di lavoro rigidamente delimitati, individua nella riserva di legge lo strumento più adeguato per evitare invasioni di campo del potere esecutivo su una materia così delicata, fissando inoltre la nozione di durata massima della giornata di lavoro. Al riconoscimento della riserva di legge affianca quello del diritto a un congruo riposo su base settimanale e annuale.

Lo schema logico-testuale invalso nella CDFUE è differente, sicché risulta superficiale liquidare come sostanzialmente sovrapponibili le due disposizioni: è proprio quella coincidenza "quasi" letterale a rappresentare, infatti, un elemento differenziale di non poco conto[1042].

Dopo avere genericamente sancito il diritto alla "limitazione della durata massima del lavoro", l'art. 31, par. 2 istituisce la triade riposo giornaliero, settimanale, annuale. Non c'è alcuno specifico riferimento non solo al *quantum* del limite di durata (il che si può agevolmente comprendere: lo stesso avviene nell'art. 36, comma 2, Cost.), ma neppure al *quomodo*, cioè all'unità temporale di riferimento per il calcolo del limite. In particolare, pare evidente che la disposizione della Carta eluda la configurazione del limite di durata giornaliera, che va semmai desunto, indirettamente, una volta delimitata la durata del riposo giornaliero.

---

[1039] Con l. n. 1305 del 1952. La Convenzione originaria costituirà oggetto di revisione, in senso più garantistico, mediante Convenzione n. 132 del 1970, che sarà ratificata in Italia con l. n. 157 del 1981.

[1040] In tal senso, espressamente, O'LEARY, *op. cit.*, 77; KENNER, *op. cit.*, 21. Che la direttiva costituisca fonte di ispirazione per le disposizioni della CDFUE è inoltre precisato nelle *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in G.U.U.E., 14 dicembre 2007, C 303, 26.

[1041] Oltre a MANZELLA, *op. cit.*, cfr. PATRUNO, *La «lotta per l'egemonia» nella formazione del diritto comunitario*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 823.

[1042] Cfr. COLAPIETRO, *op. cit.*, 754, secondo il quale l'art. 31, par. 2 utilizza una formula "che riprende quasi letteralmente quella contenuta nella Costituzione italiana".

Non è eccessivo sostenere – riprendendo il ragionamento intorno alla sequenza procedurale *diritto legale* (in questo caso derivante da fonte comunitaria di diritto secondario) / *diritto di rango costituzionale* – che in questo schema sia interamente riversata la logica della direttiva comunitaria sull'orario di lavoro: la quale, pur essendo fondata su una base giuridica che autorizza l'adozione di misure normative finalizzate alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, non disdegna una tecnica di regolamentazione fortemente ispirata ai canoni della flessibilità dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, successivamente delimitata attraverso la "barriera" – peraltro non invalicabile – del diritto ai riposi, variamente articolati nei segmenti temporali di riferimento: la giornata, la settimana, l'anno[1043].

In questo contesto si colloca la principale divergenza regolativa: l'art. 1, r.d.l. n. 692 del 1923, attuativo *in parte qua* della riserva di legge costituzionale, fissa in 8 ore giornaliere (incrementabili sino a 10 in caso di utilizzo di lavoro straordinario) il limite di orario, laddove la direttiva n. 93/104/Ce fissa esclusivamente un limite relativo al tempo di non lavoro, pari a 11 ore consecutive di riposo giornaliero, da cui, solamente *a contrario*, è possibile desumere un limite di durata, palesemente amplificato sino a un massimo possibile di 13 ore giornaliere.

A quanto pare, dunque, quella sequenza procedurale, costituente il tratto comune dell'esperienza nazionale e comunitaria, risulta declinata in modo da determinare esiti divergenti sul piano strettamente regolativo. Mentre la Costituzione italiana costruisce i limiti a protezione del tempo di lavoro secondo la logica tipicamente "fordista" e di rigidità delle tutele, riversata nella previsione di una riserva di legge in materia di orario massimo giornaliero, la CDFUE non nega l'obiettivo di fondo, ma lo persegue stando dentro lo schema della direttiva comunitaria, evocando quindi generiche esigenze di fissazione di limiti di orario massimo, per poi affidare la determinazione della durata della "giornata lavorativa" alla mediazione indiretta della disposizione sul riposo giornaliero.

Che cosa comporti la diversa declinazione del diritto alla limitazione dell'orario di lavoro nei due sistemi costituzionali lo vedremo fra breve. Ma non prima, naturalmente, di avere speso ancora qualche parola sull'art. 36, comma 2, della Costituzione italiana e, soprattutto, sulle vicende che ne hanno contrassegnato l'attuazione.

## 3. Dal "limite derogabile" alla "flessibilità temperabile": effetti della europeizzazione sul diritto nazionale. Le questioni di "conformità costituzionale".

La riserva di legge contenuta nell'art. 36, comma 2, Cost., su cui in precedenza ci si è soffermati,

---

[1043] L'ambivalenza della direttiva comunitaria sull'orario di lavoro risulta con chiarezza già dalla lettura del preambolo: ai sensi del *considerando* n. 4, "il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico", mentre, alla diversa stregua del *considerando* n. 11, "in funzione dei problemi che possono essere sollevati dall'organizzazione dell'orario di lavoro nell'impresa, pare opportuno prevedere una certa flessibilità nell'applicazione di certe disposizioni della presente direttiva, garantendo nel contempo il rispetto dei principi della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori". Tale ambivalenza è stata, inoltre, sostanzialmente certificata da Corte Giust. 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio UE* (c.d. *WTD Case*), che, nel proporre non scontati elementi di riflessione sulla portata complessiva della direttiva, finisce tuttavia per ridurne la complessità sicché, facendo ricorso ad un giudizio di prevalenza degli scopi di tutela della salute e sicurezza sui profili di gestione del tempo di lavoro a fini di flessibilità e di politica occupazionale, giunge a giustificare l'adozione di una certa base giuridica (l'allora art. 118A del Trattato CE, ora art. 153 TFUE).

ha rappresentato lo strumento attraverso il quale il costituente ha inteso "rappresentare il riconoscimento dell'interesse generale a che la giornata lavorativa (la sua durata) sia contenuta entro un limite massimo inderogabile"[1044]. Su queste basi, è stata edificata la disciplina legale orientata a fissare il limite dell'orario "impregnandolo" dell'originaria (e mai del tutto dismessa) finalità di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori[1045]. Il dato rilevante, già prima sottolineato, è che il soddisfacimento della riserva di legge sia stato assicurato dall'art. 1, r.d.l. n. 692 del 1923, ancorché alla stregua di un giudizio di conformità *ex post* del disposto di legge pre-costituzionale con i canoni costituzionali. Quella disposizione ha garantito lungamente un assetto di disciplina tendenzialmente rigido, imperniato sul limite di orario giornaliero, completato dal riferimento – non espressamente richiesto, invero, dall'art. 36, comma 2, Cost. – al limite di durata settimanale.

La rigidità di quell'assetto non era priva di spazi di derogabilità. La stessa legge, in particolare, escludeva dallo spettro applicativo un congruo numero di soggetti o tipologie di lavori: il personale addetto ai lavori domestici, il personale direttivo delle aziende, i commessi viaggiatori e, in generale, le occupazioni richiedenti "un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia" (artt. 1 e 3, r.d.l. n. 692 del 1923).

Proprio il fatto che quel dato legale fosse antecedente all'art. 36, comma 2, ha accresciuto i dubbi intorno alla legittimità costituzionale di tali esclusioni. L'impianto della disciplina derogatoria è stato però asseverato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, pronunziatasi, a partire dagli anni '70[1046], soprattutto sulle fattispecie dei *lavoratori discontinui* e del *personale direttivo*.

(A) Sui lavoratori discontinui, Corte Cost. n. 99 del 1971 (in riferimento all'art. 36, comma secondo, Cost.)[1047] – confermata da Corte Cost., ord. n. 155 del 1976 (in riferimento all'art. 3, Cost.)[1048] – nel chiarire che la riserva di legge contenuta nell'art. 36, comma 2, Cost. non impone che "il limite della giornata lavorativa debba essere fissato dalla legge in modo uniforme per ogni tipo di lavoro", ha ritenuto conforme ad un "criterio di razionalità" una differenziazione di trattamento fra le prestazioni di lavoro continuo e discontinuo, da un lato, e fra le stesse "prestazioni di lavoro continuativo, data la varietà dei modi in cui queste si esplicano", dall'altro. La Corte ha peraltro statuito che le esigenze di tutela della salute del lavoratore, cui la disciplina dell'orario è principalmente mirata, possano essere ripristinate non solo nelle fattispecie esulanti dall'ambito di applicazione del r.d.l. n. 692 del 1923, ma in tutti i casi in cui, in assenza di disciplina speciale,

---

1044 SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1978, 87, il quale mette in evidenza come la riserva si occupi testualmente solo dell'orario giornaliero e non sia espressamente estesa al limite di durata settimanale, peraltro ugualmente regolato dall'originario r.d.l. n. 692 del 1923.

1045 Cfr. Barassi, *Il diritto del lavoro. Vol. II*, Giuffrè, Milano, 1949, 345; CASSÌ, *La durata della prestazione di lavoro*. *Vol. I*, Giuffrè, Milano, 1956, 15 ss.

1046 Da qui il giudizio, circa il "singolare ritardo" con cui prese piede il dibattito nella giurisprudenza costituzionale, espresso da TREU, *sub art. 36*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Tomo I. Rapporti economici*, Zanichelli, Bologna – Roma, 1979, 119.

1047 Corte Cost. 11 maggio 1971, n. 99, in *Mass. giur. lav.,* 1971, 239.

1048 Corte Cost. ord. 20 dicembre 1976, n. 255, in Mass. giur. lav., 1977, 305. In precedenza, Corte Cost. 28 dicembre 1968, n. 137 (in *Mass. giur. lav.*, 1968, 473) aveva giudicato inammissibile analoga questione di costituzionalità, in quanto sollevata dal giudice *a quo* con riferimento ad una norma regolamentare (l'articolo unico del r.d. n. 2657 del 1923), priva di forza di legge e pertanto sottratta al suo giudizio.

si ponga l'esigenza di applicare un "vincolo d'orario", in tal caso "sempre deducibile dall'ordinamento secondo le disposizioni sulla legge in generale" [1049].

(B) Anche il "personale direttivo" è stato escluso *sic et simpliciter* dall'applicazione della disciplina limitativa sull'orario di lavoro. Esclusione tradizionalmente giustificata non tanto dal carattere discontinuo o meno usurante della prestazione dirigenziale[1050] (ancorché si tratti di elementi in effetti presenti nella fattispecie) quanto dalla sussistenza di un peculiare *elemento fiduciario*[1051], intrinseco alla natura della funzione direttiva "per cui l'imprenditore si affida alle doti di capacità ed esperienza del dirigente, conferendogli poteri di iniziativa ed autonomia nell'esercizio di un'attività di lavoro qualitativamente superiore, che ammette e spesso richiede interruzioni e discontinuità e per la quale non possono stabilirsi vincoli normali e costanti di orario, proprio perché la sua durata è essenzialmente legata alla speciale natura delle funzioni e alle connesse responsabilità e, quindi, necessariamente variabile"[1052]. Per tali ragioni, la Corte Costituzionale ha riconosciuto la validità costituzionale (ai sensi dell'art. 36, comma 2, Cost.), dell'esclusione del personale direttivo dai limiti legali, pur temperandola con l'affermazione per la quale "un limite quantitativo globale, ancorché non stabilito dalla legge o dal contratto in un numero massimo di ore di lavoro, sussiste pur sempre, anche per il personale direttivo, anzitutto in rapporto alla necessaria tutela della salute ed integrità fisio-psichica, garantita dalla Costituzione a tutti i lavoratori", sicché "al giudice è sicuramente consentito di esercitare, nelle singole fattispecie, un controllo sulla ragionevolezza della durata delle prestazioni di lavoro pretese dall'imprenditore con riguardo alla natura delle funzioni espletate ed alle effettive condizioni ed esigenze del servizio, secondo i diversi tipi di imprese"[1053].

Con la riforma della legislazione sull'orario di lavoro, attuata con il d. lgs. 6 aprile 2003, n. 66 (modificato dal d. lgs. n. 213 del 2004 e dalla legge n. 133 del 2008), quel modello regolativo ha subito significative trasformazioni.

In primo luogo, come si è rilevato in precedenza, si è incrinata la struttura limitativa dell'orario di lavoro, nel momento in cui la legislazione nazionale, recependo lo schema della direttiva comunitaria, ha abrogato implicitamente il limite orario giornaliero, sostituendolo con il limite relativo al riposo giornaliero, di per sé largheggiante e, per giunta, non esente da deroghe, suscettibili di essere introdotte per via contrattuale, se non addirittura per via regolamentare (art. 7, 16 e 17, d. lgs. n. 66 del 2003).

---

[1049] Per un'analisi della richiamata giurisprudenza cfr. SILVAGNA, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di orario di lavoro, riposi, ferie*, in AA. VV., *Apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, 181 ss.; TREU, *op. cit.*, 132-133.

[1050] In tal senso CORRADO, *Il lavoratore nell'organizzazione dell'impresa*, in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro,* t. II, dir. da Riva Sanseverino, Mazzoni, Padova, 1971, 208; D'EUFEMIA, *op. cit.*, 214.

[1051] Cfr. BARASSI, *op. cit.*, 357, secondo il quale "è infatti evidente che le funzioni direttive hanno bisogno di una certa elasticità che consenta tutto il loro massimo rendimento"; *contra*, CASSÌ, *op. cit.*, 65-66, per il quale l'ampia accezione di "personale direttivo" ai sensi dell'art. 3, r.d. n. 1955 del 1923 non può che spiegarsi con una valutazione legislativa del "carattere discontinuo dell'attività" svolta da questi lavoratori.

[1052] Cfr. Corte cost. 7 maggio 1975, n. 101, in *Riv. it. dir. lav.*, 1975, II, 64, confermata da Corte Cost., ord. 20 dicembre 1979, n. 155, in *Giur. cost.*, 1979, II, 1152.

[1053] Cfr. Corte Cost. 7 maggio 1975, n. 101, cit., spec. 65. In dottrina, per un confronto fra la giurisprudenza sui lavoratori discontinui e quella sui dirigenti, cfr. LECCESE, *L'orario di lavoro*, Cacucci, Bari, 2001, 319 ss.

Secondariamente, la *conventio ad excludendum* nei confronti dei lavori discontinui e dei dirigenti, avallata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, pur nel quadro dei "controlimiti" che possono sfociare nella ricostituzione, anche per via giudiziale, di un limite massimo a tutela della salute del lavoratore, è stata significativamente riassorbita nel contesto del d. lgs. n. 66 del 2003, in linea, ancora una volta, con le prescrizioni della direttiva comunitaria. Il corretto recepimento della direttiva ha, difatti, imposto, l'inclusione dei lavoratori discontinui nel campo d'operatività della nuova disciplina nazionale, eccezion fatta per l'art. 3, d. lgs. n. 66 del 2003, sull'orario normale di quaranta ore settimanali (o la minore durata stabilita dai contratti collettivi).

Per i dirigenti, la tecnica normativa utilizzata è differente, ma risponde pur sempre a una logica di fedeltà traspositiva nei confronti della direttiva comunitaria. Pur sottoposti, nel sistema del d. lgs. n. 66 del 2003, all'applicazione della disciplina generale, essi soggiacciono ora ad un ampio "spettro" di deroghe, ai sensi dell'art. 17, comma 5[1054]. In sostanza, la disposizione legale circoscrive indirettamente il perimetro normativo applicabile: oltre alle disposizioni del capo I del decreto, sono fatte salve le garanzie in materia di diritto alle ferie (art. 10) e lavoro notturno (limitatamente agli artt. 11, 14 e 15); in verità, risulta in linea di principio applicabile anche l'art. 9, sul riposo settimanale, in riferimento al quale bisogna tenere però in debito conto le deroghe individuate dai commi 3, lett. f) e 4, della medesima disposizione. Si richiama, inoltre, quale clausola di chiusura, il rispetto dei principi generali di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori[1055].

In definitiva, dall'analisi condotta emerge un profilo d'indubbia rilevanza. A seguito della trasposizione della direttiva comunitaria sull'organizzazione dell'orario di lavoro, attuata con il menzionato d. lgs. n. 66 del 2003, paradossalmente sono proprio le disposizioni generali in materia di limiti di orario a risentire della crescente influenza del modello di regolamentazione flessibile promosso dalla direttiva del 1993, a fronte di una riconduzione della disciplina in deroga al campo di applicazione generale, già di per sé contaminato da significative aperture in termini di flessibilità.

Su questo punto la disciplina legale s'intreccia con la dimensione costituzionale "incrociata" del tempo di lavoro. Si ripercorra, infatti, il *tracciato sequenziale* che conduce all'esito prima enunciato: a) la normativa nazionale originaria è stata considerata come attuativa, seppure *ex post*, dell'art. 36, comma 2, Cost. e della relativa riserva di legge: ne è scaturito un assetto di disciplina tendenzialmente rigido, imperniato sulla fissazione di precisi limiti di orario giornaliero e settimanale; b) la direttiva comunitaria invece si distingue per un cambiamento di *ratio*, cosicché la fles-

---

1054 Il quale stabilisce che "nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, le disposizioni di cui agli artt. 3, 4, 5, 7, 8, 12 e 13 non si applicano ai lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti, di personale direttivo delle aziende o di altre persone aventi poteri di decisione autonomo; b) di manodopera familiare; c) di lavoratori del settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose; d) di prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro".

1055 Il parametro per definire la latitudine dei soggetti esclusi dall'applicazione di una parte consistente della disciplina *standard* è di natura "oggettiva": va verificato cioè se si tratti di attività lavorative in riferimento alle quali non sia possibile misurare o predeterminare la durata dell'orario di lavoro o in cui prevale il potere di autodeterminazione del lavoratore. Ciò induce, sul piano esegetico, due effetti: da un lato, di considerare non tassativa l'elencazione contenuta nell'art. 17, comma 5; dall'altro, in senso opposto, di escludere le categorie di lavoratori ivi contemplate dai limiti della disciplina *standard* solamente nel caso in cui si concretino i presupposti oggettivi indicati dalla direttiva.

sibilità dell'orario di lavoro, tesa a destrutturare i rigidi limiti di orario giornaliero (ma anche settimanale), diviene la regola, ancorché *temperabile* dalla contrattazione collettiva; c) la legislazione italiana di trasposizione della direttiva (d. lgs. n. 66 del 2003) fa proprio lo schema della direttiva comunitaria; d) tale schema, nel frattempo, si era proiettato, conformandolo, sull'art. 31, par. 2 CDFUE; e) la divergenza fra l'ordinamento nazionale e quello sovranazionale è stata appianata dalla legislazione italiana di trasposizione della direttiva; f) resta però immutata l'altra divergenza, sul piano dei principi costituzionali: l'art. 36, comma 2, Cost. e l'art. 31, par. 2 CDFUE non parlano la medesima lingua, posto che quest'ultimo "certifica" un modello normativo che, sul punto della limitazione dell'orario massimo di lavoro, non è caratterizzato dalla medesima prospettiva di garanzia offerta dall'art. 36, comma 2, Cost., bensì si apre a considerevoli margini di flessibilizzazione della dimensione temporale della prestazione lavorativa.

Lo scenario che si prospetta è dunque quello della "tutela del patrimonio costituzionale nazionale"[1056] (nel nostro caso italiano) dalle incursioni deregolative del diritto dell'UE[1057]. Il caso è certamente complesso, configurandosi un'antinomia per così dire sopravvenuta fra le disposizioni costituzionali nazionale e sovranazionale. Inoltre, il confronto non è fra una disposizione che nega tutele e un'altra che le assicura, ma fra disposizioni che istituiscono differenti livelli di intensità delle tutele. Ci si chiede, pertanto, se si possano ravvisare elementi di ricomposizione delle antinomie e, dunque, di raccordo fra le diverse dimensioni costituzionali.

Le prime elaborazioni dottrinali sul punto faticano, comprensibilmente, ad indicare prospettive che vadano al di là di un sindacato diffuso della Corte di Giustizia sul "fondamento essenziale ed inalienabile" dei diritti riconosciuti dall'art. 31, par. 2, CDFUE, al fine di verificare se nelle direttive comunitarie "dietro le mentite spoglie dell'attuazione di uno o più di quei diritti, non siano in realtà poste le basi per una loro vanificazione", sicché in definitiva la Corte di Lussemburgo sarebbe chiamata a esprimersi sulla "adeguatezza del diritto derivato" a garantire l'effettivo godimento del diritto alla limitazione dell'orario di lavoro[1058]. La proposta – pur collocandosi nell'alveo del più comprensivo dibattito sul ruolo della Corte di Giustizia nell'implementazione dei diritti fondamentali europei, destinato a rinvigorirsi dopo l'inglobamento della CDFUE nel diritto dei Trattati – non fa i conti con il dato della tendenziale conformità della direttiva comunitaria sull'orario di lavoro all'art. 31, par. 2, della CDFUE. Poco avrebbe da dire, sia detto in altri termini, la Corte di Giustizia circa il rapporto di congruità fra le due fonti sovranazionali, laddove il problema è di altra natura, riguardando appunto i rapporti fra la regolamentazione europea e l'ordinamento costituzionale italiano.

Stante la peculiare natura dell'antinomia, qualche elemento d'interesse in più racchiude, allora, la recente proposta finalizzata a riscoprire, in una dimensione "dinamica" vivificata dal processo

---

[1056] Cfr. DE SIERVO, *Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa. Una introduzione generale*, relazione introduttiva al Convegno su Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa, Bari, 29-30 aprile 2009, http://www.astrid-online.it/.

[1057] In argomento qualche riferimento in DE SCHUTTER, *La garanzia dei diritti e principi sociali nella «Carta dei diritti fondamentali»*, in Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Bari, 2003, 195-196.

[1058] LECCESE, *Analyse des tendences actuelles et de l'évolution du droit social européen en matiére de temps de travail. Projet de réform de la directive européenne et jurisprudence de la CJCE*, paper presentato alla International Conference on The Evolution of Labour Law in Europe Under the Pressure of (Neo) Liberal Economics, Paris, 2009, dattiloscritto, 50.

di riforma dei Trattati e dall'incorporazione in questi ultimi della CDFUE, la teoria dei "controlimiti" costituzionali[1059], scarsamente implementata negli anni passati a dispetto di una sofisticata elaborazione dottrinale[1060].

Il presupposto della tesi è che il diritto alla limitazione "diretta" dell'orario di lavoro giornaliero scaturisca dall'applicazione del già richiamato art. 53 CDFUE al quale si collega, a seguito degli "adattamenti" di Strasburgo, l'art. 52, par. 4 CDFUE[1061]. Il diritto, così come scaturente dalla "tradizione costituzionale nazionale", vanterebbe infatti un livello di protezione più elevato rispetto a quello assicurato dall'art. 31, par. 2; dovendo interpretarsi il vincolo relativo alla durata massima dell'orario in conformità con la tradizione costituzionale, ne deriverebbe l'obbligo per la Corte Costituzionale di giudicare della legittimità della disposizione di diritto comunitario derivato utilizzando quale parametro di giudizio la norma costituzionale nazionale fondativa del diritto[1062].

Così ragionando, però, non si va troppo lontano. Poiché, nel caso in esame, il contrasto fra la norma di diritto europeo e il principio costituzionale nazionale risulta formalmente appianato dalla legislazione italiana di trasposizione della direttiva comunitaria, il giudizio di non conformità della disposizione di diritto europeo – in forza del "controlimite" costituzionale – ha senso solamente se in grado di produrre l'illegittimità "derivata" anche della norma di diritto interno.

Ma a quel punto, poiché l'esito sarebbe a ben guardare il medesimo[1063], risulta più lineare il ricorso al tradizionale giudizio di legittimità costituzionale delle disposizioni del d. lgs. n. 66 del 2003, sotto il profilo dell'osservanza della riserva di legge *ex* art. 36, comma 2 Cost., nella parte in cui omette di porre limiti diretti alla durata giornaliera della prestazione di lavoro[1064]; assume rilevanza, a tal fine, il fatto che il diritto al riposo giornaliero conosca possibili compressioni, mediante deroghe introdotte mediante contratto collettivo o fonte regolamentare, sulla base del rinvio legale[1065], mentre in un caso il legislatore ha addirittura previsto *sic et simpliciter* la sua

---

[1059] In particolare cfr. CELOTTO, GROPPI, *Primautè e controlimiti nel Progetto di Trattato Costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 868 ss; riferimenti anche in GAMBINO, *op. cit.*, 72 ss.

[1060] Una esaustiva ricostruzione della dottrina dei controlimiti in VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, intervento al seminario di studio su "Diritto comunitario e diritto interno", Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, in http://www.europeanrights.eu/.

[1061] V. *supra* par. 1

[1062] CELOTTO, GROPPI, *op. cit.*, 869.

[1063] È bene ricordare che, secondo una diversa impostazione, sarebbe necessario ricorrere alla "doppia pregiudiziale", con la previa rimessione del giudizio alla Corte di Giustizia e il successivo ritorno alla Corte Costituzionale: cfr. MASTROIANNI, *op. cit.*, 40 ss. Sulla riproponibilità della teoria dei controlimiti, v. la critica di STROZZI, *op. cit.*, 37 ss. che ne ravvisa la contrarietà con la logica ormai compiuta dell'integrazione europea. Da ultimo, tuttavia, lo schema dei controlimiti è riproposto dalla sentenza della Corte Costituzionale di Karlsruhe sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con l'ordinamento costituzionale tedesco: per un'ampia rassegna delle opinioni, v. le relazioni presentate al Convegno "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea", Roma, 21 settembre 2009, disponibili alla pagina *web* http://www.astrid-online.it/

[1064] Per un riepilogo delle questioni, v. LECCESE, *Durata della prestazione e tutela della persona, tra vecchie e nuove regole sull'orario di lavoro*, in Santucci, Bellini, Quaranta (a cura di), *ICT e lavoro flessibile. Modelli organizzativi, contrattazione collettiva e contrattazione individuale*, Franco Angeli, Milano, 2008, 147 ss.; l'a. (*ivi*, 148) non esclude peraltro che possa darsi luogo ad un'opera di diretta supplenza da parte del giudice, al fine di colmare la lacuna derivante dall'abrogazione del limite. Similmente NAPOLI, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, t. II, Cacucci, Bari, 2008, 760, che istituisce una sorta di analogia con la giurisprudenza in materia di retribuzione sufficiente.

[1065] Come già riferito *supra*, par. 3.

inapplicabilità, rinviando in toto la definizione di quei limiti alla contrattazione collettiva[1066].

L'esito del giudizio di costituzionalità sarebbe, tuttavia, tutt'altro che scontato. Qualora infatti la Corte ritenesse probante la soluzione ministeriale[1067], per la quale il riposo giornaliero sostituisce l'anteriore disposto sul limite di durata, non avrebbe motivo di non ritenere soddisfatta la riserva di legge, non spettando ad essa una valutazione circa la condivisibilità o meno della scelta di politica del diritto praticata dal legislatore del 2003. Al contempo, sul versante del carattere assoluto della riserva di legge, la legislazione del 2003, aprendo un'ampia prospettiva regolativa per le fonti "secondarie", finisce di fatto per avallare la lettura dottrinale secondo cui la riserva di legge costituzionale debba considerarsi eminentemente "relativa", con riferimento sia alla contrattazione collettiva, che al ruolo eventuale della decretazione ministeriale[1068]. Non è detto che la Corte Costituzionale non potrebbe essere indotta a prenderne atto, escludendo dunque la violazione dell'art. 36, comma 2, anche sotto questo profilo.

Infine, esiste una terza possibile chiave di composizione dell'antinomia, tutta interna alle relazioni fra le fonti di diritto derivato, riguardando il rapporto fra la direttiva comunitaria e la legislazione nazionale traspositiva. Si contesta, da una parte della dottrina, la violazione della "clausola di non regresso" contenuta nella direttiva comunitaria (art. 23), nella misura in cui l'adeguamento ad essa parrebbe costituire il pretesto per introdurre elementi di peggioramento nelle condizioni che concernono la limitazione dell'orario di lavoro[1069]. Tale prospettiva deve però far i conti con le incertezze sul valore e l'efficacia della "clausola comunitaria di non regresso", che secondo una nota giurisprudenza della Corte di Giustizia, non garantisce lo *stand-still*, non potendosi escludere che una *reformatio in peius* dei livelli di tutela possa essere introdotta autonomamente dal legislatore nazionale, per il perseguimento di interessi non necessariamente connessi con il recepimento dell'atto normativo comunitario[1070].

Resta il fatto che, a distanza di alcuni anni dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 66 del 2003, né la Corte Costituzionale, né la Corte di Giustizia sono state investite di questioni relative alla legittimità costituzionale e/o conformità ai principi del diritto comunitario del d. lgs. n. 66 del 2003. Neppure si registra l'avvio di una prassi giurisprudenziale di qualche significato. È probabile che la contrattazione collettiva funzioni come fattore di equilibrio del sistema[1071]; mentre, laddove

---

[1066] L'art. 3, comma 85, l. n. 244/2007 (legge Finanziaria 2008) ha introdotto nell'art. 17 del d. lgs. n. 66 del 2003 un comma 6-*bis*, ai sensi del quale "le disposizioni di cui all'articolo 7 [del d.lgs. n. 66] non si applicano al personale del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale, per il quale si fa riferimento alle vigenti disposizioni contrattuali in materia di orario di lavoro, nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori" (su cui, specie per le questioni di conformità rispetto alla direttiva comunitaria, v. ALLAMPRESE, LECCESE, *Direttiva n. 2003/88 e disciplina italiana su orario di riposi del personale del SSN*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, I, 366 ss.).

[1067] Secondo la circolare ministeriale n. 8 del 2005, la legittimità costituzionale non sarebbe compromessa, in virtù dell'effetto "secondario" imputabile alla disposizione sul riposo giornaliero, che comunque sarebbe in grado di soddisfare la riserva di legge costituzionale. Già in tal senso la Relazione ministeriale di accompagnamento al d. lgs. n. 213 del 2004.

[1068] Cfr. ICHINO, *op. cit.*, 377.

[1069] Cfr. FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino, 2008, 114.

[1070] Sulla quale v. Corte Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold c. Helm*.

[1071] Per le prime ricostruzioni v. SPOLVERATO, *Contrattazione collettiva e attuazione normativa*, in *Dir. prat. lav.*, 2006, 1249; LELLA, *Contratti collettivi e orario di lavoro*, *ibid.*, 2005, n. 21, Inserto.

essa non arriva, i rapporti di forza riescono, evidentemente, a governare più efficacemente di quanto non si possa pensare le dinamiche delle relazioni di lavoro.

## 4. Il bilanciamento fra sfera sociale e libertà economiche: il riposo settimanale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia.

Non particolarmente fruttuoso appare il raffronto fra la Carta costituzionale e la CDFUE in tema di riposo settimanale e ferie[1072]. I due testi sono accomunati dall'eloquente – ancorché privo di specificazioni contenutistiche – riconoscimento dei diritti, differenziandosi per il riferimento all'irrinunciabilità degli stessi, sancita dalla disposizione costituzionale, ma non dall'art. 31, par. 2, CDFUE. Giocoforza, l'analisi si sposta sulle connessioni fra la giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana, da un lato, e della Corte di Giustizia, dall'altro: analisi condotta sul filo dell'interpretazione delle normative secondarie e tenendo nel dovuto conto i termini della dialettica fra la tipica dimensione garantista dei diritti e quell'altra dimensione in cui si situano le "esigenze del mercato", come fattore condizionante il loro godimento. Come si avrà modo di constatare, infatti, anche in tema di diritto al riposo e alle ferie, i modelli interpretativi elaborati dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria metabolizzano il confronto fra istanze di tutela di differenti beni giuridici, ugualmente caratterizzanti le tavole dei valori costituzionali nazionali e sovranazionali.

L'art. 36, comma 3, Cost. stabilisce anzitutto il diritto del lavoratore a fruire di un riposo settimanale. Quest'ultimo è funzionale all'esigenza primordiale di tutela della salute e della sicurezza del lavoratore, anche se non si può disconoscerne l'ulteriore finalità, di assicurare quote di tempo libero per il lavoratore e la sua famiglia[1073].

Da questo punto di osservazione, potrebbe sembrare che la tematica si esaurisca nella definizione del *quantum* di tutela, implicitamente desumibile dalla medesima formulazione costituzionale: per riposo settimanale intendendosi, come è di tutta evidenza, la fruizione di una giornata di riposo con cadenza settimanale[1074].

Ma è, invece, sul diverso terreno della collocazione temporale e delle modalità di fruizione del riposo, che si segnalano le esigenze di bilanciamento fra valori (e principi costituzionali) eterodossi: il diritto al riposo *versus* la libertà di iniziativa economica privata (e in particolare di commercio); il diritto al riposo *versus* i diritti dei cittadini a che certe attività lavorative vengano prestate (e taluni servizi erogati) anche nella giornata della domenica; ma anche il diritto al riposo del lavoratore di culto cattolico *versus* il diritto di chi professa l'ebraismo o altre fedi religiosi di fruire del riposo settimanale in un giorno diverso dalla domenica[1075].

---

[1072] Già in termini critici sulla capacità di incidenza delle disposizioni costituzionali, di cui si denunciano i "termini scarsamente innovativi", v. TREU, *op. cit.*, 119.

[1073] In tal senso, ICHINO, *op. cit.*, 412.

[1074] Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 91, il quale ricorda come "la norma costituzionale non offre invece alcuna garanzia riguardo al godimento di ulteriori giorni di riposo (festività nazionali e infrasettimanali) retribuiti, nel corso dell'anno".

[1075] Il tema del riposo settimanale e le sue paradigmatiche implicazioni in ordine alla questione del bilanciamento fra beni costituzionalmente rilevanti, è ampiamente evocato da ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 283.

Mentre l'ultima questione è risolta dalla legislazione ordinaria[1076], mediante il riconoscimento "non incondizionato" del diritto del richiedente a fruire del riposo in giorno alternativo alla domenica[1077], sulle prime due si registra una significativa elaborazione della giurisprudenza costituzionale, tarata sulle disposizioni della legge n. 370 del 1934, anch'essa attuativa *ex post* del disposto dell'art. 36, comma 3, Cost. Al centro di tale elaborazione è la collocazione del riposo e la sua eventuale coincidenza con la giornata della domenica, nonché il profilo, strettamente connesso, della cadenza obbligatoriamente (o meno) ebdomadaria del riposo settimanale. Su queste articolazioni della disciplina si manifesta la dialettica fra diritti o fra diritti e libertà, tutti di rango costituzionale, il cui contemperamento implica un'attenta declinazione della dimensione rigidamente protettiva o, al contrario, flessibilmente elastica, dell'istituto del riposo settimanale.

(A) Sul punto della *collocazione temporale* del periodo di riposo, è certamente significativo che la disposizione costituzionale adotti un approccio *laico*, imponendo il vincolo del riposo settimanale, ma senza fare riferimento al carattere domenicale del riposo[1078].

Per contro, l'art. 3, legge n. 370 del 1934 – già vigente al momento dell'entrata in vigore della Costituzione – dettava un criterio direttivo più stringente, disponendo che "il riposo di 24 ore consecutive *deve essere dato* la domenica, salvo le eccezioni stabilite dagli articoli seguenti" (del resto, la stessa rubrica della legge recava il titolo "riposo domenicale e settimanale"). Successivamente, l'art. 2109, comma 1, cod. civ. ha disposto una coincidenza del riposo settimanale "di regola" con la domenica. La *ratio* delle disposizioni era chiaramente fondata su una specifica tecnica normativa, che detta la regola, ammettendo però l'eccezione, nel senso che la giornata della domenica assurge a "giorno normale di pausa settimanale", fermo restando il fatto che "la realtà

---

[1076] Si pensi alle disposizioni sul diritto al riposo sabbatico per coloro che professano la religione ebraica, in un periodo compreso fra la mezz'ora prima del tramonto del sole del venerdì ad un'ora dopo il tramonto del sabato (art. 4, legge n. 101 del 1989), nonché il diritto al riposo nella giornata del sabato per i lavoratori dell'Unione delle chiese cristiane avventizie del settimo giorno (art. 17, legge n. 516 del 1988).

[1077] In particolare, l'art. 17 della legge n. 516 del 1988, stabilisce che il diritto per gli "avventisti del settimo giorno" di fruire, a richiesta, del riposo sabbatico come riposo settimanale "è esercitato nel quadro della flessibilità dell'organizzazione del lavoro", salvo il recupero delle ore di lavoro non prestato nella domenica o altro giorno della settimana, senza diritto a maggiorazioni per straordinario. Tale disposizione ha costituito oggetto di numerose sentenze, con riferimento ai limiti connessi alla flessibilità dell'organizzazione del lavoro: segnatamente, Pret. Monza – Desio 20 marzo 1992, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, 633, pur affermando l'esistenza del diritto, ha individuato un limite nelle esigenze produttive dell'impresa, peraltro ritenute nella specie non prevalenti; invece, Pret. Bologna, ord. 9 marzo 1996, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 826 e Pret. circondariale Roma 6 novembre 1998, in *Dir. Eccles.*, 2000, II, 95 hanno interpretato la nozione di "flessibilità dell'organizzazione del lavoro" quale "possibilità concreta per l'azienda di adattare l'utilizzazione dei dipendenti e le loro prestazioni alle diverse e mutevoli esigenze del servizio svolto", in qualche modo addossando all'impresa la responsabilità, ove non eccessivamente onerosa, di predisporre una diversa organizzazione dei turni di lavoro, in attuazione del diritto (e non di un "privilegio") del lavoratore avventista a fruire del riposo sabbatico.

[1078] La proposta di introdurre la formula del "riposo festivo" – specificamene alludendo alla domenica anche "in ossequio agli orientamenti religiosi della stragrande maggioranza dei lavoratori italiani" – formulata in Assemblea Costituente (v. COLAPIETRO, *op. cit.*, 742), non venne accolta, probabilmente per evitare di "costituzionalizzare la scelta della domenica e delle altre feste religiose come giorno di riposo generalizzato" (ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, t. I, Giuffrè, Milano, 1984, 182, nota 103; v. anche DE LUCA TAMAJO, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav., rel. ind.*, 1986, 450). Il risultato – si è detto – è una norma costituzionale "formulata in modo da indicare un preciso regime di riposo, cioè un regime rigido per quanto riguarda la periodicità ricorrente e flessibile per quanto riguarda la giornata di calendario nella quale il riposo può essere goduto" (così VENTURA, *Il riposo settimanale: questioni recenti e recentissime di interpretazione e costituzionalità*, in *Riv. giur. lav.*, 1968, I, 58). Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale e, soprattutto, la più recente legislazione si faranno carico di smentire l'assunto circa la rigidità del termine di periodicità del riposo (v. infatti *infra*).

delle strutture produttive di beni e di servizi dell'attuale società organizzata possono comportare la necessità di prestare attività lavorativa anche nel giorno della domenica"[1079].

Orbene, fra la seconda metà degli anni '60 e la prima metà degli anni '70, la Corte costituzionale è intervenuta più volte, contribuendo a "de-sacralizzare", per così dire, la dimensione del riposo settimanale come necessariamente domenicale, affermando che "una siffatta rigida disciplina non potrebbe, oggi, ritenersi imposta dal principio costituzionale che tutela il diritto (irrinunciabile) dei lavoratori al riposo settimanale (oltre che alle ferie annuali). Nessun accenno alla domenica o ad altro giorno determinato si rinviene, infatti, nel terzo comma dell'art. 36, che – come questa Corte ha già avuto occasione di affermare nelle sentenze n. 150 del 1967 e n. 146 del 1971 – si limita ad enunciare il principio del riposo settimanale, senza regolarne l'esercizio e senza prescrivere, per tutte le possibili ipotesi, una rigorosa periodicità"[1080].

(B) Anche in merito alla *cadenza ebdomadaria* del riposo, la Corte ha manifestato evidenti aperture verso le esigenze di flessibilità ed elasticità della disciplina, realizzando la sopra descritta funzione di bilanciamento fra diritti (e libertà) di rango costituzionale. Dopo avere affermato che il riposo settimanale deve essere caratterizzato da una specifica cadenza di 24 ore ogni sette giorni di lavoro (o, in altri ma equivalenti termini, di 24 ore dopo sei giorni di lavoro), ha infatti precisato che è possibile derogare a questo principio, laddove ricorrano determinate condizioni: 1) che la differente periodicità sia giustificata da specifiche esigenze della produzione nei diversi settori interessati, fermo restando il contemperamento di queste esigenze con le finalità di tutela della salute dei lavoratori; 2) che è altresì necessario che tale diversa periodicità sia ristretta ai casi di evidente necessità a tutela di altri "apprezzabili" interessi; 3) che nel ciclo di lavoro assunto a riferimento, rimanga ferma la media di 24 ore di riposo dopo sei giornate lavorative, in modo da non snaturare o eludere la periodicità tipica della pausa settimanale[1081].

Come si è detto in precedenza, la CDFUE si limita a codificare il diritto al riposo settimanale – facente del resto ampiamente parte del patrimonio costituzionale comune agli Stati europei – senza null'altro aggiungere.

In ambito comunitario, riferimenti si traggono invece dalla direttiva n. 93/104/Ce, costituente il ceppo originario dell'attuale direttiva n. 2003/88/CE e sul quale si è giocata, alcuni anni or sono,

---

[1079] PANZARANI, *Lavoro festivo e domenicale*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 125. Sulla *ratio* sottesa alla regola "di derivazione millenaria" del riposo domenicale, prefigurato come forma di "tempo libero qualificato", cfr. ICHINO, *op. cit.*, 412.

[1080] Corte Cost. 15 giugno 1972, n. 105, in *Giur. Cost.*, 1972, I, 1196; in dottrina, cfr SILVAGNA, *op. cit.*, in AA.VV., *Apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, 189.

[1081] Corte Cost. 15 dicembre 1967, n. 150, in *Giur. cost.*, 1967, II, 1746, successivamente specificata da Corte Cost. 30 giugno 1971, n. 146, *id.*, 1971, II, 164. L'orientamento ha originato un cospicuo indirizzo giurisprudenziale tendente ad ammettere la derogabilità della periodicità ebdomadaria, laddove sussistano le condizioni giustificative indicate dalla Corte Costituzionale (Cass. 14 aprile 2001, n. 5592, in *Notiz. giur. lav.*, 2001, 759; 21 settembre 2000, n. 12518, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1105; 30 agosto 2000, n. 11419, *ibid.*, voce cit., n. 1133; 22 luglio 1995, n. 8014, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 591), fatto salvo il diritto ad una maggiorazione retributiva in caso di "slittamento" del riposo al di là del settimo giorno, purché ne resti impregiudicata la fruizione *medio tempore*, con la conseguente osservanza del rapporto di sei giorni lavorativi e uno di riposo (Cass. 8 ottobre 2003, n. 15046, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 345; Cass. 9 gennaio 2002, n. 179, in *Foro it.*, 2002, I, 1787; Cass. 28 giugno 2001, n. 8820 e 28 novembre 2001, n. 15044, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 833; 17 febbraio 2000, n. 1769, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1142.). Per una più ampia rassegna di giurisprudenza, v. ALLAMPRESE, LELLA, *Riposi settimanali*, in Leccese (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa di italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, 2004, 349-350.

un'importante battaglia non solo di principio. Il riferimento alla collocazione del riposo settimanale "in linea di principio nella giornata della domenica", contenuta nella direttiva n. 93/104/Ce, è stato infatti espunto a seguito della sentenza della Corte di Giustizia 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio UE* (c.d. *WTD Case*). In quell'occasione, la Corte ha ritenuto non giustificabile sotto il profilo delle esigenze di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori la fissazione di un riposo domenicale, così abrogando la disposizione della direttiva originaria[1082].

L'effetto è stato quello di lasciare "mano libera" agli Stati membri nella definizione del *quando* del riposo settimanale, secondo una linea interpretativa già invalsa nel contesto della *Sunday Trading Legal Saga*, originata dalla famosa sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Torfaen*[1083]. In quel caso, si poneva dinanzi alla Corte di Giustizia un problema di raffronto fra principi di libertà economica (la libera circolazione delle merci in ambito comunitario, sancita dall'art. 30 del Trattato Cee, ora art. 34 TFUE) e il diritto del lavoratore subordinato a fruire di una garanzia sociale quale il riposo domenicale. La Corte, pur escludendo che disposizioni nazionali sul divieto di apertura domenicale degli esercizi possano comportare restrizioni alla libera circolazione delle merci, ha al contempo affermato che normative del genere costituiscono "espressione di determinate scelte politiche ed economiche, in quanto sono intese a garantire una ripartizione degli orari di lavoro e di riposo rispondente alle peculiarità socioculturali nazionali o regionali, la cui valutazione spetta, nella fase attuale del diritto comunitario, agli Stati membri"[1084]. Tali principi sono stati successivamente ribaditi dalla Corte di Lussemburgo[1085], anche con riferimento a normative nazionali contenenti un esplicito divieto di lavoro domenicale[1086].

Pare di poter dire che sia nel *WTD Case,* sia nella giurisprudenza *Torfaen*, la Corte di giustizia manifesti anch'essa un approccio *laico* rispetto al problema, liberando il riposo settimanale dall'ipoteca della cadenza domenicale, ancorché in nome di finalità molto differenti fra loro: la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, nel primo caso, la rimozione di ostacoli alla libera circolazione delle merci, nel secondo.

Occorre avvertire, tuttavia, che un simile ricongiungimento, sul piano dei principi, fra l'ordinamento costituzionale italiano e il sistema giuridico comunitario, ulteriormente sanzionato dalla CDFUE sempre all'insegna del fattore della "laicità", non può certo condurre a prefigurare ipotesi interpretative definitive. Si pensi solamente all'impellente urgenza di ridimensionare gli effetti della pronunzia della Corte di Giustizia nel *WTD Case*, tradottasi nella Risoluzione del Parlamento

---

1082 Per un recente *excursus*, cfr. NOWAK, *Working Time Directive and the European Court of Justice*, in *Maastricht Journ*., 2008, vol. 15, n. 4, 448 ss.

1083 Corte Giust. 23 novembre 1989, causa C-145/88, *Torfaen*.

1084 La Corte di Giustizia aveva già escluso interferenze fra normative nazionali che vietano il lavoro notturno nel settore della panificazione e delle pasticcerie e principio della libera circolazione delle merci: cfr. Corte Giust. 14 luglio 1981, causa C-155/80, *Oebel*.

1085 Cfr. Corte Giust. 16 dicembre 1992, causa C-169/91, *Council of the City of Stoke-on-Trent e altri c. B & Q*; Corte Giust. 24 novembre 1993, cause C-267 e 268/91, *Keck*; Corte Giust. 2 giugno 1994, cause C-401 e 402/92, *Tankstation't Heukske vof*; Corte Giust. 2 giugno 1994, cause C-69 e 258/93, *Soc. Punto Casa*, in *Racc.*, 1994, 2363; Corte Giust. 20 giugno 1996, cause C-418, 419, 420, 421/93, 460-462/92, 464/93, 9-11/94, 14-15/94, 23-24/94, 332/94, *Semeraro Casa Uno srl*, in *Racc.*, 1996, 2975.

1086 Cfr. Corte Giust. 28 febbraio 1991, causa C-312/89, *Conforama* (sulla normativa francese); Corte Giust. 28 febbraio 1991, causa C-332/89, *André Marchandise* (sulla legislazione belga).

europeo del 12 dicembre 1996, in cui si forniscono chiare indicazioni in merito al "carattere particolare" della domenica come giorno di riposo, in ragione – per richiamare una formula quasi abusata in questi ultimi anni – delle radici cattoliche della società europea[1087].

## 5. La collocazione domenicale del riposo e la regola della periodicità: problematiche italiane ed europee.

L'incerta configurazione del diritto al riposo settimanale, sotto il profilo della sua collocazione e delle modalità di fruizione, si riverbera sugli assetti della legislazione nazionale di riforma, traspositiva della disciplina comunitaria.

In parziale continuità con quanto disposto dalla l. n. 370 del 1934, l'art. 9, comma 1, d. lgs. n. 66 del 2003 stabilisce infatti che "il lavoratore ha diritto ogni sette giorni a un periodo di riposo di almeno ventiquattro ore consecutive, di regola in coincidenza con la domenica". L'intenso dibattito sviluppatosi in Italia a ridosso della trasposizione della direttiva comunitaria è sfociato, pertanto, nel mantenimento dell'originaria collocazione "domenicale" del riposo settimanale[1088], coincidenza che rimane, come già nel vigore della legislazione anteriore, del tutto tendenziale, in forza del vasto apparato di deroghe predisposto dall'art. 9, commi 2, 3 e 4, d. lgs. n. 66 del 2003, che consentono la fruizione del riposo in un giorno diverso dalla domenica. Resta fermo, attesa la natura giuridica del riposo domenicale quale "tempo libero qualificato"[1089], il diritto del lavoratore domenicale a fruire in ogni caso di una maggiorazione retributiva, la cui entità è determinata dal giudice, ove non prevista dal contratto collettivo[1090].

Occorre però sottolineare un ulteriore profilo normativo d'interesse, che ha di recente preso corpo. Aderendo ad un'indicazione contenuta nella direttiva comunitaria (art. 16, par. 1, lett. a) ma in un primo tempo ignorata, il legislatore italiano ha modificato il d. lgs. n. 66 del 2003, ora prevedendo che il riposo settimanale possa essere "calcolato come media in un periodo non superiore a quattordici giorni" (art. 41, comma 5, l. n. 133 del 2008). In virtù di tale disposto, il datore di lavoro è posto nella condizione di richiedere lo svolgimento di una prestazione lavorativa per dodici giorni consecutivi, fatto salvo il diritto del lavoratore di fruire di un riposo "compattato" sui rimanenti due giorni, collocati nella tredicesima e quattordicesima giornata dell'arco temporale di riferimento[1091].

A tale alterazione del principio di periodicità del riposo settimanale, di norma calibrato sulla regola sei giorni di lavoro / uno di riposo, sembrerebbe fare da scudo la menzionata giurisprudenza

---

1087 La Risoluzione è pubblicata in *Quad. dir. pol. eccles.*, 1997, 532, con nota di ASTORRI. È bene ricordare che l'art. 2 della Carta sociale europea del 1961 riconosce il diritto a fruire di "un riposo settimanale che coincida per quanto possibile con il giorno della settimana generalmente ammesso come giorno di riposo dalla tradizione o dagli usi del paese o della regione".

1088 Lo enfatizza NAPOLI, *op. cit.*, 760.

1089 V. *supra*, nota 83.

1090 Così come afferma la costante giurisprudenza*: ex multis* Cass. 4 febbraio 2008, n. 2610, *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Lavoro* (rapporto), n. 88.

1091 Per un approccio più complesso v. BELLOMO, *Orario di lavoro: le modifiche introdotte dalla legge 133 del 2008 e le prospettive di riforma della normativa europea*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 835-836. Per una prima ricognizione ministeriale sul sistema dei riposi settimanali dopo la l. n. 133 del 2008, v. le risposte ad interpello nn. 29/2009 e 60/2009, leggibili in http://www.lavoro.gov.it/Lavoro/Strumenti/interpello/tempidilavoro.htm.

della Corte costituzionale, orientata a legittimare l'alterazione della cadenza ebdomadaria del riposo settimanale[1092]. La differenza risiede però nel fatto che, secondo quella giurisprudenza, ciò era possibile solo in presenza di particolari esigenze della produzione e preservando la tutela della salute del lavoratore, mentre nel nuovo regime normativo la deroga diviene, all'evidenza, implementabile in via del tutto ordinaria.

Non può inoltre sfuggire il formarsi di una contraddizione "interna" alla trama legislativa. Se, infatti, il riposo può concentrarsi sulla parte finale di un arco temporale bi-settimanale, questo vorrà dire che, almeno laddove il datore di lavoro opti per il modello di computo flessibile del riposo settimanale, verrà meno il rispetto della sua cadenza domenicale. In tal modo, si rafforza l'idea per cui il riposo domenicale è, almeno dal punto di vista della disciplina legale, una "regola" ormai dimidiata, atteggiandosi sempre di più come variabile dipendente dalle esigenze della produzione, la cui "gestione" è rimessa al potere (unilaterale, in assenza di limiti introdotti dalla contrattazione collettiva) di determinazione del datore di lavoro[1093].

I complessi sviluppi della legislazione italiana confermano, dunque, la validità del principio enunciato, a suo tempo, dalla Corte Costituzionale: l'art. 36, comma 3, Cost. scolpisce il diritto soggettivo perfetto ed irrinunciabile al riposo settimanale, ma non ne definisce "le condizioni di esercizio", rimesse in definitiva alla legislazione ordinaria e alla sottostante normazione regolamentare. Dal diritto dell'UE non si traggono elementi in senso divergente. La giurisprudenza, costituzionale e comunitaria, si è poi incaricata di costruire il quadro entro cui operare il bilanciamento fra il diritto al riposo strettamente inteso e il soddisfacimento di beni giuridici di pari rilevanza costituzionale (in particolare, la libertà d'iniziativa economica privata).

Ma proprio questo versante, del bilanciamento fra principi (con riflessi inevitabili sul campo di operatività delle regole), è quanto mai mutevole, risentendo delle sensibilità che, di volta in volta, in diversi contesti storici o geo-politici, possono in concreto manifestarsi. Lo testimonia il recente andamento del dibattito costituzionale sulla legislazione in materia di apertura domenicale degli esercizi commerciali in due Stati europei come la Germania e la Croazia (quest'ultima autorevole candidata all'ingresso nell'UE).

Mentre, infatti, la Corte Costituzionale tedesca, con sentenza del 1° dicembre 2009, ha ritenuto costituzionalmente illegittima, ai sensi dell'art. 139 Cost. (che, nell'incorporare alcuni principi della Costituzione weimariana, stabilisce che "la domenica e le altre festività riconosciute vanno legalmente protette come giorni del riposo e dell'elevamento spirituale"), una legge della Città-Stato di Berlino che autorizzava l'apertura degli esercizi commerciali nelle quattro domeniche dell'Avvento[1094], dando prevalenza alle "esigenze di tutela della persona" a scapito della libertà di commercio, la Corte Costituzionale della Croazia, con sentenza del 19 giugno 2009 ha, tutto al contrario, dichiarato costituzionalmente illegittima una norma di legge che vietava, per l'appunto,

---

[1092] V. *supra*, nota 85.

[1093] Cfr. FERRANTE, *op. cit.*, 442, il quale nega che possa parlarsi di "contraddizione palese", anche se poi ammette che "il principio della tendenziale coincidenza [con la domenica] sia, per così dire, dimezzato".

[1094] La sentenza è leggibile, in lingua tedesca, alla pagina *web* http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/index.html.

l'apertura domenicale dei negozi, attribuendo stavolta prevalenza alle esigenze costituzionalmente protette (art. 49, comma 1, della Costituzione croata) del libero mercato[1095].

È la riprova che il terreno di bilanciamento di beni giuridici ugualmente presenti nel patrimonio costituzionale comune agli Stati europei non si definisce una volta per tutte. Come non sentire, nuovamente, l'eco degli autorevoli ammonimenti circa la relatività storico-funzionale dei diritti e delle libertà fondamentali?[1096]

## 6. Il diritto alle ferie annuali fra Costituzione e codice civile. La vis espansiva del diritto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

La vicenda del diritto alle ferie annuali retribuite è alquanto curiosa. Ultimo fra i "diritti al riposo" ad essere concepito dal legislatore nazionale, dopo la consacrazione nella Carta Costituzionale del '48 e il successivo riconoscimento nella Carta sociale europea del 1961, ha conosciuto un'intensa stagione di fioritura, anche attraverso l'apporto interpretativo/rafforzativo della Corte Costituzionale e, più di recente, della Corte di Giustizia, chiamata a pronunziarsi su profili di conformità alla direttiva comunitaria n. 93/104/Ce (ora n. 2003/88/CE) della legislazione di diversi Stati membri (Germania, Gran Bretagna, Olanda, Spagna).

In ambito nazionale, il diritto alle ferie annuali retribuite nasce e si sviluppa in un contesto essenzialmente extra-legislativo. L'art. 36, comma 3, Cost., nel sancirlo senza stabilirne durata e modalità di fruizione, rinviava implicitamente alle fonti sottostanti il compito di regolarlo. Compito lungamente assolto dalla contrattazione collettiva, pur nella cornice di alcuni principi di derivazione codicistica (art. 2109, commi 2 e 3, cod. civ.). Solo con la legge n. 157 del 1981, di ratifica della Convenzione ILO n. 52 del 1936, sarà introdotta la "quantificazione" del diritto nella misura di tre settimane annue. Mentre un riferimento al minimo di quattro settimane di ferie retribuite si ricava indirettamente (e non senza incognite sul piano dell'effettiva cogenza della previsione) dall'art. 2, n. 3, della Carta Sociale Europea, nel testo revisionato dal Consiglio d'Europa nel 1996, ratificata con legge n. 30 del 1996[1097].

Nondimeno, nella vigenza dell'art. 2109, cod. civ., la Corte costituzionale aveva provveduto a modellare il disposto codicistico secondo il principio di adeguatezza costituzionale, sancendo l'illegittimità, ai sensi dell'art. 36, comma 3, Cost., della disposizione, nella parte in cui escludeva il riconoscimento del diritto in caso di rapporto di lavoro di durata inferiore ad un anno. Da qui il c.d. principio di intrannualità delle ferie, computabili in proporzione alla durata contrattuale del lavoro, senza alcun pregiudizio per i rapporti di breve durata[1098].

Ma l'apporto per certi versi più significativo che è venuto dalla Corte Costituzionale inferisce il legame giuridico fra il diritto all'assenza per malattia e il diritto alle ferie. La vicenda, che ha riguardato specificamente il caso di sopravvenienza dello stato di morbilità durante la fruizione

---

[1095] La sentenza è leggibile, in lingua inglese, alla pagina *web* http://www.usud.hr/default.aspx.

[1096] Cfr. BOBBIO, cit. *supra*, nota 36.

[1097] La Parte III della Carta Sociale, infatti, autorizza la parziale attuazione degli "impegni" previsti dalla Parte II della Carta (fra cui appunto la previsione relativa al diritto alle ferie), così inducendo non pochi dubbi sulla cogenza, *in parte qua*, della legge di ratifica.

[1098] Corte Cost. 10 maggio 1963, n. 66, in *Giur. Cost.*, 1963, 569.

delle ferie, risultò all'epoca non poco controversa, dando luogo ad orientamenti giurisprudenziali prevalentemente orientati a negare l'effetto interruttivo[1099].

Una svolta si è avuta a seguito di Corte costituzionale 30 dicembre 1987, n. 616[1100]. Quest'ultima, facendo leva sulla *ratio* composita del diritto del lavoratore "a fruire di congruo periodo di riposo con conseguente sottrazione al lavoro, sicché egli possa ritemprare le energie psico-fisiche usurate dal lavoro e possa altresì soddisfare le sue esigenze ricreativo-culturali e più incisivamente partecipare alla vita familiare e sociale", ha dichiarato l'illegittimità costituzionale – sempre per contrasto con l'art. 36, comma 3, Cost. – dell'art. 2109, comma 2, cod. civ., nella parte in cui non prevedeva l'effetto interruttivo indotto dal sopravvenire dello stato di malattia[1101].

Ulteriore conferma circa l'intangibilità del diritto alle ferie, sotto il profilo del suo riconoscimento, è venuto, infine, dalla più recente Corte Costituzionale 22 maggio 2001, n. 158[1102], che ha ritenuto costituzionalmente illegittima la mancata garanzia del periodo di ferie per il lavoratore detenuto che svolga attività lavorativa all'interno dell'istituto penitenziario, quantunque con gli adattamenti richiesti dallo *status* del lavoratore e dalle connesse peculiarità del rapporto di lavoro.

## 7. Gli apporti della Corte di Giustizia. L'uso proclamato e non praticato della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Al pari del diritto al riposo settimanale, il diritto a fruire di un congruo periodo di ferie annuali è costantemente richiamato nelle Carte dei diritti internazionali ed europee, sino all'art. 31, par. 2, CDFUE.

Nel sistema giuridico dell'UE, peraltro, la fonte di più immediata rilevanza è la direttiva n. 2003/88/CE, erede, come detto, dell'originaria direttiva n. 93/104/Ce, il cui art. 7 regola il diritto alle ferie in maniera più compiuta rispetto a quanto facesse, almeno all'epoca della sua approvazione, il diritto italiano. Su tale disposizione si è concentrata una significativa giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, nel contesto di un'impostazione rigorista tesa ad escludere deroghe di qualsiasi natura, ha rafforzato la portata "comunitaria" del diritto alle ferie, negando che la sua

---

[1099] Per un riepilogo cfr. ICHINO, *L'orario di lavoro e i riposi, Artt. 2107-2109*, in *Commentario Schlesinger al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 1987, 188, nota 76; in dottrina, nel senso ormai superato che il periodo di ferie è assorbente "anche dei diversi riposi, ai quali [il lavoratore] sia costretto per malattia sopravvenuta durante le ferie (non importa se imputabile o non imputabile al lavoratore)" cfr. CORRADO, *op. cit.*, 219.

[1100] In *Foro it.*, 1988, I, 1062 e 2153.

[1101] La pronunzia ha generato un nuovo indirizzo giurisprudenziale, volto per lo più ad asseverare il *dictum* della Consulta, ma anche a chiarirne i limiti, sicché il principio è sottoposto ad un'eccezione di non poco conto nel caso in cui il datore di lavoro provi l'effettiva compatibilità dello stato di malattia con il godimento del periodo di ferie: cfr. Cass. sez. un. 23 febbraio 1998, n. 1947, in *Foro it.*, 1998, I, 1065; Cass. 8 novembre 1999, n. 1406, in *Impresa*, 1999, 1837; 11 giugno 1999, n. 5772, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1236; Trib. Milano 4 dicembre 2000, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, 134. Il principio rinviene un'ulteriore eccezione per il caso in cui il lavoratore, assente per malattia ed impossibilitato a riprendere servizio, al fine di evitare la perdita del posto di lavoro a seguito dell'esaurimento del periodo di comporto, chieda al datore di lavoro di fruire delle ferie durante il periodo di malattia; la giurisprudenza ammette tale possibilità, fermo restando l'obbligo di presentazione della domanda da parte del lavoratore, valutando il fondamentale interesse del richiedente al mantenimento del posto di lavoro (cfr. Cass. 3 marzo 2009, n. 5078, *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Lavoro* (rapporto), n. 64; 22 aprile 2008, n. 10352, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 787; 27 febbraio 2003, n. 3028, in *Riv. giur. lav.*, 2004, II, 598).

[1102] In *Foro it.*, 2001, I, 2139.

esistenza ed intensità possa essere subordinata alle scelte dei legislatori nazionali, meno che mai se guidate da istanze di natura mercantilistica, negatorie delle finalità sociali del diritto[1103].

La "cifra" dell'orientamento in parola ben si evince dalle motivazioni della prima sentenza interpretativa sull'art. 7 della direttiva, resa dalla Corte di Giustizia nel caso *BECTU*[1104]. Sul presupposto che il diritto alle ferie annuali retribuite si configuri alla stregua di un "principio particolarmente importante del diritto comunitario", i giudici comunitari hanno dichiarato in contrasto con l'art. 7 della direttiva una disposizione di legge britannica (Reg. 13, par. 7, delle *Working Time Regulations*) che subordinava all'acquisizione di un periodo di anzianità di servizio, pari ad almeno 13 settimane, il riconoscimento del diritto alle ferie, così di fatto escludendo dall'applicazione dell'istituto i lavoratori impiegati con contratti di lavoro di breve durata[1105]. In tal modo, sottraendo il diritto alle ferie annuali alla discrezionalità del legislatore nazionale, la Corte ha ridimensionato, nel caso specifico, gli eccessi di flessibilità della disciplina britannica, indicando più generalmente agli Stati membri un modello di riferimento, in cui la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori non può piegarsi alle esigenze datoriali di mero contenimento del costo del lavoro.

L'operazione di trasposizione "verso il basso" dell'art. 7 della direttiva è nuovamente contrastata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Robinson-Steele e Clarke,* sempre vertente sull'interpretazione della normativa britannica[1106]. Si trattava di valutare la conformità alla direttiva di disposizioni legali e regolamentari che prevedevano, secondo una prassi ricorrente nel sistema britannico, modalità integrate di pagamento delle ferie annuali retribuite, in cui cioè il compenso per il periodo feriale è "spalmato" sull'arco annuale e corrisposto congiuntamente alla retribuzione per i periodi di lavoro effettivo (c.d. *rolled up holiday pay*)[1107]. La Corte di Giustizia ha sancito l'illegittimità di tali pratiche retributive. Secondo la Corte, il momento del pagamento delle ferie annuali non è stabilito dalla direttiva, perché rientrante fra le "condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali" (art. 7, par. 1, della direttiva). La Corte sottolinea, tuttavia, come la definizione da parte degli Stati membri delle modalità di applicazione debba tenere conto dei limiti imposti dalla direttiva medesima. In particolare, l'obbligo datoriale di pagare la retribuzione ordinaria dovuta per il periodo feriale "è volto a mettere il lavoratore, in occasione di tali ferie, in una situazione che, dal punto di vista della paga, è paragonabile ai periodi di lavoro". Ciò vale anche ad evitare che il regime retributivo integrato, con versamento scaglionato della retribuzione dovuta per il periodo feriale, generi situazioni in cui il periodo minimo di ferie annuali retribuite sia di fatto sostituito da un'indennità finanziaria, in violazione del par. 2 dell'art. 7 della direttiva. Tale ultima disposizione assurge, pertanto, a criterio direttivo per l'interpretazione di una clausola nazionale, così consolidando il principio di effettività del diritto alle

---

[1103] Cfr. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, 48 ss.

[1104] Corte Giust., 26 giugno 2001, C-173/99, *The Queen c. Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU).*

[1105] Sulla trasposizione della direttiva comunitaria in materia di orario di lavoro nel sistema britannico si rinvia a G. RICCI, *Modelli e tecniche di flessibilizzazione dell'orario di lavoro in Gran Bretagna,* in Santucci, Bellini, Quaranta (a cura di), *op. cit.*, spec. 152 ss.

[1106] Corte Giust.16 marzo 2006, C-131/04 e C-257/04, *C. D. Robinson-Steele c. R. D. Retail Services Ltd; Michael Jason Clarke c. Frank Staddon Ltd e J. C. Caulfield e a. c. Hanson Clay Products Ltd.*

[1107] Cfr. ZAMPINI, *L'inclusione del pagamento delle ferie annuali nella retribuzione contrasta con la direttiva sull'orario di lavoro*, in *Europa e diritto*, 2006, n. 2, 43 ss.

ferie già sancito in *BECTU*[1108].

Ancor prima di *Robinson-Steele e Clarke*, la Corte, nella sentenza *Merino Gómez*[1109], aveva chiarito che l'eventuale sovrapposizione fra il congedo annuale e il periodo dedicato al congedo per maternità non può pregiudicare la fruizione del primo, in quanto ciò determinerebbe non solo la lesione del diritto fondamentale della lavoratrice a fruire di un periodo di ferie di almeno quattro settimane, *ex* art. 7 della direttiva, ma altresì la violazione delle disposizioni poste a tutela di diritti "collegati al contratto di lavoro" della lavoratrice in maternità (art. 11 della direttiva n. 92/85/CEE) e di parità di trattamento fra lavoratori e lavoratrici nelle condizioni di lavoro (art. 5, n. 1 della direttiva n. 76/207/CEE). Ne consegue che una lavoratrice deve poter godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello in cui fruisce del congedo di maternità, anche in caso in cui la coincidenza sia contemplata da una specifica disposizione di accordo collettivo[1110].

La breve rassegna è completata dalle più recenti sentenze rese dalla Corte nei casi *Schultz-Hoff e Stringer*[1111] e *Vicente Pereda*[1112]. Si tratta di due pronunzie per certi versi complementari. Nella prima si fa applicazione del principio di effettività del diritto alle ferie già elaborato in *Merino Gómez*, per desumere l'esigenza della non sovrapponibilità del periodo di assenza per malattia con il periodo dedicato al godimento del riposo annuale, in ragione della diversa *ratio* dei due diritti[1113]. Aggiunge la Corte che l'eventuale cessazione del rapporto di lavoro che pregiudichi l'effettiva fruizione del periodo di ferie, in quanto "occupato" dall'assenza per malattia, non esclude il diritto del lavoratore a percepire l'indennità per ferie non godute[1114]. La seconda pronunzia completa il precedente *decisum*, riconoscendo il diritto del dipendente a godere delle ferie annuali, eventualmente "slittate" in virtù della coincidenza con la malattia, anche in un periodo successivo all'anno di maturazione, atteso il permanente interesse del lavoratore ad un'eventuale fruizione posticipata.

L'attenzione che molti commentatori hanno dedicato alle Conclusioni formulate dall'Avv. Gen. Tizzano nel caso *BECTU* e, più di recente, dall'Avv. Gen. Trstenjak in *Schultz-Hoff* e *Stringer* – nella parte in cui operano un richiamo all'art. 31, par. 2 CDFUE come direttamente fondativo di un

---

[1108] In tal modo BAVARO, *Il principio di effettività del diritto alle ferie nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 1341-1342.

[1109] Corte Giust., 18 marzo 2004, C-342/01, *María Paz Merino Gómez c. Continental Industrias del Caucho SA*.

[1110] Cfr. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *La coincidencia temporal de la baja por maternidad y las vacaciones: adaptación necesaria de la jurisprudencia española al derecho comunitario*, in *Relaciones laborales*, 2004, n. 9, 61; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad*, in *Temas laborales*, 2004, 305; PÉREZ DEL RIO, *Suspensión por maternidad y derecho a vacaciones*, in *Revista de derecho social*, 2004, 107.

[1111] Corte Giust. 20 gennaio 2009, causa C-350/06; 520/06, *Schultz-Hoff c. Deutsche Rentenversicherung Bund; Stringer and others v HM Revenue & Customs.*

[1112] Corte Giust. 10 settembre 2009, causa C-277/08, *Vicente Pareda c. Madrid Movilidad SA*.

[1113] Secondo la Corte, infatti, "lo scopo del diritto alle ferie annuali retribuite è consentire al lavoratore di riposarsi e di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione. Tale finalità è diversa da quella del diritto al congedo per malattia, accordato al lavoratore affinché possa ristabilirsi da una malattia" (punto 25 delle motivazioni).

[1114] Per i primi commenti, cfr. MATTAROLO, *Ferie non godute senza volontà del lavoratore: permanenza del diritto o indennità sostitutiva?*, in *Lav. giur.*, 2009, 471; DI FRANCESCO, *Malattia e spostamento del periodo di ferie annuali*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 801; CAPONETTI, *Il diritto alle ferie tra prassi nazionale e giurisprudenza comunitaria*, *ibid.*, 804; RUANO ALBERTOS, *Incapacidad laboral y derecho a las vacaciones anuales*, in *Tribuna Social*, 2009, n. 221, 44; VALDÉS ALONSO, *Disfrute aplazado de vacaciones por incapacidad temporal*, in *Documentación Laboral*, 2009, n. 86, 143.

diritto sociale fondamentale – si ridimensiona nel momento in cui si pongono a confronto le Conclusioni con le successive sentenze della Corte di Giustizia. Il tentativo di fare emergere i diritti fondamentali nelle sedi giudiziali comunitarie, attraverso il richiamo della CDFUE[1115], pare infatti non essere andato al di là di un semplice *wishful thinking*. La Corte, forse preoccupata di prendere posizione sugli incerti effetti giuridici della CDFUE, ha preferito rifarsi, in motivazione, a principi di diritto internazionale ed europeo ben più risalenti (e assai meno forieri di nodi problematici), come quelli contenuti nel Patto sui diritti economici sociali e culturali del 1966 e nella Carta dei diritti sociali fondamentali del 1989, e in ogni caso fondando conclusivamente le proprie decisioni – né del resto poteva essere diversamente – sulle disposizioni della direttiva comunitaria richiamate a fondamento del rinvio dal giudice nazionale[1116].

## 8. Influenze della giurisprudenza comunitaria sull'ordinamento italiano: la discussa questione delle modalità di fruizione delle ferie.

È significativo che la giurisprudenza della Corte di Giustizia cui sin qui si è fatto riferimento non abbia sortito sull'ordinamento nazionale alcun effetto diverso rispetto a quelli generati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (sulle regole dell'intrannualità del diritto o sul rapporto fra ferie e malattia) ovvero da disposizioni legislative (sulla "non sovrapponibilità" fra congedo per ferie e congedo per maternità)[1117].

In questo contesto, v'è però un segmento dell'articolato braccio giurisprudenziale sulle ferie che interseca l'ordinamento italiano. La questione, di notevole rilevanza, afferisce alle modalità temporali di fruizione del diritto.

Occorre rammentare, anzitutto, che l'art. 10, d. lgs. n. 66 del 2003 ha ridefinito il *quantum* di ferie spettante al lavoratore su base annua, ora fissato in un periodo non inferiore a quattro settimane, una in più delle tre previste dalla legge n. 157 del 1981[1118]. La medesima disposizione stabilisce che il "predetto periodo minimo" non possa essere sostituito dalla relativa indennità per ferie non godute, salvo il caso di risoluzione del rapporto di lavoro, nel quale, logicamente, si pone un problema di oggettiva impossibilità per il lavoratore di fruire materialmente del periodo di ferie

---

[1115] Secondo HUNT, *op. cit.*, 61 "ancorché cautamente e pragmaticamente, *BECTU* sembra suggerire che la Corte è pronta a prendere sul serio i diritti sociali" (elencati nella CDFUE) estendendone la portata al di là degli ambiti ricoperti dalle fonti internazionali in materia di diritti umani e sociali; v. anche SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee*, cit., 48; HARDY, *Harmonising European Working Time in an Enlarged EU: a Case of Failed Humanization?,* in *Intern. Journ. Comp. Labour Law Ind. Rel.*, 2006, vol. 22, n. 4, 598; HENDRICKX, *Fundamental Social Rights in Pre- and Post-Constitutional Terms*, in *Intern. Journ. Comp. Labour Law Ind. Rel.*, 2006, vol. 22, n. 3, 424; O'LEARY, *op. cit.*, 78 ss.

[1116] Per un significativo raffronto, proprio con riferimento al caso *BECTU*, fra le "posizioni pionieristiche (…) assunte da alcuni Avvocati Generali" e "l'approccio (…) senz'altro più cauto" della Corte di Giustizia v. CARUSO, MILITELLO, *op. cit.*, 171 e 180; assai scettico sulla capacità della Corte di costituzionalizzare i diritti sociali per via pretoria è ORLANDINI, *op. cit.*, 69.

[1117] Sui primi due, v. *supra*, par. 6. Per quanto riguarda il divieto di sovrapposizione fra congedo di maternità e periodo di ferie v. l'art. 22, d. lgs. n. 151 del 2001.

[1118] Non è inutile ricordare che, ai sensi dell'art. 17, comma 5, d. lgs. n. 66 del 2003 il diritto alle ferie è riconosciuto anche al personale con qualifica dirigenziale. Nel regime normativo anteriore, invece, al mancato riconoscimento del riposo si ricollegava la negazione del diritto all'indennità per ferie non godute, tranne per il caso dei dirigenti sprovvisti del potere di autodeterminazione del periodo di riposo (da ultimo, v. Cass. 16 giugno 2009, n. 13953, *inedita*; Cass. sez. un. 17 aprile 2009, n. 9146, in *Guida lav.*, 2009, n. 26, 34).

già maturato[1119].

Su questo nucleo di disciplina s'innesta la novità introdotta dal d. lgs. n. 213 del 2004. Il legislatore ha infatti previsto la frazionabilità delle ferie, secondo un meccanismo in due tempi. Le prime due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, vanno fruite nel corso dell'anno di maturazione, le restanti due entro un arco temporale di diciotto mesi successivi all'anno di maturazione. Resta ferma la possibilità di diversa determinazione in sede di contrattazione collettiva.

La disposizione ha ingenerato numerose perplessità fra i commentatori in ordine tanto alla sua legittimità costituzionale, quanto alla conformità della disciplina rispetto alla direttiva comunitaria, così come interpretata dalla Corte di Giustizia.

Sul primo aspetto, è significativo che la dottrina abbia ricercato con fatica un soddisfacente punto di compromesso fra l'esigenza di non penalizzare (o di non penalizzare eccessivamente) la continuità nella fruizione delle ferie e una certa flessibilità sotto il profilo del *quomodo*, con il possibile frazionamento del periodo, anche in archi temporali successivi all'anno di maturazione[1120].

Un colpo di freno a disposizioni e prassi che prevedono lo "slittamento" al di là dell'anno di maturazione di una parte del periodo di ferie è giunto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 543 del 1990[1121]. Nel pronunziarsi sulla legittimità di un regime normativo speciale per gli autoferrotranvieri, che consentiva per l'appunto lo scaglionamento del periodo delle ferie in un arco temporale superiore all'anno di maturazione, la Corte ha in verità espresso la sua opinione sulla conformità alla Costituzione di un modello normativo in qualche modo incline al soddisfacimento di interessi ulteriori rispetto a quelli dei lavoratori, quale l'interesse degli utenti a fruire di servizi pubblici essenziali o anche del datore di lavoro a una più articolata modulazione del periodo delle ferie.

I principi di diritto enunciati dalla Corte sono in sostanza due: a) se è vero che spetta al datore di lavoro la scelta del tempo in cui le ferie debbono essere fruite, nel contemperamento delle esigenze dell'impresa e degli interessi del lavoratore (art. 2109 cod. civ.), tuttavia tale potere non può essere esercitato in modo da vanificare le finalità cui è preordinato l'istituto. Ciò avviene, secondo la Corte, "laddove vi sia la frantumazione del riposo feriale in brevi o brevissimi periodi, ed altresì qualora non si consenta al lavoratore di usufruire integralmente nel corso dell'anno del periodo di ferie che annualmente gli compete, pur nell'ambito delle collocazioni temporali decise dal datore di lavoro o definite in sede di accordo collettivo"; b) la Corte, d'altra parte, non nega la possibilità di prevedere delle deroghe, ma "tale compressione, per la particolare natura e per il fine del diritto che ne è l'oggetto, può avvenire solo per l'insorgere di situazioni eccezionali non previste né prevedibili, e non per generiche e immotivate esigenze di servizio".

---

[1119] La Circolare del Ministero del lavoro n. 8 del 2005 discutibilmente include nell'eccezione l'estinzione del rapporto di lavoro a tempo determinato di durata inferiore all'anno.

[1120] Emblematica, a tal proposito, la posizione di SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 92-93: se, da un lato, egli sottolinea che "può legittimamente stabilirsi, rispetto al precetto costituzionale, che le ferie cadano nei più diversi periodi dell'anno e anche in anni successivi", dall'altro avverte che "si potrebbe profilare pur sempre una frode alla legge, e addirittura a quella costituzionale, nei casi in cui l'assegnazione del periodo di ferie al lavoratore avvenisse ricorrentemente in epoche degli anni successivi del tutto diverse, così da impedirgli sostanzialmente il godimento di un periodo di riposo annuale".

[1121] In *Foro it.*, 1991, I, 391.

La pronunzia della Corte Costituzionale è all'origine dei cennati dubbi di costituzionalità dell'art. 10, d. lgs. n. 66 del 2003, nella parte aggiunta dal decreto correttivo del 2004, relativa alle modalità di fruizione del diritto secondo il meccanismo dei due tempi[1122].

Vi sono, però, elementi per ritenere che la *ratio* di tale previsione ecceda l'ambito entro cui si era formata la vecchia giurisprudenza della Corte Costituzionale, rendendo datato e, in fin dei conti, inapplicabile lo schema di ragionamento sotteso alla sentenza n. 543 del 1990.

Bisogna considerare, in primo luogo, che è mutato sensibilmente il quadro economico e sociale di riferimento. La realtà produttiva non è più quella fordista, contraddistinta dalla tendenza al raggruppamento dei periodi di ferie in archi temporali socialmente "sincronici", in coincidenza con la chiusura in determinati periodi dell'anno (specie estivi) delle imprese e il conseguente riconoscimento di periodi di non lavoro collettivamente condivisi. Il mutamento del modello di temporalità sociale prevalente, con la diluizione dell'attività produttiva e dunque lavorativa su periodi estesi, ha imposto quale essenziale criterio di organizzazione il frazionamento delle ferie in più periodi.

Secondariamente, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 543 del 1990, risolve un problema di compatibilità fra il diritto del lavoratore all'effettivo riposo e le contrapposte esigenze di organizzazione flessibile dell'impresa (ma anche di fruizione dei servizi pubblici da parte degli utenti), e lo fa imponendo lo schema rigido della non frazionabilità del periodo al di fuori dell'anno di maturazione, salvo "deroghe motivate". Anche da questo punto di vista, il contesto appare oggi del tutto differente. Il legislatore del 2003/04, con l'innovativa disposizione sulla distribuzione delle ferie, finisce per tenere conto di un diretto interesse dello stesso lavoratore dipendente a potere materialmente fruire di un periodo di riposo, entro un arco di tempo più lungo dell'anno, ma così riducendo il rischio di perdita o, comunque, di monetizzazione dello stesso.

In altre parole, emerge una lettura costituzionalmente "evoluta" dell'art. 10, d. lgs. n. 66 del 2003, che tiene nella dovuta considerazione il tentativo del legislatore delegato di rimediare al "corto-circuito" fra le enunciazioni di principio circa il carattere fondamentale e irrinunciabile del diritto alle ferie (art. 36, comma 3, Cost.) e gli effetti, di segno opposto, indotti dalla contrattazione collettiva e dalla pratica giudiziale, in ragione di uno schema che consente la monetizzazione delle ferie non godute entro un certo termine, per il presunto venir meno dell'interesse del lavoratore a fruire del riposo annuale[1123].

---

[1122] Cfr. A. PESSI, *Il diritto alle ferie tra vecchie e nuove problematiche*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 803; *contra*, LECCESE, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d. lgs. n. 66/2003, come modificato dal d. lgs. n. 213/2004*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti, a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 320.

[1123] Per il riconoscimento del diritto all'indennità sostitutiva, in caso di mancata fruizione non addebitabile ad alcuna delle due parti ovvero imputabile esclusivamente al datore di lavoro, laddove invece il diritto si estingue in ipotesi di irragionevole rifiuto del prestatore di lavoro cfr. Cass. 30 gennaio 2006, n. 2016, in *Guida lav.*, 2006, n. 11, 39; 25 ottobre 2004, n. 20673, in *Lav. giur.*, 2005, 127; nel diverso senso che il rifiuto del lavoratore preservi il diritto all'indennità sostitutiva, escludendo però la responsabilità datoriale per danni ulteriori, Cass. 29 novembre 2007, n. 24905, *Foro it.*, 2008, I, 509. In dottrina, sull'idoneità delle nuove regole in materia di fruizione delle ferie a coniugarsi con il negletto principio costituzionale di irrinunciabilità v. DEL PUNTA, *La nuova disciplina delle ferie*, in Leccese (a cura di), *L'orario di lavoro*, cit., spec. 389; per contro, ICHINO, *Trattato di diritto civile e commerciale,* cit., 440, tiene rigidamente distinta la pattuizione in deroga (nulla) dalla mancata fruizione di fatto, senza cioè alcuna rinuncia dichiarata da parte del lavoratore, di tutto o parte del riposo annuale.

Tale impostazione (distribuzione su base multiperiodale *versus* garanzie di effettivo godimento del periodo di ferie) risulta convalidata dalla recente sentenza della Corte di Giustizia nel caso *FNV*[1124], alla quale va peraltro riconosciuto di aver fugato i dubbi, avanzati in dottrina, circa la conformità dell'art. 10, d. lgs. n. 66 del 2003 rispetto alla direttiva comunitaria[1125]. In *FNV*, i giudici seppure in un *obiter dictum*, hanno riscontrato la validità della disposizione nazionale che autorizza la frazionabilità delle ferie, sicché la frazione del periodo feriale, solo perché *riportata* in un arco temporale successivo a quello di maturazione, non potrà essere surrogata da un'indennità per ferie non godute. Il principio di diritto è stato ribadito dalle più recenti sentenze *Schultz-Hoff e Stringer* e *Vicente Pereda*, al fine di affermare il diritto del lavoratore in malattia a fruire del periodo di ferie, originariamente programmato e poi non goduto a causa dell'insorgere dello stato di morbilità, anche in un arco temporale eccedente quello ordinariamente previsto (vale a dire l'anno di maturazione).

Su questo crinale, il diritto nazionale si ricongiunge con il diritto dell'UE, nell'interpretazione che di questo hanno fornito le Corti. Di più. Si delinea un modello di ricostruzione del sistema conforme ai parametri costituzionali "integrati" che è sostanzialmente il seguente: il diritto alle ferie annuali è fondamentale, irrinunciabile e non condizionabile (profilo dell'*an*); tuttavia, i meccanismi di concessione e le modalità di fruizione (profilo del *quomodo*) sono definibili mediante misure nazionali che terranno opportunamente conto dell'interesse del lavoratore a fruire materialmente del diritto alle ferie annuali, anche in archi temporali più estesi rispetto al canonico anno di maturazione.

## 9. Osservazioni conclusive.

L'analisi del modello di integrazione fra le dimensioni costituzionali (nazionale e sovranazionale) del tempo di lavoro conduce ad alcune riflessioni conclusive.

Si è visto, in primo luogo, che la limitazione della durata della prestazione di lavoro e il riconoscimento del diritto a fruire di quote di tempo di non lavoro concorrono a formare l'*ubi consistam* della disciplina lavoristica, costitutivo del patrimonio costituzionale nazionale e, ora, della tavola di valori "sostanzialmente" costituzionali consacrata a livello europeo.

Ciò non esclude, però, che le regole sulla durata e sui riposi siano sottoposte a consistenti pressioni, tanto sul versante nazionale che su quello europeo, che rischiano di ridimensionarne la tradizionale attitudine protettiva. Incidono, primariamente, i fattori di "funzionamento del mercato", che si traducono in scelte regolative (o, per meglio dire, deregolative) atte a promuovere l'elasticità e la flessibilità delle modulazioni temporali del rapporto di lavoro (principalmente in materia di durata della prestazione di lavoro giornaliera e settimanale). La libertà d'iniziativa economica, ma anche il riconoscimento e la promozione di altri diritti o altre libertà condizionano, poi, la "tenuta" dei diritti al riposo, suscitando questioni non certo in ordine alla loro configurabilità, quanto, questo sì, alle modalità di articolazione e distribuzione temporale dei riposi: da qui i problemi di compatibilità con le garanzie sociali del lavoratore, talvolta più evidenti (il caso del riposo settimanale/domenicale), talaltra più apparenti che reali (il caso del diritto alle ferie, posto

---

[1124] Corte Giust. 6 aprile 2006, causa C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging c. Gov. Paesi Bassi.*

[1125] Cfr. PELISSERO, *Allargamento europeo e regole comunitarie in materia di orario di lavoro: tenuta delle tutele o* race to the bottom*?*, in *Lav. dir.*, 2005, p. 379, nota 14; ROCCELLA, *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *Diritti, lavori, mercati,* 2006, p. 119.

che l'elasticità nel *modus* di fruizione del diritto in un arco temporale esteso si converte in una tecnica di flessibilità che può avvantaggiare il lavoratore, piuttosto che penalizzarlo). In queste ultime fattispecie, il "dialogo" fra le giurisprudenze (Corte Costituzionale e Corte di Giustizia) ha fatto chiarezza sulle tecniche e soprattutto sulle modalità di bilanciamento fra beni giuridici di comparabile rilevanza costituzionale.

In questo contesto, si è altresì constatato come il diritto dell'UE sia maggiormente sensibile alle spinte verso l'affievolimento delle tutele tradizionali, avendo indotto – in tema di durata della prestazione di lavoro su base giornaliera – un adattamento verso il basso della disciplina nazionale, riverberatasi in una divergente declinazione del diritto alla limitazione dell'orario di lavoro nei due sistemi costituzionali.

Però ricercare nella logica del "conflitto" fra i sistemi normativo-costituzionali posti a confronto la chiave di soluzione dei problemi è illusorio e, come si è visto, neppure la strada giudiziaria, seppure nella forma del "dialogo" fra le Corti, serve a ridurre i margini di tale incertezza[1126]. È invece nella prospettiva dei "sistemi integrati" o del "diritto intercostituzionale"[1127] che vanno ritrovati i meccanismi di composizione di tali antinomie, o meglio ancora, le ragioni, le risorse e le tecniche per una ripresa dell'iniziativa politico-strategica sul tempo di lavoro.

A partire da un assunto: fermi restando i valori (e i principi) di fondo e il contrasto alle forme incontrollate di deregolazione, è poco sostenibile l'idea che, magari attraverso l'ausilio della giurisprudenza, si possa ribadire (o ricostituire) il tipico assetto "solido" di disciplina – *id est*: rigido e con finalità esclusivamente garantistica – che ha connotato la regolamentazione del tempo di lavoro in età fordista.

Stiamo assistendo, come si è autorevolmente scritto, alla "fine di un'epoca" nella regolamentazione dell'orario di lavoro. Si è rarefatta la sua tradizionale funzione "securitaria", mentre la flessibilità, prevalente nel disegno normativo, è in larghissima misura di tipo organizzativo. Ciò si riflette pure sugli assetti delle fonti. La disciplina "pesante", incentrata sul ruolo dominante della legge, lascia progressivamente il posto ad un assetto "liquido", in cui prevalgono le fonti secondarie: il contratto collettivo principalmente, ma anche le fonti regolamentari[1128].

Orbene, se non si vuole lasciare che il campo sia occupato esclusivamente dai poteri di gestione unilaterale dell'azienda[1129], rivendicando al più il diritto del lavoratore con orario flessibile o super-flessibile, oppure in situazione di disponibilità temporale, a vantare una compensazione economica per il sacrificio richiesto[1130], occorre immaginare un moderno approccio, calibrato sul "costo umano" della flessibilità/disponibilità nella dimensione temporale della prestazione di lavoro.

---

1126 Sul punto v. anche LUCIANI, *Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell'integrazione europea*, relazione al Convegno "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea", Roma, 21 settembre 2009, disponibile alla pagina *web* http://www.astrid-online.it/

1127 Cfr. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Nuove autonomie*, 2009, 47.

1128 Cfr. FAVENNEC – HERY, *Le droit de la durée du travail, fin d'une epoque*, in *Droit Social*, 2009, 255-256.

1129 Secondo quel che BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, Bari, 2008, 264, definirebbe "la fenomenologia giuridica del potere sulla eterogeneità del tempo".

1130 Secondo la prospettiva della "patrimonialità del tempo" proposta da FERRANTE, *Il tempo di lavoro,* cit., 179 ss.

Si prenda atto del fatto che la regolamentazione dell'orario di lavoro, nell'epoca della post-modernità, "accompagna e influenza l'evoluzione dei rapporti sociali"[1131]. Dunque, non solo orario di lavoro e retribuzione, ma gestione complessiva dei tempi, al fine di "preservare un tempo vivibile dal punto di vista individuale e sociale"[1132]. La flessibilità è accettabile se si coniuga con sistemi di bilanciamento adeguati. Solo per fare qualche esempio: i tempi flessibili in entrata e uscita dai luoghi di lavoro, considerando i disagi, talvolta ragguardevoli, legati al tragitto casa-lavoro; una seria conciliazione fra tempi di lavoro e tempi di vita, in particolare nel periodo della maternità e della post-maternità, per la cura familiare o per fruire di congedi per formarsi e qualificarsi; il miglioramento delle condizioni materiali e immateriali di lavoro, specie per i turnisti e i lavoratori notturni. È tutt'altro che estraneo a simile prospettiva, occorre aggiungere, il raccordo fra il diritto al "giusto" tempo di lavoro e quello a conciliare la vita familiare e la vita professionale, sancito dall'art. 33 CDFUE[1133].

Per far ciò, non serve ritornare alla dimensione rigida e totalizzante della regolamentazione "solida", ma occorre aprirsi a prospettive nuove o di approfondimento di altre finora solo parzialmente praticate. Spetterà agli attori e alle risorse regolative, in ambito nazionale ed europeo, anche mediante gli opportuni raccordi, interpretare adeguatamente il bisogno di "canalizzare" entro circuiti individualmente e collettivamente sostenibili il flusso "liquido" della regolamentazione post-moderna dell'orario di lavoro.

---

1131 Debbo ancora la suggestione a FAVENNEC – HERY, *op. cit.*, p. 251.

1132 SUPIOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Bruno Mondadori, Milano, 162.

1133 Per qualche riferimento, da ultimo, NICCOLAI, *Orario di lavoro e resto della vita*, in *Lav. dir.*, 2009, 243.

# Social contracts in the light of the Draft Common Frame of Reference for a future EU Contract Law*

Luca Nogler- Udo Reifner

1. The ignored social dimension of the DCFR 314
2. The Limitation to Consumer Sales 317
3. Its Political Threat to Social Contracts 320
3.1 A European Commercial Code for social interests? 320
3.2 Political programme in a legal form 320
3.3 An English Welfare Model for Social Contracts? 322
3.4 Collective Interests as Charity 324
4. A Problematic Concept of contractual Justice 325
4.1 Justice «without regard to the person» 325
4.2 What Justice for Social Contracts? 326
4.3 National Social Law as Distributive Contractual Justice 328
4.4 «The DCFR is particularly concerned to promote what Aristotle termed corrective justice» 332
5. Ignoring Labour contracts 335
5.1 National Employment Law is more than the law of the contract of employment 335
5.2 The social dimension of the commercial contract between the temporary work agency and the user 338
6. Ignoring Consumer Credit Contracts 339
6.1 Consumer Credit in modern contract law 339
6.2 The asocial concept of Consumer Protection 341
6.3 The Impact for General Contract Law 344
6.4 The Failure to provide answers for responsible credit 346
7. Conclusion 348

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 80/2010

## 1. The ignored social dimension of the DCFR

The Draft Common Frame of Reference[1134] has been already criticized for its dogmatic weakness and political implications[1135], extended scope on a limited basis[1136], its fragmented relationship to national legal cultures[1137]. In this essay we want to focus on the vertical questions of whether the DCFR would threaten and undermine the social *acquis* of continental European social contract law. Such an approach shares a common basis with the critique by the Manifesto group[1138] on the deficit in social justice, shared by an increasing number of authors[1139]. Even the EU Parliament,

---

[1134] For references to the text of the *DCFR* and the *Acquis* we have used the 2009 edition of the Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law DCFR. Outline Edition February 2009. VI as available at http://www.storme.be/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf. For the Acquis we have used "Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract II: by the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Munich 2009: as available at http://www.acquis-group.org/

[1135] Horst Eidenmüller, Florian Faust, Hans Christoph Grigoleit, Nils Jansen, Gerhard Wagner, Reinhard Zimmermann The Common Frame of Reference for European Private Law—Policy Choices and Codification Problems Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 28, No. 4 (2008), pp. 659–708; as far as the underlying Acquis in consumer law is concerned in: Nils Jansen, Reinhard Zimmermann Restating the Acquis Communautaire? A Critical Examination of the 'Principles of the Existing EC Contract Law' 4 The Modern Law Review (2008) 4,71) pp 205 ff

[1136] Horst Eidenmueller, Florian Faust, Hans Christoph Grigoleit, Nils Jansen, Gerhard Wagner and Reinhard Zimmermann, 'DCFR for European Private Law— Policy Choices and Codification Problems' Oxford Journal of Legal Studies Vol. 28, No. 4, 2008, 659 ff; Thomas Wilhelmsson, 'Constitutional values and social justice', presentation at the ERA conference 'The Draft Common Frame of Reference' (Trier, 6-7 March 2008) (available at www.era.int); Nils Jansen, Reinhard Zimmermann Restating the Acquis Communautaire? A Critical Examination of the 'Principles of the Existing EC Contract Law' Modern Law Review (2008) 71(4) 505-534

[1137] G. Cornu, 'Un code civil n'est pas un instrument communautaire' D 2002 chron, 351; Y. Lequette, 'Quelques remarques a' propos du projet de code civil europeŁ en deM. von Bar'D2002 chron, 2202; P. Malinvaud, 'Réponse hors délai à la Commission européenne à propos d'un code européen de contrats D 2002 chron, 2542.

[1138] The Critique of the Study Group on Social Justice in European Law (Manifesto Group) has been expressed in 'Social Justice in European Contract Law: a Manifesto', 16 European Law Journal (2004), 653-674. Hugh Collins, 'European Private Law and Cultural Identity of States', ERPL (1995), 353-365; Ruth Sefton-Green, 'Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code', in: Martijn W. Hesselink (ed.), The Politics of a European Civil Code (The Hague: Kluwer Law International, 2006), 71-88. For its rejection see especially See e.g. Pierre Legrand, 'Against a European Civil Code', 60 MLR (1997), 44-62 and Pierre Legrand, 'A Diabolical Idea', in: A.S. Hartkamp et al. (eds.), Towards a European Civil Code (The Hague, London, New York: Kluwer Law International, 2004), 245-272.

[1139] See for a survey of critical voices, Martijn Hesselink, The Values underlying the Draft Common Frame of Reference: What role for Fairness and "Social Justice", Study for the European Parliament 2008 PE 408 312 IP/A/IMCO/ST/2008-11 - IP/C/JURI/FWC/2006-211/Lot3/C1/SC2. See further Thomas Wilhelmsson, Varieties of Welfarism in European Contract Law, European Law Journal, Vol. 10, No. 6, November 2004, pp. 712–733; Thomas Wilhelmsson, Social Contract Law and European Integration (Dartmouth: Aldershot, 1995); Thomas Wilhelmsson, 'Constitutional values and social justice', presentation at the ERA conference 'The Draft Common Frame of Reference' (Trier, 6-7 March 2008) (available at www.era.int); Brigitta Lurger, Vertragliche Solidarität, Entwicklungschancen für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union (Baden-Baden: Nomos, 1998); Brigitta Lurger, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union (Vienna, New York: Springer, 2002); Jan B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis and H.A.W. Vermeulen (eds.), Beginselen van contractenrecht: Opstellen aangeboden aan B.W.M. Nieskens-Isphording (Deventer: Kluwer, 2000); Christophe Jamin, 'Plaidoyer pour le solidarisme contractuel', in: Gilles Goubeaux et al. (ed.), Études offertes à Jacques Ghestin; Le contrat au début du XXIe siècle (Paris: LGDJ, 2001); Alessandro Somma, 'Social Justice and the Market in European Contract Law', 2 ERCL (2006), 181-198, 184.; Guido Alpa, Trattato di diritto civile, Vol. I Storia, fonti, interpretazione (Milan: Giuffrè, 2000), 604 ff; Denis Mazeaud, 'Loyauté, solidarité, fraternité', Mélanges Terré (1999), 603; Brigitta Lurger, 'The Common Frame of Reference/Optional Code and the Various Understandings of Social Justice in Europe', in: T. Wilhelmsson, E. Paunio, A. Pohjolainen (eds.), Private Law and the Many Cultures of Europe (Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International, 2007), 177 ff;; Hans W. Micklitz, From Social Justice to Access Justice : the European Challenge, EUI LAW WP 00/2008 199, 184; Luca Nogler, Udo Reifner Lifetime Contracts – Rediscovering the Social Dimension of the Sales Contract Model, Jubilee Thomas Wilhelmsson Helsinki October 2009; Luca Nogler, Udo Reifner, Der menschliche Makel – Principles of European Contract Law zwischen Merkantil- und Dienstleistungsgesellschaft, in: Thomas Dieterich, Katsutoshi Kezuka, Martine LeFriant, Luca Nogler, Heide Pfarr, Festschrift Ulrich Zachert, Baden-Baden 2009 pp 54-74; Luca Nogler "Why Do Labour Lawyers Ignore the Question of Social Justice in European Contract Law?" European Law Journal vol 14 (2008) n. 4 pp 500-502(3) with comments by Udo Reifner and Thomas Wilhelmsson; Udo Reifner Verbraucherschutz und Neo-Liberalismus - DCFR, Verbraucherrichtlinien und die Kritik Stürners, Verbraucher und Recht H.1 (2009) pp 5-14

before officially discussing this Draft, asked for an exploration of the "role of fairness and social justice in the DCFR"[1140] which led to a general defence of the DCFR by a member of the Manifesto group recommending some minor amendments to its principles.[1141]

Starting from the premise that social justice is an important criterion for a future European Civil Code, we choose a quite different methodology. *Social justice* as a yard-stick, as proposed by the EU-Parliament, is a far too arbitrary and vague concept in private law. Its *genus proximus* is justice which all law has to obey. Therefore, one would have to concentrate on the tiny word *social* as this is the *differentia specifica* which distinguishes this kind of justice from law in general *T*he English language, in which the DCFR paradoxically has been drafted by civil lawyers who have learned their English in a foreign legal context, is already a barrier to a proper understanding of the word *social* in law.[1142] Looking at its Latin roots (*socius*) does not help either, since it refers only to such conduct which today we would call joint or collective.[1143] In this sense each legal rule is by definition a social norm[1144], so that "social" would be meaningless.

But the notion has evolved long since, in current national as well as EU social policies. To understand its meaning, these developments should have been taken much more into account by contract lawyers.[1145] Social policy aims at ensuring a decent life for all. It concerns the generation and use of income in a modern money economy for managing one's own family and social life with dignity, providing access to those goods and services which are especially *needed*. It wants to

---

[1140] European Parliament Contract no. IP/C/JURI/FWC/2006-211/LOT3/C1/SC2 implementing the framework service contract no. IP/C/JURI/FWC/2006-211/LOT3/C1, on the "values underlying the draft common frame of reference: what role for fairness and 'social justice'?"

[1141] Martijn Hesselink, The Values underlying the Draft Common Frame of Reference: What role for Fairness and "Social Justice", Study for the European Parliament 2008 PE 408 312 IP/A/IMCO/ST/2008-11 -

[1142] see below 0 at page 14

[1143] sharing, associated, allied, partner, comrade, associate, ally. in German Bundesgenosse; Gefährte, gemeinsam, Genosse, verbündet

[1144] see Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie. 1956 p 191

[1145] This is also true for the Manifesto and especially valid for the expertise delivered by Hesselink, which totally ignores the relationship between social justice and social policy and gives several vague, contradictory definitions when he constantly refers to the criteria of social justice but accepts the definition which the European Parliament put forward in the research with the question: "Does the DCFR perceive contract law only as a tool for regulating private law relations between equally strong parties or does it contain elements of 'social justice' in favour of consumers, victims of discrimination, small and medium sized enterprises and other possibly weaker parties to contracts?" (Hesselink 2008 p 6) Athough Hesselink, himself a member of the Social Justice Group, points to a social policy approach of this group when he argues that the group was inspired by the lack of concern of the Commission as to "how citizens obtain the satisfaction of their basic needs (think of education, health, utilities, pensions, communication and travel)", his own definition does not follow up anything in this approach but first uses "social justice" as an already known category when describing legal developments and European contract law, while defining it later in the rather poor way and even wants the CFR to pass a "social justice test". (p 19) He then (p 21) enumerates five elements that should constitute what "social justice" would mean, in a test obviously derived from Habermas and Rawls theory: 1. democracy (addressee should be author of a rule) 2. Protection of the weaker party (asymmetric power) 3. both "ideologies" (liberal and socialist) should be represented 4. individual justice (freedom for the judge to adapt general rules to specific problems) 5. General Principles reflecting the European values should be allowed to be used in the interpretation of the Law. Four elements (1, 3-5) tell us how social justice should be admitted into rules, the one which describes it reduces it to alimony but not in a social sense, where real life problems as enumerated above play a role but where the real person is already the "party of the contract" and shows a specific "contractual weakness". In total the typical combination of the informational model in consumer protection where paternalistic care is combined with a reductionist view of consumer problems as asymmetric information and decision-making, has now become the core test for social policy in private law. See Brigitta Lurger, 'The Common Frame of Reference/Optional Code and the Various Understandings of Social Justice in Europe', in: T. Wilhelmsson, E. Paunio, A. Pohjolainen (eds.), Private Law and the Many Cultures of Europe (Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International, 2007), 177- 199;

protect human beings from all forms of poverty and deprivation, especially from lack of income, usury and exploitation, insufficient means for personal well-being and shelter them from (the effects of) unemployment, homelessness and overindebtedness.[1146] These tangible foundations lead us to a solid ground where those contracts prevail which respond to the generally accepted aspirations of social policy, which we would like to call *social contracts*.

Social contracts are long-term contracts pertaining to the way human life time is spent[1147]; contracts through which people try to address some of the consequences deriving from the fact that human lives are inevitably exposed to social phenomena which are beyond their individual control. They comprise labour contracts as well as all other legal forms where labour is invested to gain one's living through dependent long-term relations, including collective forms of secondary labour income. Because labour income flows neither steadily nor eternally and is not paid where it is needed, credit services in money and in kind provide for its local and timely allocation. Credit is the necessary complementary contractual relationship in which either income is allocated to times and circumstances in which it is needed (consumer credit, mortgage loans, private pension schemes, educational finance; bank account and payment services), or in which access to certain services such as housing, transportation, water, heat, electricity are provided in the form of deferred payments or rent. Social contracts therefore use the legal form of a rent contract, which in Roman law was called *locatio conductio* (*operarum, rei and irregularis*) as a counterpart to *emptio vendita*. The *locatio conductio socialis*[1148] provides a common legal ground for labour, landlord and tenant and finance lawyers[1149], who have no reason to accept its deformation into a form of the *emptio vendita* as a timeless *spot contract*[1150] and to an asocial (*do ut des*) form[1151] of understanding human relations. The sales society has already been superseded. Social contractsshould be the from in which European private law could be constructed to manage the challenges of the present credit and service society. Although this relationship between contract law and social policy is obvious, there seems to be little connection within legal science, or sociology and political science and among welfare economists[1152], who keep questions of the Euro-

---

[1146] See the 1947 Social Policy (Non-Metropolitan Territories) Convention (ILO C82) to the EU; European Social Charta 1961,1996; the activities of DG Social Policy as well as the activities of national ministries of Labour and Social Affairs.

[1147] Luca Nogler, Udo Reifner Lifetime Contracts – Rediscovering the Social Dimension of the Sales Contract Model, Jubilee Thomas Wilhelmsson Helsinki 2009, 437-455.

[1148] Udo Reifner, Renting a Slave – European Contract Law in the Credit Society in: Wilhelmsson, Th. et alt. (Ed.) Private Law and the Cultures of Europe, Kluwer Law International, The Netherlands 2007 pp. 325-342

[1149] A group of such lawyers met in September 2009 in Trento, to develop principles of European contract code EuSoCo. (See www.eusoco.com)

[1150] Luca Nogler, Udo Reifner Lifetime Contracts – Rediscovering the Social Dimension of the Sales Contract Model, Jubilee Thomas Wilhelmsson Helsinki October 2009, 437-455.

[1151] Udo Reifner, The Lost Penny - Social Contract Law and Market Economy in: Wilhemsson Th./Hurri, S. (Eds) From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatization and Private Law, Ashgate:Dartmouth S. 117 – 175; Udo Reifner The Vikings and the Romans - Contract Law and Social Economy, in: Wilhelmsson (Ed) Perspectives of Critical Contract Law, Dartmouth Publishing company, Brookfield (Vt) 1993 pp 171 ff

[1152] Luca Nogler Why Do Labour Lawyers Ignore the Question of Social Justice in European Contract Law? European Law Journal vol 14 (2008) n. 4 pp 500-502.

peanisation of labour law[1153] and social policy[1154] separate.

## 2. The Limitation to Consumer Sales

After a somewhat uneven and contradictory political discussion on legal integration, starting from the collection of Principles of European Contract Law (PECL) up to the development of a unified European civil code (Study Group[1155]; Padua project)[1156], Commission and Parliament finally asked legal scholars to provide *A More Coherent European Contract Law, increasing the coherence of the acquis communautaire, the promotion of the elaboration of EU-wide standard contract terms*[1157]. The recitals of the actual Draft of a Common Frame of Reference (DCFR) have reduced its aspirations as well as its own area of reference, scope and function, in a way which does not seem to match with the outcome:

Promoted by the *Study Group on a European Civil Code* it is now called merely *Draft Common Frame of Reference (DCFR*[1158]*),* which wants to provide *"principles, definitions and model rules of European Private Law"* similar to the approach of the long-term Trento project on *Principles of European Contract Law* (PECL). (Introduction 1 f)

While the PECL and all other projects referred directly to the acquis of legal culture in Europe embodied in national private law and its great historic codifications (BGB, Code Civil, Burgelijke Wetbok, ABGB, Codice Civile), the present draft has officially opted for an EU-approach where EU law is understood as only that law created by EU institutions. The newly founded *Research Group on Existing EC Private Law (the 'Acquis Group')* bases its work explicitly and solely on genuine EU law inherent in EU Directives and the treaty, as applied by the European Court of Justice. (Introduction 49 ff)

---

[1153] Hugh Collins, European Social Policy and Contract Law, ERCL 1/2005, 115 ff; Hugh Collins, `Justifying European Employment Law', in S. Grundmann, W. Kerber, S. Weatherill (eds), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market (Berlin: de Gruyter, 2001) 205. S. Deakin, 'Labour Law as Market Regulation: The Economic Foundations of European Social Policy', in P. Davies, A. Lyon-Caen, S. Sciarra, S. Simitis (eds), European Community labour Law: Principles and Perspectives (Oxford: Oxford University Press, (1996) 63.

[1154] Fritz Scharpf The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity JCMS 2002 Vol. 40 No 4 pp 645-670

[1155] C. von Bar,'Die Study Group on a European Civil Code' in Festschrift für Dieter Henrich (Bielefeld: Gieseking, 2000) 1; W. Wurmnest, 'Common Core, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze Ansätze von internationalen Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa' (2003) 11 Zeitschrift für Europäisches Privantrecht 714, 732,735.

[1156] For a European Contract Code see Parliament Resolution A2-157/89 [1989] OJ C158/400; Resolution A3-0329/94 [1994] OJ C205/518; see also, from 2000, Resolutions B5-0228, 0229 and 0230/2000 [2000] OJ C377/323; the ¢rst two resolutions; for the Commission see Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law COM(2001) 398 final (11 July 2001); see (2001) 9 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 963. (1993) 1 613; (1995) 3, 669. For a Common Frame of Reference see Resolution of the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, 'European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward' COM(2004) 651 final (11October 2004)

[1157] Action Plan COM (2003) final, OJ C 63/1 even further reduced in Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, 'European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward' COM(2004) 651 final (11 October 2004);

[1158] For this essay we use the latest available publication of the DCFR: v. Bar, Chr./Clive, E./Schulte-Nölke, H. (eds) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law (further members of the group Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll) Munich: Sellier 2009

Within this body of EU Directives, problems of legal and scientific competence have led to a further narrowing down of consumer protection (*Acquis consommation*).

But even this is reduced. In the used material as well as in the Draft itself, only sales- related directives on standard terms and marketing forms (electronic, at distance etc) are taken into account, excluding most financial services[1159], labour[1160] as well as tenant[1161] law principles.

The authors of the DCFR call it "an *academic* draft" (Int. 1) developed by "a body of legal *scholarship*" with a "*scholarly* elaboration" of 20 EU-Directives and as well as of the jurisprudence of the ECJ. "The DCFR is an *academic* text. It sets out the results of a large European research project and invites evaluation from that perspective." (Int 6) This self-explanation merits some doubt. The number of limitations and reductions starting from English language to the selection of material used, the outreach of science, the persons involved, the money used from political sources at EU and national level to proceed, all make it difficult to believe that this project has not been influenced by political decisions and directions which have finally determined its outcome.

Particularly, it seems that questions of legal and personal competence have influenced this draft. The astonishing ability of its authors to follow even opposing instructions from the political side cannot be totally ignored.

The question of EC competence to enact the DCFR has made it especially difficult for social contracts to influence its contents: the Treaty gives no competence to the EC on general civil law and even less to social policy. Arts 125-128 TEC have even opted for an Open Method of Coordination, which is contrary to what Commission and Parliament wanted to establish for contract law in general. Harmonisation of social contracts through a 29th regime is not envisaged by the Treaty, especially in the light of the experience with the European Social Charter.[1162] Beyond this part of the Treaty, the EU does not assume that there is a sufficient Acquis Communautaire in social contracts which could justify a Draft Code. It therefore uses or misuses the loophole of its competence in consumer protection and internal market (Art.*153, 95 TEC) to propagate the idea of a European Civil Code without regard to social policy. This has influenced the selection of scholars, the idea of justice behind the Draft and the empirical basis for its reasoning, where housewives are more visible than labourers and debtors. It led to the promotion of a more industry-driven idea of a rather free European internal market, where binding social rules in contract law should be *restricted to a minimum*. (Principle 2)

---

[1159] for example Directive 2008/48/EC on Consumer Credit, Directives on Payment Services, on Distance Marketing of Financial Services, Investment Direcitive, MiFiD etc concerning financial services.

[1160] The assumption that the existing Directives on labour law (see Collins H, European Social Policy and Contract Law ERCL 1/2005, 115 ff) are outside the area of consumer law is erroneous since there is a rising consensus in European labour law that a worker relation can also be addressed by consumer legislation, which, on the contrary, also classifies consumers as parties in labour law

[1161] Because tenant law was the first form of consumer law providing protection within a special service to consumers (renting a car is part of consumer law, renting a house not?) there is no reason to exclude it from the general body of consumer law today. (see i.e. Krummennacher, P. Konsumentenleasing: zur Anwendbarkeit des Konsumkreditgesetzes und zwingender Bestimmungen des Mietrechts auf Konsumentenleasingverträge Zürich: Schulthess, 2007

[1162] This is not taken into account in Stephen Weatherill, 'The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice', 2 ERCL (2006), 136-158; Hesselink 2008 p 16

But not only a lack of EC competence hinders social contracts from becoming more important in the DCFR. Also the group which has developed shows a certain deficit in dealing with social contracts. Internationally active English speaking lawyers are traditionally focussed on commercial law, or doing research under the label of IPR in the general parts of contract law. These parts reflect the dominant sales law models[1163] of contract law of the 19th century property rule, where time and social policy play a less important role. Furthermore, only a few authors of the DCFR are known for their skills in legal sociology and political science necessary for understanding social contracts. Legal realism, sociology of law or *Rechtstaatsachenforschung*, the most important areas for labour, tenant and consumer credit law, are missing. Instead, the traditional separation of *Sein und Sollen* has been further developed through the adaptation of the efficiency approach of economics, in which reality is replaced by *models of efficient* behaviour of information seekers as *average consumers*.[1164]

Having in mind these restrictions, the DCFR could still be accepted as an academic effort to develop a Draft Common Frame of Reference for a European Consumer Sales Law (DCFR-ECSL). Such denomination would have extended the Acquis of the Consumer Sales Law Directive already integrated in the Proposal for a Directive on Consumer Rights of October 8, 2008[1165] to other sales-related consumer directives, like the ones on Unfair Practices (2005/29/EC), Time-share (94/47/EC), Package Travel (90/314/EEC) and E-Commerce (2000/31/EC). This would have provided a consistent ECSL with adequate legal competence and sufficient legal foundations in other international sales law efforts, such as the Uni-Droit Principles or the CISG, which have been generalised already by the PECL principles. There would be no problem with tort law and undue enrichment in this draft, as far as they cover either primarily the reversion of intended sales contracts or sales-related contracts (undue enrichment) or primarily discrete non-contractual human relations (tort, delict). Even nearly the whole general part of the DCFR, including its definitions, could be maintained, since very few deal with life-time or similar social issues. As far as the principles are concerned, those who intend to cover social contracts like solidarity, cooperation or some forms of consumer protection (early withdrawal) would conversely have to be removed, since they do not recognise the thorough legal and social research available among social contract lawyers in this area, which is especially visible in the absence of any reference to collective forms of law.[1166]

The problem of the DCFR is that it provides more and different rules, as well as principles than its formal basis and legal and personal competence would allow. It goes beyond EU consumer law, provides an applicable civil code instead of mere principles and uses the word principles wrongly

---

[1163] Luca Nogler, Udo Reifner, Lifetime Contracts – Rediscovering the Social Dimension of the Sales Contract Mode, under 2.1 with further references

[1164] Thomas Wilhelmsson, The Average Consumer: a Legal Fiction? in Thomas Wilhelmsson /Pohjolainen Paunio, (Eds) Private Law and the Many Cultures of Europe, Kluwer 2007 pp 243 ff; for a general critique in economic science see Udo Reifner, Die Geldgesellschaft, Wiesbaden: VS-Verlag 2010

[1165] This proposals integrates Sale of consumer goods and guarantees (99/44/EC); Unfair contract terms (93/13/EC); Distance selling (97/7/EC); Doorstep selling (85/577/EC)

[1166] The word collective is used only in FN 40 to describe the way the authors worked together. For the different forms collective interest take within social contract law see Udo Reifner Inclusive Contract Law - Poverty in Common and Civil Law, Hamburg/New York 2000 pp. 44 ff (http://www.verantwortliche-kreditvergabe.net/media.php?t=media&f=file&id=2486); Udo Reifner, Zur Zukunft des europäischen Verbraucherrechts – Soziales Dauerschuldverhältnisse in der Kreditgesellschaft, Verbraucher und Recht (22. Jg.) Sonderheft 20 Jahre iff pp 1, 30f

for recitals, which introduce a new questionable political element into the application of civil law. An honest disclosure of its limited area of application would allow the development of a second project on social contracts with its own general part, default rules and principles, which could then later be merged into a true DCFR.

## 3. Its Political Threat to Social Contracts

The DCFR will affect the further development of a European contract law, in so far as national legislators as well as the European Court of Justice will increasingly make use of it. It will have enormous impact on social contract law, which as we will show later to be more and more governed by general civil law in the credit society.

### 3.1 A European Commercial Code for social interests?

In spite of its introductory self-presentation, the DCFR has been designed in the form of a European civil code (*Model rules* book 1 to VII), imitating in this part the techniques of the cited national codes with their general and specific parts, with binding and default rules, with contractual and legal obligations, with unilateral and consensual juridical acts (Art. II.-I:103). In this it leaves the foundations of EU Directives who are not diredtly applicable in national law and do not oblige the national legislators to offer default rules. They also do not and will in future not cover such a vast area of civil law, according to the Treaty. The general part of the DCFR rules contains a number of abstract basic definitions and rules which have no counterpart in EU regulation but are directly derived (in particular) from the German civil code.

Although the DCFR pretends to use only EU consumer law, it goes far beyond existing EU Directives. It regulates (a) all relations of natural and legal persons, (b) provides general definitions and rules for the whole of civil law (Book I to III) including family law, labour law and the law of successions where party autonomy plays a role and civil lawyers usually refer to the general parts of the civil code. (b) In its special parts it covers also non-contractual legal obligations, such as tort law, undue enrichment and benevolent intervention in another's affairs[1167] which, with the single exception of product liability, are not covered by Consumer Directives.

Driven by its desire to provide a consistent civil code for Europe, it uses its own more or less liberal policy approach to fill the gap where no EU precedents exist and national law provides controversial solutions. Given the still existing differences visible, especially in the existing social models within the EU[1168], it opts in any case for a common law instead of a civil law approach, where responsibility and good morals are replaced by fairness, *causa* and will by reasonable expectations, protection by information, social regard by anti-discrimination and *ordre public* by party autonomy.

### 3.2 Political programme in a legal form

The DCFR is not only problematic for its omission,s but also for the open form it employs. This

[1167] An incorrect subjective limitation of *Geschäftsführung ohne Auftrag/ gestion d'aiffaires d'autrui* which now must be "benevolent" instead of objectively required by a moral or legal obligation.
[1168] Continental, Scandinavian and Anglosaxon Model: For this see Scharpf. F.

purpose-driven open form of rules is rather unique and also dangerous, especially for politically sensitive areas. In social contracts, suppliers/employers and workers/consumers have partly antagonistic interests, which need secure and clear delimitations in the law. They protect the weaker parties from abrupt political interventions into the legal system like they have taken place in legal history, especially but not only under fascist regimes.[1169]

The initial part, called *Principles,* does not provide general and abstract rules which in the hierarchy of legal reasoning have to be observed when interpreting ordinary rules. The explanation (Introduction 10) refers to the use of the word in other contexts, but not to law. In particular, the reference to the PECL or to an administrative use by the Commission cannot explain why a law is introduced with separate principles, which then should not be abstract since "abstract principles tend to contradict each other." (Intr. 11) In fact, the named *Principles* are taken form the Acquis approach and therefore resemble *recitals* to a model law as used in Common Law Legislation and EU Directives. But EU Directives are different from statutes, since they address legislators and not citizens or administrations. To date, civil law has always rejected the so-called *subjective or historical interpretation* of the law, where legislators can change the effects of a law by providing the underlying purposes. This safeguard against political voluntarism in civil law has proved its worth when comparing the civil law under Italian fascism and German National Socialism. In Germany, docile lawyers trained to replace the law by moral persuasion had only to be provided with one single purpose clause[1170] added to the beginning of the penal code, as well as with the order to use the party programme as the source of principles for the civil code, to be able to misuse the legal system as a form of an *efficient* tool to first exclude and then exterminate millions of people with the help of the law.[1171] Again, in Stalinist East Germany, the communist party used this strategy and provided its judges with the party programme full of "principles". European lawyers aware of this historic failure of a purpose-driven law should fiercely reject such rules where the wording of the rules is subjected to its purpose.

Ninty-nine recitals over 39 pages would normally be what a government would call *Motive*[1172] delivered together with the Draft law to the law-making bodies. Instead of an inflation of legal purposes, true legal principles, at least in the continental philosophical tradition, would have to be ordered hierarchically and in the last resort related to one single purpose of law, which Viehweg called the central *topoi* which is *Justice.* In its first part it is true and in its second probably exaggerated and a-historical to say that "Justice is hard to define, impossible to measure and subjective at the edges, but clear cases of injustice are universally recognised and universally abhorred." (Intr. 40) Instead, the inflation of such purposes leads to the opposite of Principles. They

---

[1169] See the critique from labour lawyers of the role the highest German labour court took against collective actions of trade unions in Germany by Otto Kahn-Freund, Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts (1931), in: Th. Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1918-1933, Neuwied 1966, 149 ff; 3. Wolfgang Däubler, Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts, in: Streik und Aussperrung (1974), 411-522 ff Similar criticism has been recently formulated by Peter Derleder, Subprime Judikatur. Die Bewältigung der Finanzkrise und die Anforderungen an eine risikoadäquate Zivilrechtsprechung, Kritische Justiz 1.2009, 1 ff with respect to the Banking Senate of the German Supreme Court.

[1170] Art. 2 German Criminal Code 1935: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die … nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach dem gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient." („Punishable is what deserves punishment according to the sane feelings of the people") Law from 28.6.1935, RGBl. I p 839

[1171] for Germany see Rüthers, B. Die unbegrenzte Auslegung, ; Reifner, Das Recht des Unrechtssstaates, Franfurt/Main: Campus 1991

[1172] See the Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Bd. 1–5, Berlin/Leipzig 1888.

open the door to political argument, devaluating the quest for justice by juxtaposing it either with empty or dangerous principles of efficiency or market integration. The most shocking a-historical principle is then that of *efficiency*. This neo-liberal weapon of social destruction comes directly from a bureaucratic view of power and discounts the fact that human society is founded on two pillars which are founded onto labour and empathy. Empathy can never be efficient and labour without love is inhuman.

We therefore have to agree with the conservative critique that the present DCFR already provides a politically important nucleus for a future genuine Civil Code of Europe, which will have important repercussions for the social policy impact on the development of national civil law in the near future. The draft occupies the key area of general rules in private law and will therefore be especially important for social contracts, whose importance seems so far to be totally neglected in the apolitical and merely legal development of this Draft. The vast body of contract law regarding all kind of long-term labour relations, housing and services for basic needs as well as financial services for consumers especially consumer credit, mortgage loans, private pension systems and basic payment services need reconnaissance.

### 3.3 An English Welfare Model for Social Contracts?

The DCFR has been developed in the pragmatic English language.[1173] This was at the same time also an option for the selection of people who developed this Draft, an option for the contents and the way Common Law is formulated and designed and very importantly also an option for the social model which underlies many of its implications.

The drafters of the DCFR have a predominant reputation in their experience and knowledge of the relation between the law of their home country and the law of the UK and America and special skills in English legal language[1174]. They are mostly trained commercial lawyers and specialists in international private law. Neither qualification favours the introduction of social contracts and social thinking into the DCFR.

With regard to the social system, the Anglo-Saxon countries represent a one of the 'three worlds of welfare capitalism'[1175], which is especially weak in social care, solidarity and state responsibility. The main differences lie not only in the social security system, but also in the "differences in taken-for-granted normative assumptions regarding the demarcation line separating the functions the welfare state is expected to perform, from those that ought to be left to private provision, either within the family or by the market)... These structural differences have high political

---

[1173] Ruth Sefton-Green, 'The CFR and the Preservation of Cultural and Linguistic Plurality', paper presented at the SECOLA 2008 conference (forthcoming in ERCL).

[1174] The editors have gained special reputations in English and American international and private law: Main editors: Christian von Bar (Cambridge 1981 and Oxford 2000); Eric Clive (Edinburgh); Hans Schulte-Nölke (Visiting Senior Researcher in an English programme at the University of Nijmegen, Netherlands). Other editors Hugh Beale (UK), Johnny Herr (Stockhom Business School with its English language BA PHD programme). Jérôme Huet was trained as a Visiting Professor at the University of Tulane, New Orleans, United States (1988-1990), Paul Varul is a business lawyer from an international business law firm in Estonia, Anna Veneziano got her Master Degree from Yale School, USA and Fryderyk Zoll at Jagiellonian University with its American Law cooperation with its School of American Law (Columbus University)

[1175] Esping-Andersen, G. (1990) The Three Worlds of Welfare Capitalism (Princeton, NJ: Princeton University Press); Ferrera, M., Hemerijck, A. and Rhodes, M. (2001) The Future of Social Europe. Recasting Work and Welfare in the New Economy (Oeiras: Celta).

salience. They correspond to fundamentally differing social philosophies ... The present diversity of national social-protection systems and the political salience of these differences make it practically impossible for them to agree on common European solutions".[1176]

British and continental European contract law mirror these deep-rooted differences. "It is only by understanding English pragmatism that we can understand English reservations against achieving social justice through law"[1177]. Nominalism and empiricism are the main obstacles Micklitz identifies for the English contract system to accept principles of social responsibility. It is therefore not surprising that social contract lawyers are more internationally organised among themselves, in the non-English environment of the European Continent.

Using English legal language as a primary tool to formulate the Draft Common Frame of Reference therefore already represents a threat to the introduction of social contracts into its thinking and principles. The literal meaning alone of the word "social" is so diffuse in English compared to continental European thinking that it has nearly no meaning at all. "Social events, socialising, social seat" have nothing to do what on the Continent is perceived as "social". In America it has even got a negative connotation identified with Eastern style socialism, state intervention, communism etc. In French, Italian and German law social/sociale/sozial has evolved into a quite sophisticated concept to describe a form of action and behaviour with regard to other members of society. It is present in Rousseau's *contrat social*, in the German constitution as *Sozialstaat,* in politics as *Sozialsystem* or in "*sozialem Verhalten*" or "*Asozialem Verhalten*" in educational science. "*Soziale Gerechtigkeit*" in German and "*justice sociale*" and "*giustizia sociale*" in French and Italian would even be a pleonasm. Justice/justitia in the catholic Latin culture is of itself social. In the core social Encyclical of Leo XII, *Rerum Novarum*, paragraph 33, justice is either social or not at all justice: "The first and chief is to act with strict justice - with that justice which is called distributive - toward each and every class alike." and in paragraph 34 it continues with the core of social policy when it says: "Justice, therefore, demands that the interests of the working classes should be carefully watched over by the administration, so that they who contribute so largely to the advantage of the community may themselves share in the benefits which they create-that being housed, clothed, and bodily fit, they may find their life less hard and more endurable."

This continental European tradition is different from the Anglo-Saxon Protestant and Calvinistic tradition, where wealth is seen more as an individual merit and less as a social obligation. This is why the English language does not distinguish between "*gesellschaftlich/gemeinsam*" on one hand and "*sozial*" on the other. It uses "social" for behaviour which translated into German[1178] by i.e. "*gemeinsam, gemeinschaftlich, gesellschaftlich, sozialdemokratisch, gemeinwirtschaftlich, kameradschaftlich, gesellig, gut, etatistisch*" etc. while in the English dictionary the word "*sozial*" in German is falsely translated as "caring". In so far the use of English as the core and only language for the development of this Draft is already a political decision against European social contract law since "the use of a language has already an important influence on the way of thinking"[1179]

---

[1176] Fritz Scharpf, The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity, JCMS 2002 Vol 40 No 4 pp 645ff, 650;
[1177] Hans-W. Micklitz, From Social Justice to Access Justice: the European Challenge EUI LAW WP /2008 describes the fundamental differences of social justice in English and French contract law between pragmatism and principles
[1178] The LEO dictionary was used at http://dict.leo.org
[1179] Jürgen Traband, Über das Ende der Sprache in: Markus Messling, Ute Tintemann (eds) "Der Mensch ist nur Mensch durch Sprache", Munich: Fink 2009

The vague pragmatic approach is already visible in the somewhat arbitrary selection of "principles", even as they are now grouped into four general principles of freedom, security, justice and efficiency to which a number of other principles are added, such as Protection of human rights, solidarity and social responsibility, cultural and linguistic diversity, welfare and internal market, which are sometimes human rights (freedom, equality), sometimes "desirable technical goals" (effectiveness) or sometimes only the expression of a political will (internal market).

As far as social contracts are concerned, the relationship between those principles which promote property, free flow of capital and economic freedom and those which have distinctive social implications are the test for its understanding of the idea of justice. In the Introduction (No 13) the distinction between "non-mercantile values such as human rights and solidarity and social responsibility" and other values is embarrassing. It looks as if the primary goal of this draft is not to provide a Civil Code where all citizens find adequate forms of expression, but a mercantile code with some exemptions for non-mercantile values.

### 3.4 Collective Interests as Charity

For social contracts it is especially interesting to see how solidarity and social responsibility (Intr. 18) are defined. Here we learn that these principles are "generally regarded as primarily the function of public law (using, for example, criminal law, tax law and social welfare law) rather than private law." With regard to the history of the welfare state, the authors seem to ignore the important role trade unions played in its beginning and still today. It was only by strikes and collective agreements that the idea of the welfare state could progress. Both are constitutionally acknowledged parts of private law. The public law theory of collective labour law was an early attempt by the authoritarian state to deprive the labour movement of the most precious form of freedom: the freedom to organise and to act in solidarity. This form of solidarity is mirrored in other forms of social contracts, such as consumer credit or tenant law, where exploitation, eviction, and usury have limitations in the name of a solidarity-based society, in which the mere profit motive has to respect certain basic needs and human dignity. Instead, the authors of the DCFR present a different idea of solidarity in private law. "In the contractual context the word "solidarity" is often used to mean loyalty or security." One could call this a misuse of the word. Loyalty is a more or less feudal concept which in labour law ("*Treuepflicht*") has only recently been abandoned because of its paternalistic and conservative connotations. Security in consumer credit contracts is a concept which is only used for a secure claim against debtors who in the name of security are foreclosed against or otherwise prosecuted. When the authors continue that "the principle of solidarity and social responsibility is also strongly reflected, for example, in the rules on benevolent intervention in another's affairs, which try to minimise disincentives to acting out of neighbourly solidarity", they should just read the existing law which talks about moral and legal obligations to act as if a contract had been concluded. Solidarity in social contracts is a way of indicating that social interests need a collective form of expression, in which taking care of others is the expression of self-interest and not of charity. The authors even allude directly to the charity approach when they continue: "It is also reflected in the rules on donation, which try to minimise disincentives to charitable giving (an expression of solidarity and social responsibility which was at one time all-important and is still extremely important)." Charity and solidarity were opposing principles at the turn of the last century, where all kind of charitable associations tried to convince the labour movement not to form alliances but to leave the care of individuals to the owners of capital as well as to the state.

Not a single one of the seven principles issued by the European Coalition for Responsible Credit would qualify for this kind of understanding of solidarity and social responsibility, which ignores different classes in society and the tradition of the labour movement.

## 4. A Problematic Concept of contractual Justice

The social question has become the core question of the industrialised societies of the West in the 21st century. From the legal viewpoint, the issue is whether this question should be addressed only by the welfare state and its public law, or whether private law also has a "social" role to play.

Justice is commonly thought – this is also the starting point of the DCFR [1180] - to have two applications, which Aristotle distinguished as «distributive» and «commutative» justice. The first, distributive justice, is concerned with the "distributions of honour or money or the other things"; the second form of justice, commutative justice, is about the treatment of an individual in a particular transaction.

«Of particular justice and that which is just in the corresponding sense, (A) one kind is that which is manifested in distributions of honour or money or the other things that fall to be divided among those who have a share in the constitution (for in these it is possible for one man to have a share either unequal or equal to that of another), and (B) one is that which plays a rectifying part in transactions between man and man. Of this there are two divisions; of transactions (1) some are voluntary and (2) others involuntary- voluntary such transactions as sale, purchase, loan for consumption, pledging, loan for use, depositing, letting (they are called voluntary because the origin of these transactions is voluntary), while of the involuntary (a) some are clandestine, such as theft, adultery, poisoning, procuring, enticement of slaves, assassination, false witness, and (b) others are violent, such as assault, imprisonment, murder, robbery with violence, mutilation, abuse, insult».[1181]

As we see, Aristotle ascribed to «commutative» justice both contracts (transactions between man and man) and extra-contractual relations or unjust enrichment (involuntary).

The regime governing property rights and the law governing personal rights (status), on the other hand, were indirectly classified as part of «distributive» justice.

### 4.1 Justice «without regard to the person»

The law governing personal rights (and slavery in particular), and therefore «distributive» justice, governed the majority of employed relationships during the period of the Roman Empire, whose legal system was marked by a strong sense of individualism[1182].

During the pre-modern period, law which could be classified according to the principle of «distributive» justice was traditionally justified as being based on nature as the originating power,

---

[1180] DCFR, Interim Outline Edition, München, 2008, Introduction, n. 24.
[1181] Chap. 5 of Aristotle, The Nicomachean Ethics translated by William David Ross, 1908, http://www.sacred-texts.com/cla/ari/nico/
[1182] See P. Grossi, *Locatio ad longum tempus*, Napoli, 1963, 47, who makes reference to the judgment reproduced in the text in the period up to the 2nd century BC, the time of the great classical jurists, and Zimmermann R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford Univesity Press, 1996, 387.

whose legitimacy could be traced in the last analysis to God himself. This conferred a privileged status upon «distributive» justice with respect to «commutative» justice. Economic barter has been demonised by canonical doctrine. Society was dominated by the principle of hierarchy[1183] and therefore by the obligation of obedience. The hierarchy was prescribed by divine distributive justice. It has been rightly said that "the law of master and servant was a metaphysical structure"[1184].

The theoretical basis of an economic order based on freedom of contract and the market system – a vision that assumed that the persons have the natural instinct «to truck, carter, and exchange one thing for another»[1185], was only possible because the legitimation of modern law no longer derives (in the descendant phase) from natural law, but (in the ascendant phase) from history, or rather, in democratic regimes, from the will of the people. This has given rise, with the post-war constitutions, to the necessity to "establish the moral viewpoint within the law in force"[1186].

The important aspect to note, which this reversal has brought about is that «commutative» justice has now assumed a more elevated role in relation to «distributive» justice. As Canaris points out: «the iustitia commutativa (…) as justice "without regard to the person" may readily be understood in both contract law and in the area of prohibited activities (that is to say, criminal offences) as meaning that the value of the persons concerned is treated as absolute»[1187]. For this reason the leading modern scholar of French employment law (Gerard Lyon-Caen) stated that the contract «*est porteur de valeurs liées à la liberté de l'homme* – embodies values linked to human freedom»[1188]. It is only through this repositioning of commutative justice that overcoming the class system and social structures, such as the medieval guild-system, has been possible[1189].

### 4.2 What Justice for Social Contracts?

Otto von Gierke is credited with having grasped the importance of obligations, whose performance need not be fulfilled at any *precise* moment, but over a *period* of time. Such relationships which, in the original version of the BGB, were referred to in only one paragraph of the regimen governing the most important type from a social viewpoint, namely the *Dienstvertrag* (§ 617 BGB), confer a further function – still according to Gierke[1190] - on the law of obligations with respect to the traditional one of transferring the ownership of property: long-lasting relationships of power.

Originally, the hierarchy had been prescribed by natural law. When natural law was superseded, the hierarchy remained, in practical terms in any case in social long-term contracts (such as labour, tenancy and consumer credit contracts). In these contracts the debtors are confronted with

---

[1183] Mayer-Maly T., *Überwindung des Lohnvertrages?*, in *Selbstinteresse und Gemeinwohl*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, 13 ff .
[1184] K. Orren, *Methaphysics and Reality in Late Nineteenth-Century Labor Adjudication*, in L. Tomlins, *Labor Law in America*, Baltimore and London, 1992, 160.
[1185] «Nobody ever saw a dog make a fair and deliberate exchange of one for another with another dog» (A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, I, Chapter II, S. 118).
[1186] L. Mengoni, *Note sul rapporto tra diritto e morale*, *Iustitia*, 1998, 305ff.
[1187] C.W. Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, München, 1997, 31.
[1188] Lyon-Caen G., *Défense et illustration du contract de travail*, Archives de Philosophie du Droit, 1968, 13, 69.
[1189] C.W. Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, München, 1997, 74.
[1190] O. Gierke von, *Dauernde Schuldverhältnisse*, Jerhings Jahrbücher Vol 64 (1914) 406-407.

a power relationship because the other contracting party has control over the redistribution of access to those goods and services which are particularly vital needs. By means of these social contracts the debtors provide for themselves against poverty and deprivation, especially from lack of income, usury and exploitation, insufficient means for personal well-being and such contracts shelter them from (the effects) of unemployment, homelessness and overindebtedness.

As Hugo Sinzheimer, «the father of the science of labour law[1191]», has stated, the law must not just consider the freedom of the citizen as a formality, but project itself into the real essence of freedom and recognise it in practical terms, when confronting the citizen's real relational needs[1192]. From the *Genossenschaftslehre* of Otto von Gierke, Sinzheimer had learnt that statute can play an entirely secondary role in the evolution of law[1193]. Sinzheimer's great intuition was to realise that the employment relationship is not merely a contractual relationship, but also a power relationship. Employers, in the same way as banks and property-owners possess «Verteilungsmacht – distributive power»[1194] in respect of the narrow commodities of labour and income. One issue to be addressed by private law consists in the role of the "distributors".

Considering the matters described above, setting out the distinction Aristotle made between commutative and distributive justice, we can say that long-term contracts need a combination of both forms of justice.

Contrary to the system of private law in which the law of contracts is dominated by values related to the circulation of goods (and therefore with commutative justice), in which the worker is likewise considered as the owner of his own body (Adam Smith), or his potential for work which he sells or, at any event, hires out to his employer, Otto von Gierke, in his pioneering study of long-term contracts in 1914, observed that it is beyond doubt that «the general doctrine of obligations rests upon relationships of obligation which are transitory in nature»[1195] and that, therefore, the specific problems of long-term contracts had to be resolved in isolation from the law of obligations, by combining the latter with, respectively, the regimen governing property rights for contracts guaranteeing the right of possession, the use or usufruct of goods and, on the other hand, the regimen governing personal rights for those which he colourfully called the *Rechtsgschäfte* for social organisation which included, for example, employment contracts.

History, if we limit the discussion to Germany, for a while judged Gierke to be in the right. From the beginning of the Weimar Republic until the middle Eighties of last century, work relationships were described as *personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnisse*[1196]. This solution also found favour outside Germany, because it was supported by the father of modern French employment

---

[1191] O. Kahn-Freund, *Hugo Sinzheimer (1875-1945)*, in H. Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Reden,* a cura di O. Kahn-Freund e T. Ramm, t. I e II, Frankfurt-Köln, Europäische Verlagsanstalt, 1976, 73 ff.
[1192] H. Sinzheimer, *Das Problem des Menschen im Recht*, Groningen, 1933 poi in ID., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, 2, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1976, p. 53 ss.
[1193] H. Sinzheimer, *Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht*, 1922 *Arbeitsrecht*, 1.
[1194] C.W. Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, München, 1997, 37, 40.
[1195] O. Gierke von, *Dauernde Schuldverhältnisse*, Jerhings Jahrbücher Vol 64 (1914) 356-357.
[1196] Gierke von O., *Die Wurzeln des Dienstvertrages*, in *Festschrift für Heinrich Brunner*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1914, 37 ff.

law (Paul Durand)[1197] and in Italy by a faction of academic writers in the early period after the Second World War.

But this solution was still based on antiquated medieval assumptions that labour is a resource of the community. As with the *locatio ad longum tempus*, the tenant acquired a property like right by way of redistributive justice workers were protected through the mechanism –itself redistributive– of a personal relationship, which obligated the employer to look after every aspects of the worker's life. This was justified as being the natural order of the classes, which was invested with a largely metaphysical power.

With the decline of the Ford model, the "total" contractual view of labour, lawyers like Philipp Lotmar, Luigi Mengoni, Gino Giugni[1198], Gerard Lyon-Caen[1199] and Franz Gamillscheg[1200] have come to predominate in Europe. This view does not have recourse to personal or property rights, but has led to the innovation (that is, to support the needs of long-term employment contracts) wholly within – and not outside- the context of contractual relationships (total contract view).

### 4.3 National Social Law as Distributive Contractual Justice

However, the achievement of this total contractual view for the social contracts is not simply because, as Canaris observes, the significant form of justice within present general contract law «is the commutative justice in the Aristotelian sense»[1201]. General contract law is in fact essentially pure procedural justice.

«The function of resolving problems of well-being, whether individual or collective, does not belong to the sphere of contracts»[1202]. This is certainly true of the Anglo-American world.

Given that, beyond the law of contracts, the State possesses other instruments for achieving the redistributive aims which it is constitutionally bound to pursue: Bildungs-, Sozial- und Steuerrecht, the realities of the national disciplines for social contracts show that there are six aspects of crucial importance in order to achieve a law of contracts which follows the principles of distributive justice: the guarantee of use-value at an affordable price, the complusory regulation of social relationships of power arising out of contracts, justice with regard to the person, the possibility of establishing contractual relations so as to avoid them ceasing arbitrarily and, finally, more generally andby way of summary, the discipline of human needs, namely existential issues which arise as a result of phenomena beyond the individual's control.

A) Whereas under commercial law, use-value only acquires significance to the extent that it falls mainly by chance into the hands of the consumer, as part of proprietorship, in continuous social

---

[1197] P. Durand, *Traite de droit du travail*, Paris, 1947; whereas for Spain, cfr., M. Rodríguez Piñero, *Contrato de trabajo y relación de trabajo. (Bilance provisional de una polemica)*, in *Annales de la Universidad Hispalense. Derecho*, XXVII (1967), 1 ff.

[1198] L. Mengoni, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Riv. Società*, 1965, p. 682 and G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963.

[1199] G. Lyon-Caen, *Du Role des Principes Généraux du Droit Civil ed Droit du Travail (Première Approche)*, in *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1974 (229), p. 231ff.; C. Radé returns to this point, *La figure du contrat dans le rapport de travail*, in *Droit social*, 2001, 802 ff.

[1200] BAG, Grosser Senat, 27 febbraio 1985, in AP, § 611 BGB, no. 14 which marks the now definitive abandonment of the ideology of the *Treuepflicht***.** F. Gammillscheg, *Das deutsche Arbeitsrecht am Ende des Jahrhunderts*, in *Recht der Arbeit*, 1998, p. 5 where the most authoritative contemporary German labour law scholar takes the opportunity to lament the fact that those abroad are often reluctant to take note that German legal scholars have abandoned this for some time now.

[1201] C.W. Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, München, 1997, 75.

[1202] G.B. Ferri, La «cultura» del contratto e le strutture del mercato, RDComm, 1997, 863.

obligations, precisely the fact that this use-value is guaranteed, is central. Thus, a landlord is increasingly held responsible for the effective and humane utilisation of the dwelling by the tenant (§§535 Abs. 1 S. 2 BGB). Similarly, a lender has a duty to ensure that the loan can be applied effectively in the purchase of the item for which it was taken out, by ensuring that the item is free from defects (defence against enforcement under §359 BGB), which is comparable to the duty of employers to ensure that the place of employment is humane and that wages are paid consistently. Moreover, all continuous social obligations share a distrust of pure market pricing, which is the cornerstone of the ideology of commerce.

In the case of services of "general economic interest" even in the wake of neo-liberal deregulation and privatisation, the State has established public commissions equipped with extensive mechanisms for price control in the areas of, for example, radio, television, gas, water, electricity and the railways[1203]. What the minimum wage achieves in terms of obligations in the context of employment, whether directly or indirectly through pay agreements under individual employment contracts, legislation on rents achieved through regulations relating to "local comparable rents" under §§558 ff BGB. While consumer credit in France, the Benelux countries, Italy and Poland is regulated through statutory restrictions on usury, in Germany the public policy requirement under § 138 Abs.1 BGB extends the principle of double the average local comparable rent to interest rates as well.

B) In place of the neutrality of contract law, in terms of the outcomes of the freedom to contract and freedom of competition, private law must directly regulate the social hierarchy which derives from relationships of distributive power. There are legal limits which make the market into a system aimed at the achievement of the maximum possible collective well-being.

For this reason labour and employment law has opened the way to the use of techniques which traditionally were part of public law, such as, for example, the diffusion of fundamental rights in the context of employment relationships, the prohibition on discrimination, abuse of power, unequal treatment, the conditioning of the exercise of extra-judicial powers (power of dismissal) by the existence of a factual assumption.

C) Alongside this absence of content, however, the commercial principle of freedom to contract also had to be subject to limitations in order to take humane considerations into account. While it is possible to interpret anti-discrimination legislation in terms of competition law, the legislation contains provisions for the employment of disabled persons or women; similarly, regional savings bank legislation creates duties to provide current accounts for overindebted people. In the US, Community Reinvestment legislation compels the banks to lend in impoverished districts[1204]. The rental housing market is subject to prohibitions and provides compulsory provisions in times of crisis, and a duty is imposed on the utilities to connect the supply of telephone, gas, water, electricity or transport. Continuous social obligations thus do not leave human needs or the dependency on wage labour out of contracts, as is suggested by commercial contracts.

---

[1203] Even C.W. Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, München, 1997, 50 concedes that the problem must be confronted beyond the market principle and according to the tenets of distributive justice.

[1204] Overview at Reifner, U., Social Banking - Ansätze und Erfahrungen über die Integration sozialer Zielsetzungen in privatwirtschaftliche Finanzdienstleistungen, in: Schuster, L. Die gesellschaftliche Verantwortung der Banken, Erich Schmidt:Berlin 1997 S. 205 ff

D) Justice *with* regard to the person (and not *without* regard to the person): the regimen for employees' contracts governs the parties' reciprocal obligations on the basis that this contract, so far as the worker is concerned, performs a pre-eminently social function of support and affirmation of his/her personality. For this reason, the risk of non-performance based on impossibility, linked to specific events of the kind which may befall (illness, accident, pregnancy, conscription, performance of public duties, etc.) relating to the debtor, is transferred from the latter to the creditor who, contrary to the synallagmatic principle (no work, no pay), is required to pay remuneration for a certain period[1205].

It is interesting to note that the recent financial crisis, has brought about a situation in which the principle of justice *with* regard to the person has been affirmed in the context of other long-term relationships (other than those of work). For example, one of the most important commitments which Italian credit institutions have taken on in order toh ave access to the Tremonti bond (bank bonds) underwritten by the State to inject liquidity into the troubled banking sector, which provide a yield of between 7.5 % and 8.5 % (and which are governed by legislative decree no. 185 of 29 November 2008, converted with amendments into Act no.2 of 28 January 2009): the banks are committed to suspending, for at least 12 months, the mortgage payments of employees who have lost their jobs, (see the memorandum of understanding signed by Abi and the Treasury Minister). As can be seen, there has been an enlargement of the typical labour-law principle of the transfer of risk of supervening impossibility linked to specific personal events (illness, unemployment) from the customer to the bank.

The protection of non-economic interests should also be ascribed to the principle of justice *with* regard to the person: a) *Duties of care* (§ 241, comma 2, BGB) are recognised, protecting the debtor's person and – so resolving the problem for the solution of which the Gierke tradition had created the *Fürsorgepflicht* (paternalistic care) – that of the creditor[1206]; b) the rules on liability involve the payment of damages only if the debtor is responsible for the inadequate performance of the obligation (§ 280 BGB; art. 1218 c.c.); this presupposes the differentiation between the content of the duty and the object of the credit right[1207] and the construction of contractual liability on the basis of inadequate performance (see the Italian Civil Code and the 2002 reform of the BGB); d) the possibility of claiming damages for non-economic loss.

E) What is much more clear is the restriction on freedom to contract in its counterpart namely in the termination of continuous social obligations. All continuous social obligations are subject to protection from termination, going beyond contractual arrangements, to introduce certain forms and fees and, at the same time, under credit legislation, an attempt at amicable continuation of the relationship is required (§ 498 Abs.2 BGB). Moreover, under landlord and tenant legislation

---

[1205] For the German context, cfr. Hoyningen-Heune v. G., *Arbeitsentgelt ohne Arbeit – Die Durchbrechung des Synallagma im Arbeitsrecht*, in *Festschrif für Klaus Adomeit*, Luchterhand, 2008 and C.W. Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, München, 1997, 81 ff.

[1206] The fundamental 1929 writings of Hans Carl Nipperdey on *Die Privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzes, in Festgabe für das Reichsgericht*, IV, de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1929, S. 203 ff. he highlighted the importance of provisions aimed at the protection of the worker's person as accessory obligations for private law, too,

[1207] See Mengoni L., *L'oggetto dell'obbligazione*, JUS, 1952, p. 156 ff. and Mengoni L., *Obbligazioni «di mezzi» e obbligazioni «di risultato» (Studio critico)*, RDComm., 1954, I, p. 185-209, 280-320, 366-396.

and employment legislation, termination is restricted structurally, and in both cases "social justification" is required, arising from the conduct, the person of the employee or the tenant (ILo Convention No. 158 of 1982**;** §1 KschG,; art. 1 Law No. 604 of 1966 in Italy, §573 BGB [1208]), or from overriding economic considerations ("business necessity", "prevented by reasonable business operations"), in which account must be taken of social considerations. (§§574 BGB, ILo Convention No. 158 of 1982**;** §1 KschG; art. 1 Law No. 604 of 1966 in Italy). The breach of contract required to terminate a contract is also made relative, and must attain a certain level of gravity in all continuous social obligations, such as the continuation of conduct in breach of contract despite a warning under employment or tenancy law, or arrears of two payments of rent or credit instalments.

F) The litmus test of private law thinking is the interaction with human need.[1209] The return of homeless soldiers; sickness, accident, family circumstances, childcare, matters affecting contractual duties long-recognised in employment law have not made much progress in relation to other continuous social obligations, where the principle that "you have to have money" overshadows everything. For that reason, the German Civil Code avoids any echo of financial liability in the context of potential indeterminate obligations limited by labour capacity, instead inserting "termination for compelling reasons" in the General Part, thereby enabling employers, landlords and lenders to further their interests through termination of the contract, without explicit reference to the social needs generated for employees, tenants and borrowers.

Yet what appears logical within commercial ideology seems illogical when examined in the light of the sociology of law, not only in France, Norway or Finland, where social *force majeure*[1210] has found its legal expression. With the right to pay arrears of rent until the first hearing date in the eviction proceedings, the German Civil Code created the opportunity in practice for the social welfare office to intervene with a payment and make termination of the tenancy for arrears of payment ineffective. Nor do borrowers face liability forever when they are in hardship. If they run out of money, consumer bankruptcy comes to the rescue under §§286 ff InsO. That law provides for release from debts after six years (§301 InsO), irrespective of the contract, while in France and the USA immediate release is possible where borrowers have no assets and, in the Netherlands and Belgium, a period of 3 to 4 years applies. Contrary to all exchange principles, the hard-hearted creditor discovers that his claim is worthless, while the debtor "lives on", unlike an insolvent company. The debt dies, instead of the person of the debtor.[1211]

As a result of the reform of debt law and the European privatisation of pension provision provision, rent and consumer credit have entered the German Civil Code in §§498 ff, 535 ff BGB. The same applies to all long-term consumer transactions, such as contracts with travel agents, bank accounts and remittance payments. Reform of insurance law has brought with it the application

---

[1208] Per I riferimenti comparati in tema di licenziamenti see B. Hepple, *European Rules on Dismissals Law?, Comparative Labor Law and Policy Journal,* Vol. 18, n. 2, 204 ff.

[1209] Vgl. Reifner, *Inclusive Contract Law - Poverty in Common and Civil Law*, elektron. Ressource Hamburg/New York 2000 http://www.money-advice.net

[1210] Wilhelmsson, Th. Critical Studies in Private Law – a Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law, Kluwer: Dordrecht 1992 S. 180 ff

[1211] Zur "Death of Debt" Doctrine vgl. Reifner, 'Thou shalt pay thy debts' Personal Bankruptcy Law and Inclusive Contract Law, in: Niemi-Kiesilainen, J./Ramsay, I/Whitford, W.C. (eds.) Consumer Bankruptcy in Global Perspective, Hart Publishing Portland 2003 p 194-228

of contract law concepts in that area as well, and has produced the equivalent of a General Part for continuous social obligations, which takes into account the human element of risk. In their form as private law agreements, retirement pension policies, long built into the former *Reichs-versicherungsordnung* (now the *Sozialgesetzbuch* – Social Code), took their social form from tax law, under which only agreements which incorporated criteria known as "Riester-Rente" criteria were given tax advantages, meeting the requirements of old-age certification legislation. Even in this context, public law governing savings and investments in securities and endowment policies merely had the appearance of being untouched. Even there, the underlying principles of guarantees of nominal value for the protection of the vital interests of consumers in their old age were taken into account in general legal principles.

### 4.4 «The DCFR is particularly concerned to promote what Aristotle termed corrective justice»

While European contract law has, at least in part, felt the effects of the legislative evolution imposed by the law on employment contracts, and with other social contracts, contract law in the common law system has remained anchored in the strictly commutative principle: a neo-Roman Law. "European Legal Systems are not converging"[1212]. The statement which provides the title of this paragraph 83 seems tailor-made for the English system, also for the reason that alongside commutative and distributive justice, a third category is introduced: corrective justice, that «it is for a judge to correct an inequality that is created by an act of injustice», whereas commutative justice refers to persons "freely to exchange goods" in a market[1213]. In this way, the idea is transmitted that the market and private law do not arise from regulation but «[arise] more or less naturally»[1214]

In the civil law systems, so far as the law of contracts is concerned, labour law has contributed to making the distinction between *Abschlussfreiheit* and *Gestaltungsfreiheit*, between the formal regulation and the content of the agreement, between intention and judicial control, between initial regulation and mechanisms for adaptation of the individual contract (for instance, the *direct effects* of collective agreements).

Such distinctions are not commonly used in English legal practice: «the law of contract was developed by the courts, and the principal conceptual instruments which they handled were the intention of the parties (…) and public policy which, in a few extreme cases, may destroy a contract, but which cannot mould it»[1215]. Under the English law of contract, the literal meaning of the contract is preferred, clearly from the prevailing perspective of certainty in the law. This is probably the reason why the conduct of the parties is not invoked in the provisions on interpretation in the *DCFR Model Rules*[1216] (we refer here to art. 8:107 ff. of the second Book). English

---

[1212] P. Legrand, European Legal Systems are not converging, International and Comparative Law Quarterly, 45 (1966) 52 ff.
[1213] M. Papaluk, Aristotele's – Nichomachean Ethics – an Introduction, 2005, at 195-196 cited by N. Reich, The Public/Private Divide in European Law, draft paper to be presented at the 14th General Meeting of the Common Core Group, Torino, 11.7.2008.
[1214] L. A. Williams, Beyond Labour law's Parochialism: A Re-envisioning of the Discourse of Redistribution, in J. Conaghan, R.M. Fischl, K. Klare 8ed.), Labour Law in an era of Globalization, Oxford, University Press, 2002, 94.
[1215] O. Kahn-Freund, *A Note on Status and Contract in British labour Law*, MLR, 1967, 641.
[1216] P. Stein, *Norme forndamentali: in tema di accordo, contenuto, forma, interpretazione del contratto nel «codice civile europeo dei contratti»*, RDC, I, 2007, 235.

contract law has certainly evolved since the time of Kahn-Freund to today. The courts «have created a special set of rules for the employment relation of mutual trust and confidence» [1217]. Between the end of the 60s up to the first half of the 70s «legislation was drafted with a greater reference to and use of the contract of employment in the design of the statutory right. At this stage, the contract of employment was enlisted as a device mainly to facilitate the public policy in the legislation» [1218]. However, «the strong presumption» still persists «(…) that the general rules of contract law apply equally to commercial contracts and employment contracts» such that the principle of implied terms represents «small deviations from ordinary contract law»[1219]. In classifying a work relationship as an employment contract or self-employed contract, for example, «the British approach remains distinct from that of most continental systems in the emphasis it gives to the autonomy of the contracting parties»[1220].

In fact, in the economic analysis of law, market *freedoms* are claimed to be more *efficient* for providing *security* for social aspirations too. They have globally called this *Justice,* which has thus been reduced to fair procedures.[1221] This ideology, which discounts historical wisdom about the main functions of law as *tamed social power and* as a *peace-keeping* alternative to war (Hobbes)[1222], still perhaps the most convincing justification for a unified European legal system in the eyes of ordinary people, has been expressly made the basis of the DCFR. The DCFR starts with the following phrase: "1. The four principles. The four principles of *freedom*, *security, justice and efficiency* underlie the whole of the DCFR. Each has several aspects. *Freedom* is, for obvious reasons, comparatively more important in relation to contracts and unilateral undertakings and the obligations arising from them, but is not absent elsewhere. Security, justice and efficiency are equally important in all areas. ...Law is a practical science. The idea of *efficiency* underlies a number of the model rules and they cannot be fully explained without reference to it."

While law is basically defined as a restriction on freedom, especially the freedom to pursue one's own interest through private force (feud, vendetta, faida, self-help) the DCFR assumes "that formal and procedural hurdles should be kept to a minimum." (Principle 2) It further states in Principle 3 "As a rule, natural and legal persons should be free to decide whether or not to contract and with whom to contract. They should also be free to agree on the terms of their contract." While classical codifications were cautious enough not to legislate on the principle of freedom of

---

[1217] H. Collins, Similarities and difference between labour contracts and civil and commercial contracts, XVI World Congress of Labour and Social security, Jerusalem 3/7/2000.
[1218] S. Anderman, The Interpretation of Protective Employment Statutes and Contract of Employment, Industrial Law Journal, 29, 3 (2000), 228.
[1219] H. Collins, Similarities and difference between labour contracts and civil and commercial contracts, XVI World Congress of Labour and Social security, Jerusalem 3/7/2000.
[1220] C. Barnard, S. Deakin, Redefining the Employment Relationship: flexibility or security? The UK Experience in a Comparative Perspective, in www.eng.dpis.unibo.it/NR
[1221] A number of recent economic publications defend the traditional market approach against criticism with the intention to prove that direct application of social justice will lead to no social justice in the end. i.e.see Kirchhof, Das Maß der Gerechtigkeit, 2009, Sinn, Kasino-Kapitalismus: Wie es zur Finanzkrise kam, und was jetzt zu tun ist, 2009; Straubhaar, Die gefühlte Ungerechtigkeit: Warum wir Ungleichheit aushalten müssen, wenn wir Freiheit wollen 2009. They defend the procedural approach to justice where human dignity is replaced by fairness best expressed in Rawls', Theory of Justice, as criticised. by Armatya Sen, The Idea of Justice, 2009.
[1222] Codifications in the middle ages were known as "Landfrieden" (peace to the country) (lat. constitutio pacis, pax instituta pax jurata) where powers of certain regions renounced to even legitimate exercise of physical power to enforce legal claims. (see Arno Buschmann, Elmar Wadle (eds): Landfrieden. Anspruch und Wirklichkeit. Paderborn 2002)

contract, the DCFR dares to formulate this, not only as a principle but even as a rule in Art. II.-I:102, when it states "Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents". This statement in the indicative form shows how deep neo-liberal model thinking is rooted in the minds of the authors of this draft. Mass unemployment, homelessness, overindebtedness, lack of drinking water and electricity, child labour, monopolies, all kind of addictions but also imposed standard terms and long-term dependency do not just exist for the sacred principle of freedom of contract. These are all exceptions which, due to the exclusion of social contracts, were not in contemplation when this idealised principle was formulated.

B) The statement that the promotion of solidarity is «primarily the function of public law (…) rather than private law» is also typical of English law[1223]. Protective legislation was and is in English law «thought of not as operating on a contract but as imposing extra-contractual obligations, enforceable through criminal prosecutions and through actions in tort»[1224]. In this way, justice *with* regard to the person is not integrated into contract law, which is also demonstrated by the fact that in the outline edition it was stated that «private law must contribute to the protection of human rights» but no longer, as in the interim edition[1225], to «human dignity».

In addition, protection of non-economic interests of the other party have not been incorporated into the DCFR under general contract law, but, following the English tradition, clearly ascribed to extra-contractual liability. In fact, obligations arising from social contact, which in the civil law tradition are normally considered as accessory to the principal obligation, can only be invoked under the provision in the DCFR by which «parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to the rules on good faith and fair dealing and any other mandatory rules»[1226]. But will this be good faith with «esprit de solidarite», as set out in the French *Avant-project*, or instead an ordoliberal good faith, defending commutative justice?[1227]

Contractual justice as envisaged by the DCFR is essentially justice *without* regard to the person as the generalised *right not to be discriminated against* demonstrates[1228].

We entertain considerable doubt on the subject of direct influence (unmittelbare Drittwirkung [1229]) which is a feature of the new configuration of a «contracts infringing fundamental principles»[1230] –whatever «*principle recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union*» –, which is considered a nullity.

We are aware that this new provision addressed the problem of evasions of the law which are more more complex.

---

[1223] DCFR, Outline Edition, München, 2009, Introduction, n. 15.
[1224] O. Kahn-Freund, *A Note on Status and Contract in British labour Law*, MLR, 1967, 641.
[1225] Introduction, no. 31.
[1226] Art. 1:102, 1° c. of book I of the *DCFR Model Rules* corresponding to art. 1:102 of the *PECL* as to which see C. Castronovo, *Good faith and the principles of European Contract Law*, Europa e diritto privato, 2005, 589 ff.
[1227] As A. Somma fears, *La buona fede contrattuale: modelli solidali e modelli ordoliberali a confronto, Europa e diritto privato*, 2003, 634 ff.
[1228] Artt. 2:101-2:105 of Book II; see F. Zoll, *Remedies for Discrimination: a Comparison of the Draft Common Frame of Reeference and the Acquis principles*, European Contract Law, ERA Forum Special Issue 2008, New York, 2008, 87 ff.
[1229] On this theory see S. Vogenauer, An Empire of Light? II: Learning and Lawmaking in Germany Today, Oxford Journal of Legal Studies, 26, 4 (2006), 627 ff.
[1230] Art. 7:301 of book II.

However, the expression 'principles' indicates a "normative assertion" which normally connotes an essential interpretative influence in relation to legislative provisions. It is true that in relations between private parties there are (at least) two stakeholders with fundamental interests and therefore it is almost always necessary to reach a compromise between fundamental principles. This operation takes place in the interpretation phase of the legal rule which in practice is applicable. Without this filter, there is the risk of opening the door to the sudicia tyranny of individual constitutional principles (see also retro § 3.2), which operates by way of endless appeals on the grounds of unlawfulness.

## 5. Ignoring Labour contracts

Art. 1:101 of the DCFR states that the rules are «not intended to be used, or used without modification or supplementation, in relation to rights and obligations of a public law nature, or in relation to», among other things, the «employment relationship». Art. 1:101 of the underlying Acquis principles adds that "they are not formulated to apply in the areas of labour law ...."

The rules are intended to be used in relation to *service contracts*[1231]. The DCFR itself does not define what is meant by service. It is made up of a general and a specific part. The distinguishing criterion within the latter part is not centred on the classification of the provider (and therefore, on the differentiation between a work contract and a tendering contract) but, in an innovative way, on the type of service: *construction*, *processing*, *storage*, *design*, *information or advice* and *treatment*. On the whole, analysing the individual norms on *service contracts*, the conclusion is easily reached that regulation of contracts which involve the sale of goods (contratto di compravendita) has been accorded special status[1232].

The fact that *employment relations* are excluded from the scope of the *code* or from the *principles* is highly problematic, since labour law has influenced the structure of national contract laws[1233]. In any case, this exclusion does not imply that there is no interest of labour lawyers to be represented in these principles.

### 5.1 National Employment Law is more than the law of the contract of employment

«Employment relationship» is a new concept for EC law. However, it is easy to foresee that this will be interpreted as synonymous with contract of employment. Both in the case of EC Regulation no. 593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) and in the case of Council Regulation (EC) No. 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, the EC has not defined the meaning of «an individual employment contract». In general, national courts and academic lawyers infer, by

---

[1231] Barendrecht M., Jansen C., Loos M., Pinna A., Cascão, van Gulijk S., *Principles of European Law. Service Contracts (PEL SC)*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
[1232] See C. Wendehorst, *Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht*, AcP 206 (2006), 295.
[1233] L. Nolger, Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile, Giornale dir. lav. rel. ind. 118 (2008) 171 ff. The exclusion of labour contracts from the DCFR is critically evacuate also by S. Whittaker, A Framework of Principle for European Contract Law?, 125 (2009) L. Quart. Rev., p. 330 ff

analogy with the Community concept of «worker», that it must in its turn be interpreted autonomously and not by reference to national law[1234].

The ECJ has developed a significant body of case law on the concept of «worker» for the purposes of art. 39 (48) of the EC Treaty (free movement of persons). With regard to the concept of worker, the leading case is *Lawrie-Blum*[1235]. At para. 17 of the judgment, the ECJ set out the now classic definition of worker: «that concept ["a worker"] must be defined in accordance with the objective criteria which distinguish the employment relationship by reference to the rights and duties of the persons concerned. The essential feature of an employment relationship, however, is that for a certain period of time a person performs services for and under the direction of another person in return for which he receives remuneration». The real criterion used today by the ECJ is therefore the relationship of «subordination»[1236]. According to the European tradition if a creditor retains the power of direction, the contract is without doubt a contract of employment. By contrast, the "contract for services" (or self-employment) in this legal tradition never gives the creditor a power of direction over the work activity.

Everywhere in Europe the difference in treatment between self-employed and subordinate employee is open for discussion[1237]. Simon Deakin takes the view that «the problem which vertical disintegration poses for labour law is not so much the growth of self-employment at the expense of protected forms of labour; rather it is the blurring of the "binary divide" itself. As the Supiot report recognized the growth of a "grey zone" of workers who are neither clearly employees nor self-employed affects all systems. (…) what is of particular interest is that the response has not taken the form of a de-socialization of the employment relationship. On the contrary, it is an attempt to extend the logic of social protection to certain forms of self-employment».[1238]

To extend the logic of social protection everywhere in Europe, employment law divides today people up not into two groups, as the DCFR implicitly does, but into three: a) employee, b) workers (England)/ employee-like persons (Germany[1239])/ para-subordinate (or -dependent) workers

---

[1234] For a short summary see C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford, 2006, 172 ff. and L. Nogler, *Rethinking the* Lawrie-Blum *doctrine of «subordination». A critical analysis prompted by the recent evolution of Italian employment law*, in The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2010, n. 2

[1235] July 1986, 3, Case C- 66/85 [1986] ECR 2121.

[1236] See lastly, at point 68 of the judgment of the Court on 13 January 2004, *Debra Allonby* Case C-256/01, [2004] ECR 873.

[1237] See L. Nogler, The Concept of "Subordination" in European and Comparative Law, Dipartimento di scienze giuridiche, Trento, 2009. For the proposal of the transformation of the contract of employment into an extended form of "labour market status" see Supiot, A., Casas, M., de Munck, J., Hanau, P., Johansson, A., Meadows, P., Mingione, E., Salais, R., van der Heijden, P. Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et l'avenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission Europeénne (Paris, Flammarion, 1999).

[1238] S. Deakin, *The Evolution of the Employment Relationship*, in The future of work, employment and social protection: The dynamics of change and the protection of workers (Lyon, 17/18 January 2002), ILO, 192. About vertical disintegration see *Collins*, Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws, Oxford Journal of Legal Studies 1990, 353 ff.

[1239] These are legally independent but economically dependent workers who need protection like that accorded employees and so they are, for example, excluded from the scope of layoff legislation, but are covered by certain labour-law provisions on disputes, leave, and working conditions (specific legislation exists for homeworkers and commercial representatives). Two specific conditions must be met for workers to be described in this way [art. 12a(1) TVG]: first, they must work alone, without the assistance of salaried staff; second, most of their work or income must come from a single person or institution. For further details see W. Däubler, *Working People in Germany*, CLLPJ, 1999 (21), 1, 88-97 («the worker-like person is conceived as a "Typus", too»).

(Italy[1240], France[1241] and Spain[1242])/dependent contractors (Sweden[1243]) and c) the self-employed. In short, everywhere in Europe there is a sort of middle category. In England it is «a statutory category which includes both employees and certain self-employed workers»[1244], in Germany, Italy, France the middle statutory category includes only self-employed workers and replaced personal subordination with a test based on the economic dependence of the worker on the enterprise[1245]. To conclude, the doctrinal debate in Europe is currently polarised around Freeland's proposition of «instantiation within labour law of a new conceptual category, the "personal employment contract" which effaces the old binary divide» (employment and self-employment relationships) and which centres on the concept of economic dependence[1246].

In short, there are increasing numbers of commercial and civil contractual relations which are not labour contracts but fulfil the same functions for the creditor through other forms such as, for example, contracts of independent labour or franchising contracts[1247] etc. Contracts of autonomous labour or product marketing which reproduce the gap between form and power relationship which historically appeared in relationships of subordinated work. The criterion for excluding only «employment relationships» from the DCFR is too restrictive. It reproduces the false binary divide between employment and self-employment.

Conversely, the DCFR should have developed, in the context of private law, what Deakin calls the "socialisation" of these relationships which are steadily increasing in importance for achieving human needs. With regard to economically dependent work relationships too, the principle, for example, should operate that «there must also be a time dimension in the decency of jobs. This refers to the sustainability of decent work»[1248]. The time dimension can be achieved through civil law measures (protection again dismissal) or of civil and public law (a decent job is "embedded"

---

[1240] The labour law relationship known in Italy as «co. co. co» was defined for the first time in the Italian legal system by Art. 409 of Codice di Procedura Civile («the Italian CPR»), introduced by Act No. 533 of August 11, 1973 which concerns: «*1) the relationships of private subordinated work, even if not relating to enterprises*»; …*omissis*…«*3) the relationships of commercial agency, of commercial representation [as for instance power of attorney in commercial business] and – here the co. co. co. contracts appear - other relationships of cooperation which in concrete terms correspond to the carrying out of a continuative and coordinated activity, mainly personal, although not having character of subordination*». Act No. 335 of August 8, 1995, therefore, introduced the obligation to pay contributions to a specific section of the INPS. If the co.co.co. are working under a «contract of coordinated and continuative collaboration» and do not have their own specific *cassa (pension fund)*, the total amount of the contributions is equal to 24.72% of the gross pay of the collaborator (of which 8, 24 per cent is charged to the collaborator and 16,48 to the employer). The boundary between dependent and "para-dependent workers" is the same as exists between dependent workers and the self-employed.

[1241] Art.s L. 751, 761-2, 762-1, 763-1 and 782 code du travail; see O. Razzolini, *The Need to Go Beyond the Contract: "Economic" and "Burocratic" Dependence in Personal Work Relations*, forthcoming.

[1242] Law No. 20/2007 July, 11 Estatuto del trabajo autonomo (LETA).

[1243] Kent Källström, *Employment Agreements and Contract Work in the Nordic Countries*, www.cenneth.com

[1244] S. Deakin, *The contract of employment: a study in legal evolution*, Working Paper 203, ESCR Centre for Business Research, Universty of Cambridge, 2001, 34.

[1245] See Perulli, *Economically Dependent/Quasi-subordinate (Parasubordinate) Employment: Legal, Social and Economic Aspects. Study for the EuropeanCommission.* Retrieved April 27, 2006, from: http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/parasubordination_report_en.pdf

[1246] S. Deakin, Does the „Personal Employment Contract" Provide a Basis for the Reunification of employment law?, ILJ, 36 (2007), 70; M. Freedland, The Personal Employment Contract, Oxford, 2003.

[1247] A. Jeammaud, *L'assimilation de franchisés aux salariés*, Droit social, 2002, 2, 161; H. Collins, Regulating the Employment Relation for Competitiveness, ILJ, (30) 2001, 21; B. Nagel, *Franchisenehmer und Arbeitsrecht*, in *Recht und soziale Arbeitswelt*, Festschrift für Wolfgang Däubler, F.a.M., 1999, 100 ff.; W. Däubler, *Working People in Germany*, CLLPJ, 1999 (21), 1, 83, 89.

[1248] Auer and Gazier*, Introduction*, in The future of work, employment and social protection: The dynamics of change and the protection of workers (Lyon, 17/18 January 2002), ILO.

in an institutional network with the chance of quickly finding another decent job and/or enjoying proper social protection during the transition from one job to the other).

We have seen previously how the national regimen for *social contracts* has raised doubts about the dogma that obligations must be temporary in nature (see § 4.3).

An analogous evolution should now be envisaged for autonomous work relationships which take place under conditions of economic dependance[1249] . The point that the contracting party to any contract for services may withdraw *ad nutum* is dealt with too hurriedly in the DCFR[1250]. In fact, under art. 1:103 of the DCFR, «in exercising a right to terminate an obligation» the principle of good faith and fair dealing should be respected. However, experience in various Member States –Germany in particular – shows that this general clause can, at best, be invoked in the subordinated labour sector, given the legislative policy restricting the scope of application of special laws of protection from dismissal.[1251]

### 5.2 The social dimension of the commercial contract between the temporary work agency and the user

A temporary work agency is any business which is licensed to hire out employees to other companies on a commercial basis. On the basis of continental national laws, commercial contracts between the agency and the user should contain a range of clauses protecting third-party workers, hence in *Ansehung der Person* of the employee.

In Italy Legislative decree No. 276 of September 10, 2003[1252] established that "leased" workers are entitled during their assignments to receive pay 'not inferior' to that of the user firm's employees with the corresponding job grade (tasks performed remaining equal) according to the collective agreement, both national and company-level, applied to the user firm. This entails complete parity of economic treatment between the user firm's employees and the workers "leased" by the agency. Besides parity of economic treatment, the law also establishes parity of legal treatment between the employees of user firms and "leased" workers. This entails complete equality of entitlements (even if not expressly stated either by the law or bargaining) as regards, for example, working hours, job classifications, overtime and night-time work, holidays, leave, etc.

In Germany, the social clause is not as rigid as in Italy. The Temporary Employment Act (*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, AÜG)[1253] stipulates that agencies are obliged to guarantee their

---

[1249] Among the few positive aspects outlined by the Green Paper on Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century [Bruxelles, 22.11.2006 COM (2006) 708 final] we draw attention to the fact that the issue of protection for economically dependant workers has been raised: on this, see The labour lawyers and the Green Paper on "Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century". A critical and constructive evaluation, www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=14 - 11k –).

[1250] Art. 2:111 of book IV part C.

[1251] *Verfassungsgerichtshof* 17.1.1990, NZA, 1998, 470.

[1252] In Italy, temporary agency labour (the equivalent term is 'leased labour') is regulated by articles 20-28 and 85 of Legislative Decree 276/03. Temporary agency work was introduced in Italy by Law 196 of 1997, whose section covering this type of employment was repealed in 2003 by Legislative Decree 276/03, which changed the denomination from 'temporary agency work' to 'staff leasing' but made only minor changes to the previous law. Since 1 January 2008, the date when Law 247/2007 came into force, it has no longer been possible for agencies to stipulate indefinite staff-leasing contracts, but only fixed-term ones.

[1253] In Germany the legal definition is given in the first paragraph of the AÜG: *Employers* (temporary work agencies) *who intend to make the services of workers* (temporary workers) *available to third parties* (user enterprises) *on a commercial basis shall require a*

workers the same pay and employment conditions that apply to the permanent employees in the user enterprise. In contrast to the Italian model, a deviation from the principle of equal treatment and equal pay for temporary agency workers is allowed if the employment contract refers to an existing collective agreement in the temporary work agency sector[1254]. Moreover, if the temporary agency workers were previously unemployed and if they have never been employed by the agency before, the latter may also temporarily deviate from the equal treatment principle.

In Germany the significance of temporary agency work is increasing[1255]. Both the number of agencies and the number of temporary agency workers has grown since 2004[1256]. The equal treatment clause of the Temporary Employment Act, which provides the relevant regulatory framework, has led to the country-wide coverage of temporary agency work by three competing collective agreements. The agreements have allowed the agencies to deviate from the equal treatment clause. IG Metall has launched a campaign for the fair handling of temporary agency work (*Leiharbeit fair gestalten*), with the aim of recruiting agency workers as members and enforcing equal treatment arrangements in collective and works agreements.

This is only one example showing how the regimen of commercial contracts should take account of distributive justice.

## 6. Ignoring Consumer Credit Contracts

Consumer credit contracts use others capital for individual needs. Without credit, problems in transportation (cars), education (student loans), housing (mortgages, furniture, appliances) or temporary lack of liquidity due to accidents or other unforeseen events or due to unemployment and loss of income, would significantly threaten the well-being of consumers. Consumer credit transfers individual labour income to where and when it is needed.

### 6.1 Consumer Credit in modern contract law

Making one's own future income available in an accumulated form has become one of the core conditions for being able to make adequate use of one's own labour. Individual protection in credit and housing are thus the logical continuation of labour protection concerned not only with the amount of income, but also its availability for consumption. Industrialised societies turned

---

*licence.* A TWA must meet the typical obligations of an employer. If it does not, it is deemed to perform only placement services. Workers who are employed only to be hired out are temporary workers and those companies who hire them are user enterprises.

[1254] See M. Fuchs, Gleichbehandlungsgebot und Tarifvertragspraxis in der Leiharbeit, in: Thomas Dieterich, Katsutoshi Kezuka, Martine LeFriant, Luca Nogler, Heide Pfarr, Festschrift Ulrich Zachert, Baden-Baden 2009.

[1255] However, the extension of collectively agreed minimum wages under the Posted Workers Act (*Arbeitnehmerentsendegesetz*, AEntG) to temporary work agencies is currently under discussion. BZA and iGZ together with the bargaining association of all trade unions that are affiliated to the Confederation of German Trade Unions (Deutscher Gewerkschaftsbund, *DGB*) have applied to be covered by the Posted Workers Act. As competing collective agreements exist in the sector, the two parties forming the present coalition government disagree about the legality of granting the application. At the moment, the Posted Workers Act applies only to a small number of industries.

[1256] Schaefer, Holger, 2007, Warum die Zeitarbeit boomt, Thema Wirtschaft Nr. 108, IW Köln, Cologne; Wassermann, Wolfram /Rudolph, Wolfgang, 2007, Leiharbeit als Gegenstand betrieblicher Mitbestimmung, Arbeitspapier No 148 der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf.

into credit societies around 1987[1257] in Europe, when the first Consumer Credit Directive was passed while in North America this emergence of consumer credit had already occurred in the 1960s.

American consumer law books[1258] have consequently concentrated on consumer credit and finance law and finally abandoned teaching sales law remedies, because in sales law extra-legal procedures increasingly replace traditional rights to repair and withdrawal in case of defective goods.

Since the 2008 subprime crisis, consumer credit has also been recognised as a macro-economic basis of modern society, defining the well-being of people with nearly the same intensity as labour and housing. It is even gradually replacing traditional rent and labour relations, by providing job and housing opportunities in permitting access to home ownership and independent labour. While on the surface this seems to have created independence and freedom which may appear to have made labour and tenant protection superfluous, it has in fact increased dependency, shifting responsibility towards the credit sector and making social protection even more important in the law.[1259]

In the UK, but also in Spain, foreclosures have shown that banks have become de facto landlords, who can evict occupants when they are unable to pay. Independent labour is tied to the actual employer through credit and debt, if the agent starts with a loan from this company, which has to be repaid out of the income from a highly regulated form of subordinated labour. Franchising systems have equally replaced labour through credit dependency.

An increasing amount of jurisprudence is now dedicated to credit issues[1260], which has also reached the ECJ. The first consumer protection directive of the EU concerned consumer credit.[1261] Now the provision of consumer credit is regulated at EU level by Directive 2008/48/EC and by the Directive on the Distant Marketing of Financial Services and covered in many others. But the core of its regulation concerning the lifetime of the contract and its possible effects is still regulated at national level, where debtor's protection has become a core concern of protection in consumer credit law.

Since the DCFR repeatedly claims to have constructed its rules on the EU consumer acquis,(Intr. 12, 61, 63; Principles 9, 20, 46, 53, 59) and since it builds its claim to observe social justice on the

---

[1257] See Udo Reifner, Die Geldgesellschaft, Frankfurt, 2009, Third Chapter; see also Fortune July 6, 1987 "The Money Society"; Vesa Muttilainen, Credit society, National Research Institute Publication no. 189 of Legal Policy Helsinki 2002 p 301: "Credits and debt problems are closely associated with social policy. Credits constitute an important part of a household's income and they provide a means of transferring funds from one stage of life to another. They also balance temporary fluctuations in income. Debt problems, again, increasingly constitute a risk to a person's income that can result in serious economic and social harm. To secure an income in risk-prone situations has traditionally been a basic function of social policy."

[1258] Spanogle, Rohner, Pridgen and Sovern's Cases and Materials on Consumer Law, 3d (American Casebook Series) West Law School 2007; Spanogle, Rohner, Pridgen, and Sovern's Selected Consumer Statutes, 2009.

[1259] For a discussion see John Kampfner, Don't risk real freedom for short-term material gain - Our civil liberties are in jeopardy and we are to blame. We have reduced democracy to the right to make and spend money, The Times September 7, 2009 (http://www.timesonline.co.uk/tol/comment/columnists/guest_contributors/article6824027.ecc.).

[1260] The database on financial decisions FIS, which has collected case law in Germany over the last 15 years, contains 8415 decisions mainly from higher courts (Supreme court: 2643), the vast majority concerning consumer issues. (http://www.money-advice.net)

[1261] Dir. 87/104/EEC

assumption that its foundations in consumer protection are proof of its social-mindedness in Principle 60 and repeated in many other parts of the DCFR. (Intr. 11; Principles 2, 6, 11, 40; 46)[1262], one could have assumed that the most protective parts of consumer law, i.e. consumer credit and tenant law, were one of its foundations. But the Acquis group had already been mandated to put together consumer law, with the exception of financial services. Although in their explanation of the scope (Art. 1:101 (3) Acquis), consumer credit contracts are not exempted, in fact their principles do not contain the words *loan, credit* and *debt, usury, default, early repayment, refinancing, exploitation, weakness, needs* or similar notions. Instead, the Acquis principles have created "*disadvantaged consumers*" (articles 2:203; 2:207; 2:208; 2:E01; 2:G01; 2:G02;2:G03 Acquis) whose sole problem is information asymmetry, which can be cured through additional information rights. The disadvantage is explained as being "because of the technical medium used for contracting, the physical distance between business and consumer, or the nature of the transaction". (Art. 2:203 Acquis). Social disadvantages do not exist.

The DCFR expressively excludes in its Part F on *loan contracts (a) those under which a business lends to a consumer; and (b) those where the loan is made for the purchase or maintenance of immovable property.* In addition, the chapter on consumer leases excludes *contracts where the parties have agreed that ownership will be transferred after a period with right of use even if the parties have described the contract as a lease*. (Art. IV. B. – 1:101) and due to its restriction to goods as "corporeal movables" (Definitions) also housing. *Rent of immovable property rights* is only mentioned with regard to a right of withdrawal if concluded at outside the business premises. Although rent contracts for homes are not covered, the principles make clear that their general rules also apply in this field when, in principle 18, they argue that the visitor of a tenant cannot get damages under contract law. Thus the Draft shows that social rights of tenants which protect their social environment and the integrity of their homes (Schutzpflichten zugunsten Dritter) are even excluded by a draft law which claims not to regulate landlord - tenant relations.

### 6.2 The asocial concept of Consumer Protection

This indirect regulation is also true for consumer credit. One of the core elements of consumer credit law is the idea of consumer protection, which in Germany the supreme court as well as the constitutional court have called a constitutional principle, especially with regard to the situation of debtors. In the discussion between an informational approach and a social approach to consumer protection, where market and non-market, informational and social, formal and substantive consumer protection are juxtaposed, the Draft expressively excludes all allusions to a social approach to consumer protection.[1263] The Draft takes sides with the neo-liberal reduction of consumer protection to asymmetric information problems, excluding from the realm of consumer

[1262] This claim is shared by Martijn Hesselink (see FN 44)

[1263] Especially the group led by Norbert Reich, Hans Micklitz, Thomas Wilhelmsson, Geraint Howels, Brigitta Lurger, Klaus Tonner, Iain Ramsay, Tony Williamson, Bernd Stauder, Thierry Bourgoignie and others dominant in the International Association of Consumer Law, have always insisted on the two dimensions of consumer protection. The Kennedy Doctrine as well as the EU alludes to this dimension always by calling it the protection of *economic interests of consumers*. For further discussion see Udo Reifner, Verbraucherschutz im Kreditrecht – Aktueller Stand und Perspektiven, in: Micklitz, H.-W. (Hans-W. Micklitz (Hrsg.) Verbraucherrecht in Deutschland – Stand und Perspektiven, Tagungsband der 1. Bamberger Verbraucherrechtstage 6. – 8. Oktober 2004, 2006, 458 S. 155 - 190; ibid. Verbraucherschutz im Umbruch – Nachhaltigkeit oder Selbsthilfe durch die Hilflosen, Verbraucher und Recht 2004 pp 13-14; Bankenethik und Verbraucherschutz, in Wagner, A./Seidel, C.: Ethik in der Bankenpraxis, Ffm: Bankakademie Verlag 2004, pp 61-94; ibid., Verbraucherschutz und Kreditwirtschaft, in: Sparkasse 2000 pp 554 - 559; Finanzdienstleistungen und Verbraucherschutz in der europäischen Harmonisierung, in: Stefan Grundmann (ed) Rechtsfragen der Europäischen Harmonisierung, Mohr Siebeck: Tübingen 2000, S. 577 ff

law the traditional debtors' protection, as well as question of basic needs, health and access. This, in the same way as the reductionist approach in Directive 2008/48/EC, has had an important impact on social policy in the EU, which is thus gradually replaced by market mechanisms.

While the roots of social consumer protection all lie in the principle of "good morals" or "unconscionability", "ordre public" and "usury", which have historically served as the demarcation line for the asocial outcome of an unlimited freedom of contract, the DCFR instead subscribes to the procedural concept of "fairness" and calls "usury" just "unfair exploitation". It still recalls its origins when it addresses elements of social policy by referring to "economic distress and urgent needs". But it turns the principle upside-down when it converts it into a tort, where the interdiction on such behaviour depends on the fact that this weakness has been "knowingly" "exploited ... by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage."(II.-7:207) It does not state that the weak person needs protection; the wealthy person is punished for "unfair behaviour". The same has happened to the principle of good faith; whereas it had been a means of achieving morally and ethically acceptable outcomes, the DCFR turns it into a mere procedural concept of fair dealing:

*– 1:103: Good faith and fair dealing (1) The expression "good faith and fair dealing" refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question.*"

The moral dimension of social responsibility is thus excluded. The difference between unconscionable behaviour and protection of the weak has been thoroughly elaborated and discussed in German jurisprudence, when distinguishing between the outdated article on individual exploitation (Article 138 (2)), which has now literally been taken up in the DCFR (= II.-7:207)) and the new principle of "social exploitation" out of "good morals" in Article 138 (1) BGB[1264] similar to *ordre public* in French law. Both are not mentioned in the Draft. This view in contract law has even got constitutional acknowledgement. Instead, the Draft leaves this out and opts for efficiency. It is exactly this principle of efficiency which has been used by neo-liberals against usury protection and responsible credit. Rate ceilings, as developed out of "good morals" in Germany, are viewed as "ineffective", since they are said to restrict offers to vulnerable consumers on the market. The efficiency theory argues that rate ceilings will inevitably lead to the exclusion of the poor from credit, as well as jobs and homes. Empirical evidence reveals instead that countries like the UK and America, without significant rate ceilings, minimum wages or rent limitations and any other social consumer protection, have the highest exclusion rates among industrialised nations, while Germany and especially France, with a significant system of rate ceilings (*taux d'usure, Wuchergrenze*), minimum wages (*SMIC, Mindestlohn*) and rent limitations (*Vergleichsmiete*), face much less social exclusion.

The consumer model of the DCFR builds its claim to consumer protection on a concept in which consumption does not play a role at all. While consumption is a process where human needs are

[1264] For a description in English see Udo Reifner „Good Faith": Interpretation or Limitation of Contracts? The Power of German Judges in Financial Services Law, in:.Brownsworth, R/Hird N.J./Howells, G. Good Faith in Contract, Ashgate:Dartmouth 1999 pp 269 - 310; Bundesgerichtshof Neue Juristische Wochenschrift 1986, 2564; 1988, 1659; 1995, 1019; 1991, 834; Erman-Palm, BGB 12th ed 2008 §138 No. 96 ff; Goedefroid, Verbraucherkreditverträge, 3rd ed. 2008 No. 335 ff; Derleder/Knops/Bamberger-Artz, Handbuch zum Deutschen und europäischen Bankrecht, 2004 §26 No. 2 ff; Schimansky/Bunte/Lwowski-Gundlach, Bankrechtshandbuch, Vol. 1, 3rd ed 2007 §82 Rdn. 11 ff; Bülow, Sittenwidriger Konsumentenkredit, 3rd ed 1997; Reifner, Handbuch des Kreditrechts, 1991 S. 113 ff

satisfied by *using* (not *acquiring*) products and services, its focus on the informational model (Principles 7,8,9) and the rational buyer (Rule I. – 1:104) excludes a view based on needs and social policy issues. Consequently, a consumer is not someone who consumes, but someone who lacks commercial interest in the transaction (Rule I. – 1:105). This concept is designed to further competition and rational choice. Whether they suffice to protect the social interest of consumers as borrowers or tenants, is more than questionable. Because the definition of consumer protection in the DCFR has been developed without taking into account the present state of social policy interventions in markets and has also neglected any form of collective protection of workers and consumers, it can masquerade as caring for weaker parties. But this is only by definition and model thinking. A millionaire buying goods from a small business is indeed technically the weaker party. But this does not prove that the DCFR provides a basis for social consumer protection rules, which are dominant in national consumer credit and tenant law.

This tendency becomes quite clear when analysing the strange emphasis the DCFR has laid onto the right of withdrawal (Intr. 29, 62; Principle 20; Rules III. – 5:106 III. – 5:118 46; II. – 5:101-106; II. – 5:201; II. – 9:410; VII. – 7:101; II. 3- :103; II. - 3:106; II. – 5:104-105III. – 5:118 II. – 5:201; II. – 3:109; II. – 5:105-106; II. – 5:201; II. – 5:102-104; II. – 3:102-103; II. – 3:105-106; II. – 5:105; II. – 5:106; II. – 5:102-103; II. – 5:105; II. – 3:104). This feature has been developed into one of the main pillars of its consumer approach. This is all the more astonishing, as such rights have already existed for a long time, but there is no empirical evidence that they have had any considerable impact on consumers and markets in the past; in consumer credit especially, it has remained unused.

Its merits are more ideological than practical and are not particularly social. The right of withdrawal nourishes the assumption that rational choice would solve most consumer problems, because the market already offers adequate solutions, which only have to be found and selected rationally in due time. But in consumer credit, as in labour and tenant law, neither adequate products (affordable and accessible responsible credit, job offers, affordable homes) nor sufficient access exist for those who need the protection of the law. Problems that arise after conclusion of the contract are seldom a function of foreseeable events which could have been evaded by rational choice.

On the contrary, the right of withdrawal helps the wealthy to monopolise such offers, while, for the less fortunate, the choice remains limited, which again creates exploitation of need and lack of access because of poor quality and high prices, called "risk based pricing." Social policy in the EU is concentrated at DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, where DG Health and Consumer Protection could easily have asked for cooperation since it renounced dealing with overindebtedness and handed it over to this Department in 2000. Also the enormous amount of anti-usury rules in national law which are not concentrated in the excluded area of consumer credit, but in general contract law, have also been ignored in this Draft.[1265]

Its claim to exclude consumer credit does therefore not justify the omission of the general principles of debtors' protection for money claims, which are the core of social consumer protection in consumer credit and tenant law. Absolute rate ceilings, relative ceilings, restrictions on pricing

[1265] The forms of usury restrictions in the EU are presently under the scrutiny of a project tender of DG Internal Market n° MARKT/2009/08/H which will lead to a report in 2010

and offers under unfair exploitation and unfair competition, administrative restrictions, regulated default interest rates, restrictions on penalties and fees, rules for interest compounding and limitations for variable rates together with restrictions on lending and borrowing through admission and supervision or restrictions on garnishment and the development of personal bankruptcy are all part of a vast system which has modernised the ancient rules on usury and exploitation.[1266] With neglect of social rights of tenants and debtors to be saved from the immediate consequence of income problems, the DCFR states under III. – 3:301: *Enforcement of monetary obligations (1) The creditor is entitled to recover money payment of which is due.* A European contract law which does not even mention price regulations, protection against acceleration of debts or unilateral early termination of rent, labour and credit contracts disregards the importance public interest has gained in modern contract law and reflects the status quo more than 100 years ago. It will not be able to convince people that unification is a valuable goal.

### 6.3 The Impact for General Contract Law

If consumer and debtors' protection are excluded, together with consumer credit, labour and tenancy law, there is no place left for social contracts within a future contract code. But already in Principle 16 we recognised that the authors do not want to omit these contractual areas in general, but only their socially protective parts. In all other legal questions concerning of social contracts general contract law shall apply.

This is also true if we analyse the technical modernity of the loan regulation. The DCFR defines a loan as *a contract by which one party, the lender, is obliged to provide the other party, the borrower, with credit of any amount for a definite or indefinite period (the loan period), in the form of a monetary loan or of an overdraft facility and by which the borrower is obliged to repay the money obtained under the credit, whether or not the borrower is obliged to pay interest or any other kind of remuneration the parties have agreed upon.*

This definition keeps consumer credit away from the other social contracts by using an outdated definition (see the old Article 607 BGB, abandoned in 2002) in which the main obligation of the creditor is *to provide the borrower with credit for the amount, in the manner and for the period determinable from the contract.* (IV.F. – 1:102). Instead in labour and tenant law the obligation is to make the *use* of the labour force, as well as of the leased goods available to the other party and keep them in a usable form. While the Draft does not even recognise these elements in its definition of the lease of goods (IV. B. – 1:101), guaranteeing the use of an item is one of the core elements which have historically marked the obligations of the lessor.

The misunderstanding of credit as a spot contract where money is exchanged with money (*pay and repay*) has already been abandoned in Directive 87/104/EEC and now in Article 3 of Directive 2008/48/EC. The return to an outdated definition threatens the core element of social contracts:

---

[1266] For an overview see Whitford, B./Ramsay, I./Niemi-Kiesiläinen, J. (eds). Consumer Credit, Debt and Bankruptcy: Comparative and International Perspectives Hart Pub. UK 2009 pp 105-128; Reifner, U; Niemi-Kiesilainen, J.; Huls, N.; Springeneer, H. Study of the Legislation relating to Consumer Overindebtedness in all European Union Member States - Contract Reference No. B5-1000/02/000353, Brussels 2003; Niemi-Kiesilainen, J./Ramsay, I/Whitford, W.C. (eds.) Consumer Bankruptcy in Global Perspective, Hart Publishing Portland 2003; Udo Reifner, Janet Ford, J. (eds), Banking for People, Vol. 1 Social Banking and New Poverty, Vol.2 Unemployment and Consumer Debts, de Gruyter: Berlin New York 1992

lifetime. In social contracts concerning labour, tenant and consumer credit, creditors and debtors have to deal with human life time, which again is dependent on needs and social circumstances.[1267] If time is only seen as accessory, the social dimension of human life has no anchor in contractual relationships, i.e. the genetic synallagma.

In the French civil code, loans are already divided into loans for use, which would be called a lease, and loans for consumption (Art. 1874 CC) which include money loans. (Art. 1895) In both instances the lender has to guarantee the use. According to Art. 1891, which is applicable to both forms of a loan (Art. 1898), the lender has also the obligation to protect the borrower from *such defects that it may cause harm to the person who uses it*, *... where he knew of the defects and did not warn the borrower."*

Thus French law had already developed the renting of labour and things into the use of money, which offers the basis for what in this essay is called a social contract. But the deviating defintion in the DCFR relates to old German law, which again took up a distinction in Roman law between money lending and renting of other things. While labour contracts and rent contracts were already mutual contracts in Byzantine and Roman law (*locatio conductio operarum and rei*), "renting" money was seen as a form of usury.[1268] This is why loan contracts (Darlehen, mutuum, prêt, prestito) were contracts with unilateral obligations only. In Roman law, interest was not due unless it was stipulated in a separate contract[1269] a rule which is still visible in French law (see Art. 1905 ff) The Code reflects the restrictions on interest when it says in Art. 1907: *"Interest is statutory or conventional. Statutory interest is fixed by statute. Conventional interest may exceed statutory interest whenever a statute does not so prohibit." Interest,* just as rent or wages are not just a product of the synallagma, but depend on external factors which show its social dimension.

Instead, the DCFR creates an even automatic obligation of paying interest independently from the contractual synallagma.

*IV.F. – 1:104: Interest (1) The borrower is obliged to pay interest or any other kind of remuneration according to the terms of the contract. (2) If the contract does not specify the interest payable, interest is payable unless both parties are consumers.*

It even aggravates the situation for the borrower with respect to national law when it creates certain assumptions, such as:

*(3) Interest accrues day by day from the date the borrower takes up the monetary loan or makes use of the overdraft facility but is payable at the end of the loan period or annually, whichever occurs earlier.*

---

[1267] Luca Nogler/Udo Reifner, Lifetime Contracts – Rediscovering the Social Dimension of the Sales Contract Model, Jubilee Thomas Wilhelmsson, Helsinki JFT 3–4/2009 s. 437–455; Luca Nogler/Udo Reifner Der menschliche Makel – Principles of European Contract Law zwischen Merkantil- und Dienstleistungsgesellschaft, in: Thomas Dieterich, Katsutoshi Kezuka, Martine LeFriant, Luca Nogler, Heide Pfarr, Festschrift Ulrich Zachert, Baden-Baden 2009 pp 54-74

[1268] But already the *locatio conductio specialis* incorporated the rent of such items which were interchangeable and therefore could be repaid by an equal amount from the same genus. In so far the *locatio conductio* is also the model for money loans.

[1269] D.19.5.24 (Africanus)

The DCFR even abandons the historical principle of anatocism, which prevails in most continental jurisdictions (see Art. 248, 289 BGB[1270]; Art. 1154 and 1155 Code Civil; Art. 1283 Codice Civile[1271])

*(4) Interest payable according to the preceding paragraph is added to the outstanding capital every 12 months.*

These are only randomly selected examples of how this DCFR will affect the system of consumer credit regulation in Europe.

### 6.4 The Failure to provide answers for responsible credit

The DCFR is loquacious in so far it regulates new forms of contracts, important for some areas of the economy but not for consumers. It also goes into detail where, for example, duties of borrowers are defined: *(1) Where the credit takes the form of a monetary loan, the borrower is obliged to take up the loan in the manner and for the period determinable from the contract. (2) If the time the borrower is to take up the loan is not determinable from the contract, the borrower is obliged to take up the loan a reasonable time after the lender's demand (IV.F. – 1:103:)*

But with respect to issues concerning social contracts the DCFR is tacit. We would like to demonstrate this with respect to the principles of responsible credit, which the international coalition for responsible credit has developed world-wide in order to create a system of adequate consumer credit regulation. The DCFR does not even match with one of its obligations and even fails to address those social problems and situations which have already attracted attention within national regulation.[1272]

The first principle of responsible credit states: *Responsible and affordable credit must be provided for all. It* concludes that *banks should not discriminate and should provide real access to credit and be supervised*. While the DCFR has anti-discrimination rules, none of these rules touch on the core problem of discrimination in credit relations, which is social discrimination for existing debt or a lack of liquid assets and income.

The second principle requires that *credit relations have to be transparent and understandable*. The DCFR, so proud of its informational consumer protection model, is astonishingly silent on this matter. The principles enumerate several instruments: the "one-price" disclosure, which in consumer credit would require an APRC, which covers all cost (including those of annexed services) and social transparency in which the burden derived from the obligation is made visible with respect to future income.

Further effective reflection time is required which would need a binding offer, instead of right of withdrawal whose execution is hindered by the duty to repay, since it is only effective after the credit has already been received.

The fourth element of this principle, *independent advice*, is only granted once in the Draft, namely to a security provider in order to protect himself from a borrower's and not from a creditor's behaviour (Art. IV. G. – 4:103 (3)).

---

[1270] See Udo Reifner, Das Zinseszinsverbot im Verbraucherkredit, Neue Juristische Wochenschrift 1992, 227 ff

[1271] See for its rigorous application in Italy, Supreme Court decision 17 October 2000 n. 425

[1272] See Reifner, U; Niemi-Kiesilainen, J.; Huls, N.; Springeneer, H. Study of the Legislation relating to Consumer Overindebtedness in all European Union Member States - Contract Reference No. B5-1000/02/000353 2003.

An obligation of seeking advice is imposed on investment agencies if they have been entrusted but lack, the necessary professional skills. (X. – 6:107 1 b))

The duty of advice is the core element of effective consumer protection in the informational model. Its omission takes credibility from its legitimacy. Ordinary consumers do not use blank information, but have to have it transformed into a usable form, through advice. But the Draft, which sees such necessities only in the special case of wealthy investors, provides rights and duties only for those who have already had the benefit of advice. Only in this case, a regime of strict liability has been introduced. (VI. – 2:207).

The third principle requires what has been called responsible lending: *lending has at all times to be cautious, responsible and fair*. In this principle, *credit and its servicing must be productive for the borrower. No lender should be allowed to exploit the weakness, need or naivety of borrowers. Early repayment, without penalty, must be possible. The conditions under which consumers can refinance or reschedule their debt should be regulated.*

The Draft, instead, has much regard for the rights of the creditor in default, for early repayment, but lacks any interest for those who have problems repaying their debts.

Principle 4 contains one of the core elements of social contracts: *Adaptation should be preferred to credit cancellation and destruction. There is a need for effective protection against unfair credit cancellation. Default charges should be adequate to cover losses only.*

The Draft contains something which could be labelled as a form of the *clausula rebus sic stantibus,* which have been used in the history of long-term relations to adapt contractual duties to changing living conditions, in old age pensions or in case of divorce. Instead, the Draft again reduces this right of the weaker party to money claims in which the duty of the debtor becomes *so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation.* The word "adaptation" is then used also for filling holes in cases of misunderstanding (II. – 7:203) While the *clausula rebus sic stantibus,* starting with cases of high inflation, has been developed into a whole system of remedies, workers, tenants and borrowers can apply to adapt social contracts to the requirements of their lives, the DCFR has reduced it to a quantitative adaptation in cases of error.

With respect to principle 5, which states that *Protective legislation has to be effective i.e. cover all non-commercial users, all commercial forms of credit provision, the whole process of credit extension, as experienced by its users and encourage efficient social and economic effects of credit extension,* nothing can be found in this DCFR, although the authors claim to base their system on consumer protection. It is common ground that real consumers have difficulties in enforcing their rights, that in social contracts, collective elements such as class actions or representation by collective organisations is necessary. Protection of the weaker parties in social contracts has been managed quite often by a redistribution of the duties to provide evidence and a limitation of possibilities for out-of-court enforcement remedies for suppliers, landlords and employers.

The sixth principle stating that *Overindebtedness should be a public concern,* is neglected in the same way, as unemployment and homelessness are not considered to be worth mentioning in a European civil code for the future.

The same is true for the effectiveness of redress mechanisms, which should be offered to the

weaker parties in a contractual system. No 7 of the principles of responsible credit says: *Borrowers must have adequate means to defend their rights and be free to voice their concerns* requires *adequate individual as well as collective legal procedures to enforce borrowers' rights* and means to create public concern and *awareness for a fair and responsible distribution of credit.*

Procedural provision have indeed been excluded explicitely from the scope of the DCFR. But this is a misrepresentation of its contents. For example the right of withdrawal as well as the burden of prove and many other rules of the civil codes are in fact procedural decisions build on the structure of how substantive rights are construed. The questions of enforcement of rights should have therefore been addressed more openly and directly.

## 7. Conclusion

If the DCFR – as was originally the case with the German BGB – is only functional with regard to the market principle and is not oriented towards protecting the personality of the debtor and his or her *lifetime,* the logic of social contracts such as labour contracts, tenancy and consumer credit contracts will have difficulty resisting the pressure for deregulation. If Martin Hesselink is right when he states in his expert report for the European parliament[1273] in § 2.3 that «the CFR could become a model law for legislators across Europe», we should not hesitate to revise and complete this Draft which presently is not much more than a European Sales Law based on a special and questionable form of informational consumer protection, where the market is supposed to provide all solutions for everything that social problems can cause.

Lawyers, especially in the civil law countries, using those languages in which their social system has been developed, defined and morally underpinned, should start a joint endeavour to formulate a second DCFR, the Draft Common Frame of Reference for a European Social Contract law, covering long-term contracts in labour, housing, credit and consumption. This law would have to focus on the lifetime of the contract rather than on its conclusion, provide means of adaptation instead of withdrawal and protect human beings against market mechanisms which ignore the changes in life and their social environment.

For this task, the research team will have to show quite different skills and abilities, including sociological, historical and cultural wisdom, social-mindedness and experience with collective elements in law. Trade unions, consumer and tenants organisations, as well as those political parties which support social responsibility of the market economy, should guarantee that such a process can be started and the pressure of quick and one-sided economic integration of the common market does not encourage a blind implementation of the present Draft.

[1273] Martijn Hesselink, The Values underlying the Draft Common Frame of Reference: What role for Fairness and "Social Justice", Study for the European Parliament 2008 PE 408 312 IP/A/IMCO/ST/2008-11 - IP/C/JURI/FWC/2006-211/Lot3/C1/SC2.

# Le "energie da lavoro" tra soggetto e oggetto*

Maria Vittoria Ballestrero

Premessa 350
1. Il lavoro come merce 350
1.1. Il contratto di lavoro tra locazione e compravendita 350
2. Il lavoro non è una merce 353
3. Il lavoro è inseparabile dal lavoratore in carne ed ossa 355
3.1. Da proprietario a produttore: il lavoratore secondo il codice civile del 1942 355
3.2. La Costituzione e i diritti del lavoratore come persona: un percorso a tappe 356
3.3. Lo Statuto dei lavoratori: ascesa e crisi di un modello di garanzia dei diritti del lavoratore 357
4. La persona "maschera" del corpo 358
4.1. Una considerazione a margine: il corpo delle donne 359
5. Il lavoro tra soggetto e oggetto e la nuova mercificazione del lavoro 360

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 99/2010

## Premessa

Il tema cui allude il titolo che i curatori di questo volume hanno scelto per il mio contributo può essere affrontato percorrendo due diverse strade: l'analisi puntuale e dettagliata della complessa normativa che regola il lavoro, con particolare riguardo ai diritti della persona del lavoratore subordinato; oppure la riflessione sul percorso seguito dalle dottrine giuridiche per portare il lavoro fuori dal diritto dei beni, negandone la mercificazione senza negare il mercato. La brevità del mio contributo mi ha indotto a scegliere questa seconda strada; la scelta è stata indotta, tra l'altro, dalle nuove fortune che l'espressione «il lavoro non è una merce» conosce negli scritti sullo stato del mercato del lavoro nel nostro paese[1274].

## 1. Il lavoro come merce

Lo studioso del diritto del lavoro, anche alle prime armi, che si ponesse oggi la domanda se il lavoro sia una merce, o se una merce sia il lavoratore, o tutti e due, troverebbe una risposta del tutto scontata. Eppure, a questa risposta si è arrivati attraverso un lungo percorso, che partendo dalla prima legislazione sociale del tardo ottocento, e snodandosi attraverso le concezioni del contratto di lavoro e l'evoluzione dello statuto protettivo del lavoratore, ha visto il progressivo distacco del diritto del lavoro dal diritto civile (dei beni, in particolare) nel cui alveo è nato.

L'ipotetica domanda formulata sopra ne implica necessariamente un'altra: è separabile il lavoro (come entità, o come bene-oggetto) dalla persona che lavora? Ancora una volta la risposta negativa appare oggi scontata al giurista del lavoro. Ma, ancora una volta, questa risposta costituisce l'approdo (non pacifico e non privo di contraddizioni) di un lungo percorso, che non è possibile ricostruire in questa sede[1275]. Vale tuttavia la pena di soffermarsi brevemente sulle prime tappe del percorso, perché è proprio agli albori del diritto del lavoro che le questioni evocate dal titolo di questo contributo si sono poste, e le risposte date allora hanno condizionato non poco gli sviluppi successivi della disciplina.

### 1.1. Il contratto di lavoro tra locazione e compravendita

Il diritto del lavoro non esisteva ancora, ma il contratto di lavoro era già noto alla legislazione della fine del secolo XIX e nella prassi; era invece sconosciuto al codice civile del 1865, che conteneva solo tre disposizioni (gli artt. 1570, 1627, 1628)[1276] cu il giurista potesse fare appello per trovare

---

[1274] V. ad es. GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*[2], Bari, Laterza, 2009.

[1275] Alle principali ricostruzioni di questo percorso farò riferimento nelle note. Fin d'ora cfr. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. di. proc. civ.*, 1982, 1117 ss., ora in MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, 123 ss. Allo scritto di Mengoni fa ampio riferimento MAZZOTTA, *Ragionare per modelli: conciliare lavoro e non lavoro nella crisi economica. Spunti per una discussione*, in BALLESTRERO, DE SIMONE (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Torino, Giappichelli, 2009, 3 ss., cui può rinviarsi per un'efficace sintesi dell'evoluzione del "modello antropologico" di lavoratore assunto dal diritto del lavoro.

[1276] Sulle orme del *Code Napoléon* (artt. 1708 ss., *louage d'ouvrage et d'industrie*), nell'ambito dello schema della *locatio* (godimento temporaneo di una cosa in cambio del prezzo), l'art. 1570 definiva la locazione delle opere come «contratto per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede». L'art. 1627 prevedeva poi tre principali specie di locazione di opere e d'industria: quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio; quella dei vetturini sì per terra come per acqua, che s'incaricano del trasporto delle persone e delle cose; quella degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo. L'art. 1628 vietava infine la perpetuità del vincolo obbligatorio, disponendo «nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa».

una cornice dentro la quale comprendere e spiegare le discipline di diversa fonte (dagli usi aziendali, ai primi concordati di tariffa, alla "giurisprudenza" probivirale, alla scarna legislazione sociale di fine secolo), che in concreto regolavano i rapporti tra industriali e operai salariati. Al contratto mediante il quale «le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio» il codice faceva riferimento come a *species* del *genus* locazione (la *locatio operarum* della tradizione romanistica)[1277].

Per restare entro la cornice segnata dal codice era necessario risolvere almeno due fondamentali questioni. In primo luogo, essendo vietato fare del corpo umano l'oggetto di un contratto, era necessario separare il lavoro dal corpo di chi lo produce, farne cioè un "bene", suscettibile di essere oggetto di scambio. In secondo, ma non secondario, luogo, era necessario instaurare una relazione tra la nascente legislazione sociale (legislazione di tutela delle donne e dei fanciulli; disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro) e un rapporto obbligatorio mediante il quale un soggetto si vincola a prestare il proprio lavoro a vantaggio di un altro soggetto in cambio di un salario. Si trattava in sostanza di risolvere la contraddizione tra libertà contrattuale del lavoratore, contraente formalmente eguale, e legislazione sociale, che presupponeva invece la debolezza contrattuale dell'operaio dell'industria bisognoso di tutela a fronte del prepotere economico del datore di lavoro. L'interrogativo al quale dare risposta era allora se la legislazione sociale dovesse essere vista come normativa di ordine pubblico che opera sull'esterno del contratto di lavoro, senza alterarne la struttura di incontro di volontà libere ed eguali (era la tesi di Lodovico Barassi, sviluppata nella prima edizione del 1901, ma anche nella seconda monumentale edizione del 1915-1917, del volume sul contratto di lavoro)[1278], o invece come fonte eteronoma che disciplina il contratto di lavoro, riscrivendo i termini dello scambio profitto-salario (all'epoca, era questa la tesi di Francesco Carnelutti)[1279].

Definito ironicamente da Umberto Romagnoli un "fatuo litigio" «tra giusprivatisti con l'*hobby* dei problemi giuridici del lavoro dipendente»[1280], il confronto tra la concezione del contratto di lavoro come contratto di compravendita delle energie di cui il lavoratore è proprietario, e la riconduzione del contratto allo schema della locazione delle opere della classica ricostruzione di Barassi, era invece un confronto serio, almeno nei limiti in cui può esserlo una controversia tra giuristi, convinti della necessità di risolvere il problema della qualificazione della fattispecie entro i limiti della compatibilità con il sistema del codice civile.

Lo schema della compravendita pareva a Carnelutti funzionale, nella sua essenzialità, a «isolare l'essenza vera del rapporto nel suo primordiale significato economico», e a fungere da «azionatore della normativa eteronoma». Poiché il corpo umano non può essere l'oggetto del contratto, Carnelutti individuava l'oggetto del contratto nelle "energie", che si distaccano dal corpo umano

---

[1277] Ma, nota MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa*, in MENGONI, *Il contratto di lavoro*, a cura di M. NAPOLI, Milano, Vita e Pensiero, 2004, p. 7, nel codice la *locatio operarum* è assunta in significato diverso da quello della tradizione romanistica, dove costituiva un'estensione della *locatio hominis*, nella quale l'uomo libero che si obbliga all'altrui servizio in cambio di denaro *locat se*.

[1278] BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1901; *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, seconda edizione interamente rifatta, 2 voll., Milano, Società editrice libraria,1915-1917.

[1279] È la nota posizione di F. Carnelutti, che restituisce l'immagine di un operatore economico che «toglie qualcosa al suo patrimonio come il mercante che vende le sue merci»: CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, XI (1913), 384 ss., e in *Studi di diritto civile*, Roma, Atheneum, 1916, 238.

[1280] ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, Il Mulino, 1995, 53.

e si esteriorizzano: energie che il lavoratore vende al datore di lavoro, e di cui il datore di lavoro diviene proprietario (o, meglio, titolare del loro godimento esclusivo)[1281]. La costruzione del contratto di lavoro come vendita non era certo priva di coerenza logica: una volta distaccate dal lavoratore che le eroga, le "energie" potevano essere considerate come merce oggetto di scambio[1282]. Ma questa costruzione non era destinata al successo: probabilmente perché in diritto – come ha rilevato Mengoni – l'astrazione del bene dalla persona non si riesce a fare in maniera così drastica come in economia[1283].

«Di fronte ai convulsi dibattiti che rivendicavano un deciso intervento del legislatore al fine di offrire al *diritto operaio* un Codice permeato di socialità, in opposizione al codice civile», mentre il giovane Carnelutti mostrava (specie negli scritti in tema di infortuni sul lavoro) di saper cogliere l'intreccio tra diritto pubblico e diritto privato, Barassi invece offriva «come unico viatico per la nuova disciplina il silenzio e la fierezza di un'appartenenza da non porre in discussione, l'appartenenza al diritto civile»[1284]. Dopo il tentativo condotto con la prima edizione del *Contratto di lavoro*, nella quale non era riuscito a fornire un soddisfacente schema di *locatio operis* capace di separare il contratto di lavoro dal diritto delle merci, Barassi costruiva la teoria del contratto di lavoro nella seconda edizione completamente riveduta (1915-1917)[1285], risentendo certamente dell'influenza della fondamentale opera di Philipp Lotmar (i due ponderosi volumi sul contratto di lavoro del 1902-1908)[1286].

In aperta e aspra polemica con Carnelutti, Barassi riconduceva il contratto di lavoro nel tipo unitario della locazione (concessione a titolo oneroso del godimento di energie da qualunque fonte provengano), distinguendo tra *locatio operis* e *locatio operarum* per il fatto che, mentre nella prima la gestione del lavoro viene effettuata in forma autonoma dal lavoratore, nella seconda la gestione dell'attività si accentra nel creditore di lavoro che se ne accolla il rischio, e il corollario più importante consiste nella subordinazione del lavoratore alla controparte[1287]. Il vincolo di subordinazione (in senso giuridico-formale) qualifica la promessa stipulata da prestatore di lavoro, consentendo di distinguere, all'interno dello stesso tipo contrattuale, la locazione delle opere da quella dell'opera.

Forte dell'autorità di Lotmar, per cui «il dispiegamento di energie non è un'attribuzione patrimoniale», e convinto dell'inseparabilità del lavoro dall'uomo, Barassi identificava l'oggetto dell'obbligazione con il suo contenuto, vale a dire la prestazione promessa dal debitore. Se la promessa

---

1281 PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro. I. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Milano, Giuffrè, 2006, 487 ss.

1282 MENGONI, *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del "contratto di lavoro"*, in MENGONI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 122. Per i rapidi accenni nel testo alla concezione barassiana del contratto di lavoro ho fatto largo uso di questo bel saggio, l'ultimo credo, dell'illustre giurista scomparso qualche anno fa.

1283 Ancora MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa*, cit., 8.

1284 CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto del lavoro in Italia tra otto e novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, 179.

1285 Cfr. l'attenta rilettura di questa seconda edizione di CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, Giuffrè, 1994, 331 ss.

1286 GAETA, *Lodovico Barassi, Philipp Lotmar e la cultura giuridica tedesca*, in NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. "Il contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano, Vita e Pensiero, 2003, 159 ss.

1287 SCOGNAMIGLIO, *Contratto di lavoro e locazione d'opere*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, cit., 99.

del lavoro è termine di scambio, la personalità del lavoro può conciliarsi con il concetto economico di scambio (e quindi di mercato): «la persona del lavoratore rientra nella posizione contrattuale nei limiti del concetto di obbligazione»[1288]. La subordinazione dunque è liberamente voluta dal lavoratore e dedotta in contratto: e in ciò può anche vedersi un'elementare garanzia di libertà del lavoratore.

Conservatore certo, ma non inconsapevole degli eventi che si stavano svolgendo intorno a lui, Barassi apportava al nascente diritto del lavoro il contributo di una costruzione dogmatica del contratto di lavoro alla quale era acquisito il dato dell'inseparabilità del lavoro dal lavoratore. All'epoca, si trattava di qualcosa in più della semplice umanizzazione della *locatio hominis*; anche se, come è stato giustamente rilevato, nello schema della locazione le energie lavorative, date in uso per non essere restituite, finivano ancora una volta per essere astratte dal corpo che le produce[1289].

Sul ruolo di Barassi, a ragione o a torto considerato il fondatore del diritto del lavoro in Italia[1290], la discussione resta aperta, e non intendo certo affrontarla in questa sede: a me pare, questa sì, una discussione futile, e in più viziata dall'uso strumentale della scelta delle citazioni. Mi pare invece opportuno sottolineare che il suo apporto «alla formazione del moderno diritto del lavoro è racchiuso nell'orizzonte dell'ideologia liberale»[1291], e che dunque la costruzione dogmatica del contratto di lavoro come locazione va apprezzata dentro questo orizzonte.

Provvederanno gli sconvolgimenti sociali determinati dalla Grande Guerra a travolgere quella ideologia: negli anni della guerra e dell'immediato dopoguerra, la legislazione sul lavoro subirà un'accelerazione impensabile solo pochi anni prima, senza riuscire a ricomporre la frattura fra le classi sociali, ma costringendo anche i giuristi a constatare che l'intero edificio della cultura civilistica di derivazione romanistico-napoleonica era ormai avviato alla dissoluzione[1292].

## 2. Il lavoro non è una merce

«Il lavoro non deve essere considerato semplicemente una merce o un articolo di commercio»: suonava così la prima delle "clausole sociali" enunciate dal Trattato di Versailles (1919), nel contesto di altre enunciazioni (art. 427, Pt. XIII), che componevano l'insieme delle tutele rispondenti alle rivendicazioni sociali e sindacali dell'epoca. Il significato della formula non deve essere tuttavia sopravvalutato: in prospettiva poteva acquistare (ed acquistò) un più ampio significato, ma già l'avverbio "semplicemente" denotava la ristretta portata della clausola di *non commodity*.

---

1288 BARASSI, *Il contratto di lavoro*[2], cit., I, 468.

1289 GRANDI, *«Il lavoro non è una merce»: una formula da rimeditare*, in *Lav. dir.*, 1997, 557 ss., qui 574.

1290 I giudizi sul ruolo di Barassi sono variegati: fornisce un esauriente riepilogo di tali opinioni il volume NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro,* cit., e ivi, in particolare, gli interventi di ROMAGNOLI, *"Il contratto di lavoro" di L. Barassi cent'anni dopo,* ivi, 47, e CASTELVETRI, *L. Barassi e l'ideologia liberale*, ivi, 111. Penso peraltro, come Romagnoli, che Barassi non abbia alcun bisogno di essere "rivalutato".

1291 Così MENGONI, *L'evoluzione del pensiero*, cit., 127, il quale – a mio avviso giustamente – precisa che il tipo contrattuale definito dall'art. 2094 cod. civ. vigente, che ha tipizzato la subordinazione come criterio di qualificazione del contratto di lavoro, non corrisponde alla fattispecie generale teorizzata da Barassi.

1292 Così PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro*, cit., 507.

Secondo un'opinione diffusa, alle spalle della clausola di *non commodity* del Trattato di Versailles stava infatti la sez. 6 della legge *antitrust* americana del 1914, nota come *Clayton Act*, inserita per intervento di Samuel Gompers, il potente segretario della AFL – Federazione americana del lavoro – al fine di sottrarre le coalizioni sindacali dall'applicazione delle regole *antitrust*, alle quali i giudici americani invece le sottoponevano, considerando il lavoro *commodity or article of commerce*, e trattando di conseguenza l'azione sindacale come violazione della libertà di commercio. Gompers, che faceva parte della delegazione americana che stilò il Trattato di Versailles, certamente ebbe un ruolo nella stesura della sezione sul lavoro dell'art. 427: del resto, da parte americana la clausola di *non commodity* era ancora interpretata come affermazione del principio di libertà sindacale[1293].

C'è tuttavia chi rinviene radici diverse, più lontane e meno note, dell'espressione «il lavoro non è una merce». Secondo Paul O'Higgins[1294], la paternità dell'espressione è da attribuirsi ad un economista irlandese (il dr. John Kells Ingram, morto nel 1907) che la formulò nel discorso tenuto nel 1880 al Congresso del TUC (*Trade Unions Congress*), pubblicato successivamente. Affermando che il lavoro non è una merce, Ingram voleva dire che il lavoro non può essere considerato un'entità indipendente dalla persona del lavoratore, che il rapporto di lavoro deve poggiare anche su un fondamento etico e non può essere perciò regolato solo dal mercato, che il salario del lavoratore non può essere determinato esclusivamente dal suo valore di scambio, perché deve garantirgli il mantenimento in condizioni di salute e sicurezza fisica e mentale[1295]. Insomma, una concezione non mercantile del lavoro (che ritroveremo anche nell'opera di giuristi di ispirazione cattolica), assai distante da quella propria della tradizione nordamericana.

La *querelle* sulla paternità e sul significato originario è certamente interessante per gli storici del diritto, ma lo è meno per gli studiosi del diritto positivo, per i quali ciò che conta è che l'espressione «il lavoro non è una merce» abbia acquistato successivamente il più ampio significato etico e giuridico di recisa negazione del valore mercantile del lavoro, spostando la protezione dal lavoro in astratto ai diritti fondamentali della persona che lavora, per la quale il lavoro è opportunità di sviluppo della persona umana e di progresso materiale. Possiamo considerare come punto di partenza di questa evoluzione la Dichiarazione di Filadelfia del 1944, dove «il lavoro non è una merce» costituisce il primo dei principi sui quali è fondata l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL)[1296]: formulando questo principio si volle enunciare «un postulato fondamentale di politica protettiva, il cui contenuto rispecchia la definitiva chiusura della controversia economico-liberista sul valore del lavoro come bene (speciale) di mercato»[1297].

---

1293 In argomento cfr. l'accurata ricostruzione di GRANDI, *«Il lavoro non è una merce»*, cit., alla quale ho fatto nel testo ampio riferimento. L'A. rileva che alla disposizione del *Clayton Act* si attribuisce il significato di una prima affermazione, sia pure indiretta, del principio di libertà sindacale.

1294 O'HIGGINS, *«Il lavoro non è una merce». Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind*., 1996, 295 ss. In quel discorso Ingram riecheggiava l'idea di Marx, secondo cui una caratteristica distintiva dell'economia capitalistica è la trasformazione della forza-lavoro in merce.

1295 Secondo O'HIGGINS le idee di Ingram arrivarono sicuramente a Gompers: ma, nota Grandi, si tratta di una congettura che non trova riscontro nell'autobiografia di Gompers: GRANDI, *«Il lavoro non è una merce»*, cit., 561, nota 5.

1296 In occasione della Conferenza generale del maggio del 1944 venne adottata la Dichiarazione di Filadelfia, nella quale furono formulati i principi, gli scopi e gli obiettivi dell'OIL.

1297 GRANDI, *«Il lavoro non è una merce»,* cit., 563.

Come vedremo oltre, la chiusura di quella controversia non è stata sufficiente per chiudere la questione della mercificazione del lavoro, che torna a riaffacciarsi prepotentemente nelle discussioni di questi ultimi anni sulla deregolazione del mercato del lavoro.

## 3. Il lavoro è inseparabile dal lavoratore in carne ed ossa

Se l'inseparabilità del lavoro dalla persona del lavoratore si poteva considerare bene o male acquisita dalla cultura giuridica di casa nostra già prima della Grande Guerra (*supra*, § 1.1), restava invece molta strada da fare per sradicare il contratto di lavoro dal terreno della formale eguaglianza delle parti, immettendo nel *contratto* la considerazione della sostanziale diseguaglianza del lavoratore, ed accentuando il profilo personalistico, ovvero l'implicazione della persona, nel *rapporto* di lavoro: per acquisire cioè – come direbbe Romagnoli[1298] – la consapevolezza che in materia di lavoro si scrive "contratto", ma si pronuncia "rapporto", perché è nella "corpulenta e prosaica realtà del rapporto" che il lavoratore consuma, con tutto se stesso, un'esperienza di vita.

Percorrere questa strada vorrebbe dire fare la storia del diritto del lavoro e della sua progressiva separazione e autonomia dal diritto civile: il tema è oggetto da sempre di dibattito fra gli studiosi del diritto del lavoro e conosce attualmente un nuovo vigore, determinato, da un lato, dalle convergenze sui temi dei diritti della persona e della loro tutela e, d'altro lato, dal riaffiorare di concezioni mercantili del lavoro, oggetto di negoziazione individuale e di scambio nel mercato concorrenziale [1299]. Ma a questa storia non può essere dedicato in questa sede che uno sguardo, tenendo gli occhi puntati sulla questione del rapporto tra lavoratore soggetto e lavoro oggetto del contratto.

### 3.1. Da proprietario a produttore: il lavoratore secondo il codice civile del 1942

Per ciò che qui interessa, la fase che si colloca tra le due guerre culmina nelle disposizioni del codice civile del 1942 dedicate al lavoro, che compendiano l'esperienza del periodo corporativo. Al posto del proprietario di forza lavoro che la offre sul mercato, troviamo ora il *produttore* (imprenditore o prestatore di lavoro, inserito nell'organizzazione produttiva dell'impresa): il contesto è quello della funzionalizzazione dell'autonomia privata all'interesse superiore della produzione nazionale, della responsabilità dell'imprenditore verso lo Stato, e del potere di controllo dello Stato sugli indirizzi della produzione e degli scambi. Nell'art. 2086 cod. civ., nel quale affiora la concezione istituzionalistica dell'impresa, la subordinazione è la dipendenza gerarchica del prestatore di lavoro dal datore di lavoro, capo dell'organizzazione produttiva in cui il lavoratore è inserito. Tuttavia l'art. 2094 cod. civ., della cui stesura è considerato il vero ispiratore Paolo Greco[1300], collega l'obbligazione del prestatore di lavoro (a collaborare nell'impresa, alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore) ad un contratto di scambio, stipulato dal lavoratore: la fonte del rapporto di lavoro è dunque ancora il contratto, e non l'incorporazione del lavoratore in una istituzione ordinata su base gerarchica. Lo schema locativo è sepolto: l'art. 2094 infatti «ha tipizzato la subordinazione come criterio di qualificazione del contratto», trasformando in archetipo quello che per Barassi era un sotto-tipo (della locazione: *supra*, § 1.1.)[1301]; il contratto di

---

[1298] ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., 61.

[1299] Cfr., per tutti, DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Dir.lav. rel. ind.*, 2006, 195 ss.

[1300] GRECO, *Contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI, Torino, Utet, 1939.

[1301] MENGONI, *L'evoluzione del pensiero*, cit., 126.

lavoro subordinato è ora un diverso e autonomo tipo contrattuale. La protezione del lavoratore contraente debole è affidata alle fonti inderogabili di disciplina del rapporto di lavoro: la legge e il contratto collettivo corporativo, efficace *erga omnes*, tagliano lo spazio all'autonomia contrattuale delle parti, ridotta alla sola stipulazione di clausole *intuitu personae* più favorevoli al lavoratore.

Malgrado la premessa concezione gerarchico-autoritaria della subordinazione che qualifica il contratto di lavoro, «il codice del '42 fa emergere, per la prima volta, non un'ideale astratto di persona (…) ma *l'uomo "in carne ed ossa"* e lo fa fondamentalmente inserendo all'interno del contratto interessi non patrimoniali ed aprendo alla predisposizione di risorse pubbliche per la soddisfazione di bisogni primari del lavoratore (invalidità, vecchiaia, etc.)»[1302]. La disposizione più significativa in questo senso è contenuta nell'art. 2087 cod. civ. (obbligo di sicurezza). Vero è, come ricorda ancora L. Mengoni[1303], che già all'inizio del XX secolo la dottrina civilistica, proprio in considerazione del coinvolgimento nel contratto della persona del lavoratore, aveva configurato a carico del datore di lavoro un obbligo contrattuale di protezione, ed un correlativo diritto soggettivo del lavoratore. Ma una cosa è l'opinione della dottrina, altra l'intervento del legislatore: e l'art. 2087 espressamente include nell'area degli interessi non patrimoniali protetti dal contratto la conservazione della salute e dell'integrità fisica, dando così palpabile rilevanza all'implicazione del lavoratore in carne ed ossa nel contratto di lavoro.

### 3.2. La Costituzione e i diritti del lavoratore come persona: un percorso a tappe

Con l'entrata in vigore della Costituzione (1° gennaio 1948) si è aperta una nuova fase nella quale «il diritto del lavoro instaura l'antropologia definitiva del diritto moderno, fissata dall'art. 1 della Costituzione del 1947, che proclama essere il nostro ordinamento "fondato sul lavoro"»[1304]. Più che di una fase, sarebbe corretto parlare di diverse fasi, alle quali dedicherò solo qualche breve cenno, guardando alla sola questione del coinvolgimento personale del lavoratore nel contratto e nel rapporto di lavoro[1305].

Quella stessa cultura giuridica, che si era affrettata a seppellire il diritto corporativo nel tentativo di cancellarne al più presto anche le tracce, si trovò a fare i conti con il nuovo valore fondante che i costituenti avevano attribuito al lavoro[1306]. Non erano conti facili, e comunque furono evitati per un lungo periodo. Fino alla metà degli anni sessanta il diritto del lavoro non ha conosciuto infatti uno sviluppo capace di adeguare la disciplina dei rapporti di lavoro ai nuovi principi costituzionali, che mettono il lavoratore subordinato, e talora il lavoratore *tout court*, al centro di un sistema di garanzie di diritti fondamentali. La disciplina del contratto e del rapporto di lavoro è rimasta in gran parte affidata al codice civile, e le categorie civilistiche hanno fornito i binari entro i quali far correre l'interpretazione; l'ottica è ancora quella della protezione del contraente debole.

---

[1302] MAZZOTTA, *Ragionare per modelli: conciliare lavoro e non lavoro nella crisi economica*, cit., p. 5,

[1303] MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, cit. 130.

[1304] MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, cit., 127.

[1305] Rinvio alla sintesi proposta da MAZZOTTA, *Ragionare per modelli*, cit.

[1306] Sull'art. 1 Cost. (letto in combinazione con l'art. 4 Cost.) cfr. la ricostruzione di PINELLI, *"Lavoro" e "progresso" nella Costituzione*, in *Dir. lav. rel. ind*., 2009, 401 ss., a partire dalla rilettura degli atti della Costituente.

Alteravano tuttavia i consolidati schemi interpretativi, aprendo la strada all'allontanamento del contratto di lavoro dal diritto comune dei contratti, due disposizioni costituzionali in particolare (gli artt. 36 e 37), che la giurisprudenza, non senza qualche incertezza, era arrivata presto a configurare come disposizioni immediatamente precettive e come tali applicabili ai rapporti interprivati, allargando così l'orizzonte della implicazione della persona del lavoratore nel rapporto dalla sola protezione del contraente debole alla considerazione del coinvolgimento in esso della sua intera personalità[1307].

L'art. 37 Cost. (sul quale tornerò brevemente oltre: § 4.1) sancisce l'eguaglianza senza distinzione di sesso nelle condizioni di lavoro: un diritto fondamentale, anzi il più fondamentale dei diritti della persona, limita la libertà contrattuale del datore di lavoro. L'art. 36 Cost. sancisce il diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionale alla qualità e alla quantità del lavoro prestato, ma in ogni caso sufficiente a garantire condizioni di vita decente. La retribuzione resta pur sempre il corrispettivo della prestazione lavorativa, ma giustamente si sottolinea che «nessun altro contratto di diritto privato ritrova all'interno della carta costituzionale i principi-guida per la determinazione di un suo "elemento essenziale" (...). La retribuzione vi è rappresentata, ad un tempo, come trattamento corrispettivo di un contratto di diritto privato ed altresì come provvidenza sociale»[1308]. Per dirlo in altri termini: la determinazione del prezzo del lavoro non è lasciata esclusivamente al mercato, perché la tutela di un diritto del lavoratore (che potremmo dire di "cittadinanza" e meglio, di "cittadinanza sociale")[1309] interferisce col valore di scambio.

### 3.3. Lo Statuto dei lavoratori: ascesa e crisi di un modello di garanzia dei diritti del lavoratore

Con l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970) il diritto del lavoro ha conosciuto una nuova fase, nella quale domina la riconsiderazione del lavoratore subordinato come titolare di diritti fondamentali. Lo Statuto è infatti un *bill of rights*, una Carta di diritti fondamentali e indisponibili, garantita a tutti i lavoratori per i quali la subordinazione aveva significato, fino ad allora, subire la limitazione della propria libertà e sacrificare la propria dignità; una Carta dei diritti sorretta, per garantirne l'effettività, dall'apertura dello spazio al contro-potere sindacale.

Lo Statuto «ridistribuisce all'interno del contratto di scambio poteri ed obblighi (...)». Il contenuto del contratto viene riscritto, «fino al punto di consentire una sorta di sublimazione dei poteri datoriali»[1310]. I diritti sono garantiti al lavoratore subordinato, nell'ottica di un riassetto del contratto di scambio determinato dalla tutela della persona (nella sua complessità di *soma* e di *psiche*), la cui libertà e dignità devono restare al riparo dall'esercizio dei poteri datoriali.

Un'analisi dettagliata dei diritti garantiti dallo Statuto sarebbe fuori luogo in questa sede. Provo solo a richiamarli, classificandoli in tre diverse categorie: (a) diritti della persona (eguaglianza, libertà, dignità, salute e sicurezza) che trovano fondamento nella Costituzione: sono diritti assoluti, e dunque costituiscono un patrimonio della persona, che il lavoratore porta con sé nel contratto; questi diritti preesistono alla posizione di contraente, perché sono riconosciuti al lavora-

---

[1307] SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1967, 173 ss.

[1308] MAZZOTTA, *Ragionare per modelli*, cit., 6.

[1309] Sulla "cittadinanza sociale" cfr. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *Lav. dir.,* 2009, 35 ss..

[1310] MAZZOTTA, *Ragionare per modelli*, cit., 8, citando una nota frase di MENGONI, secondo cui «L'idea-madre dello Statuto è che l'organizzazione tecnico-produttiva dell'impresa deve modellarsi sull'uomo, e non viceversa».

tore come persona e non in quanto parte di un contratto di lavoro; (b) diritti del lavoratore "situato": diritti che il lavoratore ha in quanto contraente di un contratto di lavoro subordinato, e dunque in ragione e a causa della subordinazione cui si obbliga con il contratto (ad esempio il diritto alla professionalità, come diritto ad un percorso professionale non discendente all'interno dell'azienda; la professionalità tuttavia è anche un diritto della prima categoria, in quanto riconducibile alla dignità che il lavoratore porta con sé nello svolgimento del rapporto di lavoro subordinato); (c) diritti di credito a fondamento strettamente contrattuale (nel senso che il contratto è fonte dei diritti in questione, non occasione o "situazione" del loro esercizio). I diritti della prima e della seconda categoria entrano "in azione" a partire dalla stipulazione del contratto, e dunque durante lo svolgimento del rapporto che ne consegue, ma, diversamente dai diritti della terza categoria, preesistono al contratto, nel senso che ne determinano il contenuto legittimo; il loro rispetto regola lo svolgimento del rapporto.

Garanzia dei diritti fondamentali della persona del lavoratore: può sembrare questo il traguardo del lungo percorso che ho tentato di descrivere. E invece non lo è: nei quarant'anni che ci separano dall'entrata in vigore dello Statuto, il diritto del lavoro edificato da quella legge è divenuto obsoleto, così come pare essere tramontato il modello antropologico di lavoratore su cui la legge è costruita.

## 4. La persona "maschera" del corpo

Proprio la constatazione dei profondi cambiamenti intervenuti ha sollecitato nuove riflessioni sulla crisi del diritto del lavoro. In queste riflessioni spicca il contributo di Alain Supiot[1311], che induce a ripensare criticamente al lavoro come attributo della persona implicata nel rapporto di lavoro, che da sempre diamo per acquisito alla cultura giuslavoristica, senza più discuterne le premesse.

Chiedendosi quale sia l'oggetto della prestazione di lavoro che costituisce l'oggetto del contratto di lavoro, Supiot si risponde che non si può fare a meno di riconoscere, anche se la teoria giuridica non lo dice, che si tratta del corpo del lavoratore, del quale il diritto positivo fa la sua pietra angolare, poiché la capacità di lavoro è subordinata ad una capacità fisica e tutte le vicende che incidono su questa incideranno sull'altra: la fatica, la malattia, la giovane età o la vecchiaia. Ma perché la teoria giuridica non dice ciò che per il diritto positivo è chiaro? Perché ripugna ammettere che il corpo umano possa essere oggetto di commercio, mentre il diritto al proprio corpo è un diritto non patrimoniale: per questo la dottrina preferisce sottolineare il ruolo preponderante della persona nell'economia del contratto di lavoro, evitando di separare artificialmente la forza lavoro dalla persona del lavoratore. Tuttavia, prosegue Supiot, questo riconoscimento della persona, ambiguo e pericoloso, porta ad occultare, o a negare, la specifica posizione del corpo umano nel rapporto di lavoro. La "persona" del lavoratore è, come nelle origini romanistiche del termine, la "maschera" dietro la quale si cela la fisionomia di un uomo; il suo corpo è il luogo, il passaggio obbligato dell'adempimento delle sue obbligazioni, è la cosa stessa che forma la materia del contratto. La persona fisica, vale a dire il corpo umano visto come dimensione biologica della persona umana, è un concetto giuridico – conclude Supiot – sufficientemente astratto per rispondere all'idea astratta del lavoro sulla quale è stato concepito il contratto di lavoro. La riscoperta del

[1311] SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, Puf, 1994, spec. 51 ss.

corpo (o, meno crudamente, della persona fisica) come oggetto del contratto di lavoro serve a Supiot per isolare la materialità della prestazione di lavoro dalla soggettività di chi il lavoro lo presta: corpo e persona sono realtà distinte, entrambe coinvolte nel rapporto di lavoro; «relegare il corpo al ruolo di oggetto del contratto significa preservare da ogni contaminazione materiale il soggetto come persona, concentrato di aspetti ideali e umani, "maschera" di se stesso»[1312].

Della *Critique* di Supiot, che investe con una riflessione colta e originale l'intero diritto del lavoro e le aporie che lo travagliano, ho scelto di fermare l'attenzione solo sulla distinzione tra persona e corpo, che consente all'A. di rimettere al centro del contratto di lavoro il lavoratore-oggetto per portare il lavoratore-soggetto fuori dalla subordinazione, recuperandone la libertà e l'autonomia. Non interessa tuttavia discutere in questa sede le intenzioni di Supiot, e neppure i risultati della sua analisi. Interessa invece sottolineare come il ritorno alla considerazione del corpo come oggetto del contratto di lavoro, parso a molti sorprendentemente in contrasto con l'asserzione, ormai data per ovvia, che «il lavoro non è una merce», possa invece costituire uno strumento utile per rileggere la disciplina del contratto di lavoro, guardando con maggiore attenzione alla identità del lavoratore nella sua dimensione biologica.

### 4.1. Una considerazione a margine: il corpo delle donne

Per chiarire il senso di questa affermazione mi limito ad una considerazione preliminare e ad un esempio.

La considerazione preliminare attiene alla rilevanza del sesso, nel diritto del lavoro e nella disciplina del contratto di lavoro. In polemica con chi sosteneva che il diritto del lavoro è una disciplina agglomerata intorno al modello antropologico dell'essere umano appartenente al genere maschile, e nella quale l'essere umano appartenente al genere femminile non esisteva alle origini e non è mai esistito neppure dopo[1313], mi è parso di poter sostenere che la neutralità (al maschile) delle regole generali non ha mai cancellato la presenza di una parte del diritto del lavoro che neutra non era alle origini e a maggior ragione non è attualmente.

L'art. 37 Cost. impone la parità salariale e di diritti tra lavoratori e lavoratrici, ma riserva alle lavoratrici, e specialmente alle lavoratrici madri, una speciale protezione, che deve essere garantita "nelle condizioni di lavoro". L'equilibrio difficile tra parità e tutela del lavoro delle donne è stato oggetto di riflessioni che non possono essere riproposte in questa sede[1314]: qui interessa sottolineare da un lato l'immanenza della regola della parità di trattamento al contratto, che si traduce nel diritto del lavoratore e della lavoratrice a non essere trattati sfavorevolmente in ragione del loro sesso; d'altro lato, la diretta considerazione della maternità, che è funzione e condizione

---

1312 VENEZIANI, *Tre commenti alla Critique du droit du travail di Supiot*, in *Dir.lav.rel. ind*., 1995, 477 ss., qui 481. Gli altri commenti sono rispettivamente di GIUGNI, ivi, 471, e di MENGONI, ivi, 474.

1313 ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., 21, e in polemica con Romagnoli, BALLESTRERO, *Il lavoro delle donne secondo Barassi*, in *Lav. dir*., 2002, 15 ss. Mi pare perciò politicamente scorretto continuare a dire "lavoratore" al maschile per dire lavoratore e lavoratrice. Sarebbe meglio adottare l'uso linguistico anglosassone (*he/she*).

1314 Di ciò ho scritto in più occasioni, a partire dalle riflessioni sull'art. 37 Cost. sviluppate in BALLESTRERO, *Dalla Tutela alla parità. la legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, Il Mulino, 1979, e riprese nei saggi *La protezione concessa e l'eguaglianza negata: il lavoro femminile nella legislazione italiana*, in A. GROPPI (a cura di), *Il lavoro delle donne, Storia delle donne in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 1996, 445 ss.; *La Costituzione e il lavoro delle donne. Eguaglianza, parità di trattamento, pari opportunità*, in M. GIGANTE (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, 75 ss.

specifica ed esclusiva del sesso femminile: considerazione che si traduce nell'attribuzione alla lavoratrice di diritti "diseguali".

Nello sviluppo del diritto antidiscriminatorio interno (ma di stretta derivazione comunitaria), di prima e specialmente di seconda generazione, la considerazione del sesso (in senso biologico) ha, per così dire, ceduto il passo alla considerazione del genere (il sesso nella sua dimensione culturale e sociale) di appartenenza, e l'eguaglianza in senso formale ha ceduto il passo all'eguaglianza in senso sostanziale: non l'eguaglianza tra persone assunte come neutre, ma piuttosto la parificazione, consapevole delle differenze (di genere, come anche di razza, di etnia, e così via) che corrono tra le persone[1315].

Vengo ora all'esempio.

Nell'attuale disciplina del lavoro[1316] sono considerate discriminazioni, e come tali vietate, le molestie che abbiano alla base un fattore differenziale (il sesso, la razza, la religione, l'età, l'handicap, l'orientamento sessuale). Le fonti comunitarie (e anche quelle interne, conformi per questo aspetto) dicono chiaramente che «la discriminazione *comprende* le molestie» (il che significa che le norme antidiscriminatorie si applicano pienamente a queste fattispecie); ma dettano poi definizioni separate della discriminazione (diretta e indiretta) e delle molestie. Le definizioni della discriminazione mettono al centro la comparazione dei trattamenti tra persone dell'uno e dell'altro sesso; le definizioni delle molestie mettono al centro l'offesa alla dignità e alla libertà della persona determinata da comportamenti correlati a fattori di differenziazione: violazione dell'eguaglianza in un caso, lesione della libertà e della dignità della persona nell'altro.

Meritano una considerazione particolare, in questo contesto, le molestie sessuali, definite (art. 26, d.lgs. n. 198/2006, c.d. Codice delle pari opportunità) «comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo». Il comportamento molesto a connotazione sessuale lede un diritto di libertà e dignità immediatamente collegato alla sessualità della vittima[1317]: il sesso (in senso biologico) opera come elemento di raccordo col genere di appartenenza, il rispetto della libertà dell'uno come rispetto della dignità dell'altro. Per dirla con Supiot: la persona offesa come maschera del corpo offeso.

## 5. Il lavoro tra soggetto e oggetto e la nuova mercificazione del lavoro

«La tensione irrisolta tra lavoro-oggetto e lavoro-soggetto continua a percorrere gli itinerari, sempre più contorti di un diritto del lavoro il cui futuro non è assicurato»: così scriveva Mario Grandi nel 1997[1318], e il quadro che aveva di fronte non era ancora quello attuale. Oggi molte disposizioni dello Statuto dei lavoratori sono state modificate, oppure sono lettera morta. Certo restano i diritti individuali di libertà sindacale e di opinione, restano i diritti collettivi di attività sindacale nei

---

1315 Rinvio a quanto ho scritto altrove: BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lav. dir.*, 2004, 501 ss.

1316 D.lgs. n. 215/2003; d.lgs. 216/2003; art. 26, d.lgs. n. 198/2006. In argomento cfr. DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva CE 2002/73*, in *Riv, it. dir. lav,* 2004, I, 399 ss.

1317 Cfr. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, 379 ss.

1318 GRANDI, «*Il lavoro non è una merce*», cit., 577.

luoghi di lavoro, ormai metabolizzati, ma largamente rimaneggiati, dalla contrattazione collettiva: ma le condizioni d'uso sono cambiate nei fatti e nel diritto. Sono cambiate le imprese (delocalizzate, globalizzate, disgregate e "liquefatte"), e soprattutto è cambiata la realtà del mercato del lavoro: ad una parte di questo mercato, quella dei lavoratori autonomi, degli associati in partecipazione, dei soci di lavoro, lo Statuto non si applica; la parte di gran lunga maggiore del mercato è occupata tutt'ora dai lavoratori subordinati, ma la precarietà del rapporto e la scarsa capacità rappresentativa del sindacato rende quanto meno dubbia l'effettiva garanzia dei diritti sanciti dallo Statuto per la quota numericamente rilevante (e crescente) occupata dai lavoratori a termine (con contratto tipico o atipico). Ancora, c'è il mondo delle piccole e micro-imprese, incluse quelle che lavorano nelle catene dei sub-appalti, dove il lavoro è spesso nero e non riesce ad emergere: e quei lavoratori (fra i quali abbondano gli extra-comunitari, sempre più esposti al ricatto della perdita del lavoro) non sono in grado di rivendicare i diritti garantiti dallo Statuto.

Molte sono le ragioni di questo stato di cose, analizzate dalla letteratura anche giuridica di questi anni, alla quale si può senz'altro rinviare. Le opinioni sono ovviamente diverse; per parte mia ritengo non si possa negare che il processo di disgregazione del lavoro nella frammentazione attuale in molti lavori e lavoretti iperflessibili e precari sia stata favorita dall'aver fin da tempi ormai remoti accettato di regolare il lavoro a misura delle esigenze di flessibilità delle imprese; dall'aver accettato che fosse il mercato a dettare le regole al legislatore e non il legislatore a dettare le regole per il mercato.

Il nesso tra flessibilità e ri-mercificazione del lavoro, spiegato da Luciano Gallino[1319] con la chiarezza che gli è propria, emerge in tutta evidenza nel lavoro a chiamata e nel lavoro somministrato (volgarmente detto "in affitto"): nel primo caso il lavoratore assicura la propria disponibilità a essere convocato in certe ore del giorno o in certi giorni della settimana, e per il resto del tempo resta in attesa della chiamata (come l'idraulico o il fornitore di acqua minerale); nel secondo caso il lavoratore viene "fornito" dal suo datore di lavoro formale (il somministratore) ad un altro soggetto che ne utilizzerà la prestazione. Nell'un caso come nell'altro il lavoro è scambiato come un bene qualsiasi: una merce, appunto.

Ma c'è un fenomeno di mercificazione del lavoro, posto sotto gli occhi di tutti che dalle cronache recenti, che sembra riportarci a quella difficile distinzione tra *locatio hominis* e *locatio operarum* da cui erano partiti i civilisti che all'inizi del XX secolo si erano dedicati allo studio del contratto di lavoro. Mi riferisco al mercato del lavoro nero, popolato di uomini e donne, extracomunitari bianchi e sopratutto neri: lavoratori-oggetto e non soggetti, non persone, perché i diritti fondamentali delle persone sono negati a chi, spinto dal bisogno, è disposto ad accettare condizioni di lavoro e di vita ormai inaccettabili per i lavoratori "cittadini".

---

[1319] GALLINO, *Il lavoro non è una merce*, cit.

# L'abbigliamento nei luoghi di lavoro: dalla tuta blu al velo usa e getta*

Maura Ranieri

1. Introduzione. 363
2. Definizione del campo d'indagine. 365
2.1 Le nozioni di "luogo di lavoro" e di "abbigliamento". 365
2.2 La dimensione giuridica. 367
2.3 Il contesto nazionale. 370
3. Abbigliamento e rapporto di lavoro: i limiti generali al potere datoriale. 375
3.1 Un limite generale di fonte contrattuale: la causa. 375
3.2 Un limite generale di fonte legale: la tutela della personalità morale ex art. 2087 cod. civ. 381
4. Abbigliamento e diritti costituzionali. 386
4.1 L'art. 41 della Costituzione: un bilanciamento aperto. 386
4.2 La necessità di un bilanciamento «caso per caso» e il ruolo del giudice. 390
5. Riflessioni conclusive. 392

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 100/2010

## 1. Introduzione.

In questo saggio intendo proporre alcune considerazioni sul tema dell'abbigliamento nei luoghi di lavoro. Ritengo, difatti, che tale questione rifletta emblematicamente le dinamiche complesse della società contemporanea che se, per un verso, ruotano intorno a concetti dai contorni fumosi - quali quelli di multiculturalismo e di identità[1320] - per altro verso, e contestualmente, sono influenzate dall'ascesa di "un'ideologia fortemente individualistica"[1321] e dalla crisi della categoria del soggetto astratto[1322]. Invero, se l'abbigliamento e, più in generale, l'aspetto personale costituiscono, già di per sé, pratiche significanti[1323], credo che tale dato acquisti ancor maggior rilievo e interesse - come del resto testimonia la crescente attenzione anche mediatica a riguardo - in un microcosmo, come l'impresa, contraddistinto da un'intrinseca pluralità riconducibile alla convivenza e, talora, allo scontro di una molteplicità di interessi. Peraltro, l'attuale fase di "personalizzazione del soggetto"[1324] che investe l'ordinamento giuridico sembra manifestarsi sempre più insistentemente nell'ambito del diritto del lavoro sotto forma di interessi e rivendicazioni del lavoratore concreto "in carne e ossa"[1325].

Più in generale, poi, nel giro di poco più di un trentennio la disciplina giuslavoristica ha assistito al progressivo declino di alcuni prototipi che avevano contribuito a definirne le fattezze e ad orientarne lo sviluppo. Sicché, sotto il profilo della tipologia contrattuale, il contratto di lavoro subordinato a tempo pieno si è confrontato dapprima con le diverse articolazioni del tempo di lavoro e, in seguito, in termini decisamente più invasivi, con la proliferazione di schemi contrattuali che ne hanno progressivamente minato la centralità. Ancora, seppur in tempi differenti, il prototipo del lavoratore maschio, bianco, cattolico ed eterosessuale[1326] si è gradualmente sgretolato sotto le spinte del lavoro femminile, prima, e di quelle identitarie oggi. Tutto ciò, del resto, si inserisce in uno scenario ben più complesso e fortemente condizionato dal superamento del sistema di

---

[1320] Sui temi del multiculturalismo e dell'identità culturale si rinvia, tra gli studi maggiormente significativi, a Habermas J. e Taylor C., *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 1998; Kymlicka W., *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 1999; Galeotti A. E., *Multiculturalismo: filosofia politica e conflitto identitario*, Napoli, Liguori, 1999; Cesareo V., *Società multietniche e multiculturalismo*, Milano, Vita e Pensiero, 2000; Facchi A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, Bari-Roma, Laterza, 2001; Sartori G., *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multietnica*, Milano, Rizzoli, 2002; Benhabib S., *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, Il Mulino, 2005; Castellani P. (a cura di), *Identità e appartenenza nella società globale. Scritti in onore di Assunto Quadrio Aristarchi*, Milano, Vita e Pensiero, 2005; Galli C. (a cura di), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Bologna, Il Mulino, 2006; Zagrebelsky, G., *Una riflessione sul multiculturalismo*, in *I diritti dell'uomo*, 2007, p. 8; Olivito E., *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 71 ss.; Galli C., *L'umanità multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 2008.

[1321] Zoppoli L., *Individuale e collettivo nel diritto del lavoro: la persona come radice comune*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 356.

[1322] Rodotà S., *Dal soggetto alla persona. Trasformazione di una categoria giuridica*, in *Filosofia politica*, 2007, p. 369.

[1323] Klare K. E., *Abbigliamento e potere: il controllo sull'aspetto del lavoratore subordinato*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 582.

[1324] Rodotà S., *Dal soggetto alla persona*, op. cit., p. 366. L'autore specifica che "l'emersione della persona esprime il bisogno di un ordine concettuale che […] sia in grado di comprendere e di esprimere una situazione storica bisognosa di una invenzione concettuale all'altezza dei tempi maturati" (p. 369) e, dopo aver segnalato che tale personalizzazione assume le sembianze di una "costituzionalizzazione della persona", ribadisce l'esistenza del visibile transito dal "soggetto come mero centro di imputazione di situazioni giuridiche alla persona come via per il recupero integrale dell'individualità e per l'identificazione di valori fondativi del sistema" (p. 377).

[1325] Cfr. D'Antona M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 485.

[1326] Con riferimento al prototipo di lavoratore cfr., in particolare, De Simone G., *Problemi di identità: il "cittadino lavoratore" e l'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1995, p. 24; Viscomi A., *Diritto del lavoro e «fattore» religioso: una rassegna delle principali disposizioni legislative*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2001, p. 377.

produzione taylorista e fordista e dal mutamento del modello di organizzazione del lavoro[1327]. Queste trasformazioni hanno inciso non solo "intorno" al contratto – come, per l'appunto, esemplifica la diffusione delle tipologie contrattuali – quanto "nel" contratto – favorendo ciò che è stata definita come una orizzontalizzazione del rapporto intersoggettivo[1328] – e, più pragmaticamente, hanno sancito il tramonto di quell'immagine del lavoro, propria del secolo scorso, in cui "tutti ci alzavamo alla medesima ora, magari al suono delle sirene delle fabbriche, […] uniformati negli orari giornalieri, settimanali, annui"[1329].

In sostanza, dunque, le dinamiche che attraversano il diritto del lavoro sembrano non solo ribadire – semmai fosse necessario – la fondatezza del tradizionale insegnamento secondo cui il contratto di lavoro non riguarda unicamente "l'avere" ma coinvolge inevitabilmente "l'essere" dell'individuo[1330] ma, inoltre, paiono conferirgli una rinnovata vitalità, dinnanzi ad un "essere" che non è più solo coinvolto nel contratto ma che appare destinato a plasmare il rapporto che ne deriva in misura sempre più consistente.

Dopo aver, seppur brevemente, tratteggiato le ragioni che giustificano l'interesse per il tema oggetto di questo contributo e lo scenario in cui esso si colloca, ritengo opportuno dedicare qualche ulteriore notazione in ordine al percorso di ricerca che intendo svolgere. La riflessione sul tema dell'abbigliamento nei luoghi di lavoro può variamente svilupparsi in considerazione delle coordinate, non solo giuridiche, che si assumono. Pertanto, innanzitutto, provvederò a circoscrivere il campo d'indagine da un triplice punto di vista: semantico - con riguardo al significato di "luogo di lavoro" e, soprattutto, di "abbigliamento" - giuridico e territoriale, limitando l'analisi al solo ambito nazionale.

Ciò mi consentirà, in seguito, di orientare la ricerca su versanti differenti ma strettamente connessi. Dapprima l'attenzione sarà focalizzata sulla relazione abbigliamento/rapporto di lavoro, poiché, accogliendo l'interpretazione delle disposizioni in materia di aspetto personale quali

---

[1327] In proposito mi preme evidenziare che il passaggio dal sistema di produzione fordista a quello cd. post fordista è tutt'altro che netto e pienamente consumato. Infatti, per un verso, si è rilevato che tra i due non sussiste "una radicale soluzione di continuità" (Demichelis L. e Leghissa G., *Premessa*, in Demichelis L. e Leghissa G. (a cura di), *Biopolitiche del lavoro*, Milano-Udine, Mimesis Edizioni, 2008, p. 11) per altro verso, si è osservato che mentre in alcuni settori tale mutamento è ben visibile in altri, invece, i tratti del fordismo persistono nella struttura produttiva (cfr. Gallino L., *Biopolitiche del lavoro*, in op. ult. cit., p. 13 ss.).

[1328] Carabelli U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 56. L'autore rileva in proposito che "allo schema 'discendete' comando/obbedienza (e dunque subordinazione) si sostituisce quello 'piano' autonomia/controllo".

[1329] Accornero A., *Lavoro che liberazione!*, in *Da Detroit a Napoli*, Roma, s.l., 1994, p. 133. Cfr. sul punto altresì Baylos A., *Eguaglianza, uniformità e differenza nel diritto del lavoro*, in Cappelletti F.A. e Gaeta L. (a cura di), *Diritto lavoro alterità. Figure della diversità e modelli culturali*, Napoli, ESI, 1998, secondo cui "[…] nella sfera intima delle persone è entrata un'immagine del lavoro precario ed instabile, che modifica le tradizionali abitudini di vita e che mette in crisi tanto l'identità sociale di queste persone […] quanto il sentimento di identità collettiva e d'appartenenza ad un gruppo sociale omogeneo".

[1330] Il riferimento è ovviamente all'insegnamento di Santoro Passarelli secondo cui mentre "gli altri contratti riguardano l'avere delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'avere per l'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, il bene che è condizione dell'avere e di ogni altro bene" Santoro Passarelli F., *Lo spirito del diritto del lavoro*, in Santoro Passerelli F., *Saggi di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1961, p. 1071.

"norme distributive di potere"[1331], diviene necessario indagare l'impatto che le scelte e/o gli obblighi inerenti a questo profilo della sfera personale dell'individuo hanno sul rapporto di lavoro, sia dal lato del lavoratore sia dal lato del datore di lavoro. In particolare, mi soffermerò sulla configurabilità di limiti di carattere generale al potere datoriale con riferimento specifico alla libertà di abbigliamento dei lavoratori all'interno dei luoghi di produzione.

Successivamente, invece, la consapevolezza che il contratto di lavoro è "probabilmente come nessun altro, costituzionalmente condizionato"[1332], nonché - e ancor di più - le forti implicazioni che intercorrono tra il tema dell'abbigliamento nei luoghi di lavoro e i principi costituzionali, mi condurranno a riflettere sui diritti costituzionali coinvolti e, al momento, rispettivamente riassumibili nella dignità del prestatore di lavoro e nella libertà di iniziativa economica del datore. L'esistenza, dunque, di interessi di medesimo rango potenzialmente contrapposti renderà opportuno soffermarsi sulla necessità di un loro prudente bilanciamento e sull'individuazione del soggetto chiamato ad esercitare un compito così delicato nell'ambito delle società multiculturali.

Emergerà, in conclusione, l'impossibilità di affidare ad un unico soggetto decisore la gestione del pluralismo culturale e dei conflitti che esso può produrre e, di converso, la necessità di una ampia e condivisa assunzione di responsabilità nel governo delle differenze. In questo ambito il ruolo attribuito al diritto appare cruciale, posto che nessun altro strumento può esercitare quella funzione ordinante che si rivela indispensabile per comporre un'unità complessa e plurale "sì da permettere alle diversità di diventare forza di quella unità senza annichilirsi"[1333].

## 2. Definizione del campo d'indagine.

### 2.1 Le nozioni di "luogo di lavoro" e di "abbigliamento".

Una riflessione sul tema dell'abbigliamento nei luoghi di lavoro, come premesso, può variamente articolarsi in considerazione di una molteplicità di fattori di varia natura. Pertanto, ritengo necessario innanzitutto circoscrivere l'oggetto di tale contributo a partire proprio dalla specificazione delle nozioni di "luogo di lavoro" e, in particolare, di "abbigliamento". L'individuazione e la definizione del "luogo di lavoro" non sembrano sollevare problemi specifici con riguardo al tema dell'abbigliamento; più in generale, invece, è noto che la sede lavorativa ha subito, a partire dagli anni '80, una significativa trasformazione in conseguenza dei mutamenti intervenuti tanto nel sistema di produzione, quanto nel modello di organizzazione del lavoro. La nozione di luogo di svolgimento della prestazione lavorativa si è contestualmente dilatata – basti pensare all'ipotesi del telelavoro - e frammentata, soprattutto a seguito dei processi di esternalizzazione e di decen-

---

1331 Klare K. E., *Abbigliamento e potere*, op. cit., p. 611. L'autore specifica, altresì, che tali norme "funzionano sia in senso distributivo (perché assegnano potere coercitivo ai datori di lavoro), sia in senso ideologico (perché fanno apparire alcuni risultati in realtà contingenti e modificabili come se fossero conseguiti liberamente o forse addirittura inevitabili)", p. 604.

1332 Del Rey Guanter S., *Diritti fondamentali della persona e contratti di lavoro: appunti per una teoria generale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 30.

1333 Grossi P., *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in *Quad. fior.*, 2000, p. 231.

tramento produttivo. Ciò, a sua volta, non solo ha mutato la fisionomia del luogo di lavoro provocando la sostituzione della grande fabbrica con veri e propri territori telematici[1334], ma soprattutto ne ha favorito una tale diversificazione da giustificare il progressivo radicamento di una pluralità di "luoghi di lavoro" ovvero di spazi "variegati […] spesso isolati, in cui eventualmente un solo lavoratore presta la propria attività e talora addirittura per più committenti"[1335].

Per quanto concerne, invece, la nozione di "abbigliamento", proprio in relazione all'ambiente di lavoro, il concetto è stato variamente qualificato come una declinazione, congiuntamente all'aspetto personale, dell'espressione di sé[1336] o, ancora, come sottoinsieme della più ampia problematica dell'apparenza fisica o esteriore dell'individuo[1337]. Tuttavia, mi preme segnalare che l'individuazione di una categoria di riferimento è variabile e difficilmente ancorabile a dati scientifici e che gli stessi confini tra abbigliamento, aspetto personale, esteriore, fisico o espressione di sé, seppur diversamente articolati in un rapporto di *species et genus*, si mostrano labili. Probabilmente, invero, la definizione di ciascuno di questi termini non può prescindere da una puntuale, e comunque inevitabilmente parziale, descrizione dei contenuti di ciascuno; in altre parole, e in via meramente esemplificativa, la pettinatura può variamente ricondursi tanto alla sfera dell'abbigliamento, quanto a quella dell'aspetto personale o esteriore o, persino, a quella ben più ampia dell'espressione di sé.

Peraltro, ritengo che in proposito si debba riscontrare, accanto alla relatività di ogni catalogazione, l'ineluttabile caducità di ogni tentativo di tipizzazione; invero, l'abbigliamento, comunque lo si intenda, è strettamente connesso all'individuo e ai tempi della società in cui vive, così, se nel periodo preunitario i colori degli indumenti e il numero di bottoni riflettevano la posizione sociale di appartenenza[1338], oggi questi stessi elementi sono del tutto insignificanti e indubbiamente privi di risvolti identitari di qualunque tipo.

In considerazione di ciò, allora, credo opportuno precisare che non intendo cimentarmi in alcun tentativo di catalogazione e tipizzazione del concetto di abbigliamento e del suo contenuto; piuttosto, ai fini di questo studio, assumerò una nozione di abbigliamento estremamente ampia - in

---

1334 Cfr. Verducci A., *I luoghi del lavoro tra funzionalità ed estetica*, in Ciocca G. e Verducci D. (a cura di), "*Cento anni di lavoro". Ricognizione multidisciplinare sulla trasformazione del lavoro nel corso del XX secolo*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 106 ss. L'autrice, in particolare, individua cinque fondamentali trasformazioni del luogo di lavoro nel corso dell'ultimo secolo concludendo che "la rivoluzione industriale prima, quella terziaria poi, quella telematica adesso ha lanciato l'uomo […] nello spazio, frantumando ogni riferimento topologico, tipologico ed ideologico, cioè ogni riferimento alla tradizionale nozione di luogo e spazio architettonico […]".

1335 Smuraglia C., *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro (situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, p. 449. In termini simili si è osservato che muta la dislocazione e la dimensione dei luoghi di lavoro registrando, in particolare, "[…] una diffusione e dispersione spaziale e temporale del lavoro, per cui da un lato cresce il numero dei luoghi, cala la dimensione delle sedi […]; e dall'altro lato crescono i tipi di orario e calano le sincronie fra gli orari […]" Accornero A., *Spunti per un'agenda sui cambiamenti del lavoro*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, p. 254.

1336 Klare K. E., *Abbigliamento e potere*, op. cit., p. 618.

1337 Bellavista A., *Abbigliamento del dipendente e poteri del datore di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1994, p. 228.

1338 Infatti, come ci ricorda Guido Alpa, "coloro che provenivano dalle classi più umili dovevano scegliere colori scuri […] corrispondenti ai colori degli ordini mendicanti", e ancora, "i bottoni erano indice di un ruolo sociale superiore, e perciò coloro che appartenevano a un ruolo sociale inferiore non potevano indossare vesti ornate di bottoni" Alpa G., *Identità e discriminazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 33.

conformità, del resto, con il significato corrente del termine[1339] - volta a ricomprendere tanto le vesti e, più in genere, gli indumenti di un individuo quanto, soprattutto, l'insieme degli ornamenti, degli accessori e di tutti quei dettagli (come ad esempio i tatuaggi e le acconciature) che "in quanto usati sulla persona, fanno pure parte dell'arte dell'abbigliamento"[1340].

## 2.2 La dimensione giuridica.

Relativamente ai confini giuridici che contribuiscono a delimitare il percorso intrapreso in questo saggio, la prospettiva di indagine deve essere precisata e circoscritta con riferimento alla tipologia del contratto, alla natura del datore di lavoro e, infine, all'abbigliamento dei lavoratori.

Con riguardo alla tipologia contrattuale, lo studio prenderà in esame lo schema contrattuale *ex* art. 2094 c.c. da cui, come noto, scaturisce un vincolo bifronte di subordinazione che si configura, cioè, come subordinazione tecnica e funzionale - ovvero "determinata dalla prestazione di lavoro e a questa collegata"[1341] - e, al tempo stesso, personale "nel senso che investe la personalità stessa del prestatore"[1342]. A ben vedere, infatti, la scelta di soffermarsi sulla tipologia del contratto di lavoro subordinato è giustificabile in considerazione delle ripercussioni che la subordinazione, quale "effetto giuridico essenziale"[1343] del titolo contrattuale, e l'inserimento in un'organizzazione produttiva altrui producono sulle scelte del vestiario e, più in generale, sui diritti della persona che lavora; del resto, si è osservato in proposito che "interrogarsi sull'incidenza dei diritti della persona nel rapporto di lavoro significa […] interrogarsi sui limiti della subordinazione"[1344].

Inoltre, pur condividendo l'osservazione secondo cui l'implicazione della persona è prerogativa propria ma non esclusiva dell'area del contratto di lavoro subordinato[1345], credo altresì che a differenza di altri profili, come ad esempio la tutela della salute e della sicurezza, che coinvolgono la persona del lavoratore e che, attualmente, travalicano la sfera del lavoro subordinato[1346], le questioni giuridiche sottese al tema dell'abbigliamento preservino una specificità nel contratto di lavoro subordinato difficilmente rinvenibile al di fuori di tale schema contrattuale.

---

[1339] Cfr., ad esempio, *Abbigliamento* (voce), in *Grande dizionario della lingua italiana*, vol. I, Torino, Utet, 1989, p. 22 secondo cui è da intendersi per abbigliamento "l'insieme delle vesti e degli ornamenti di una persona".

[1340] *Abbigliamento* (voce), in *Grande dizionario enciclopedico*, vol. I, Torino, Utet, 1967, p. 19. Si specifica, altresì, che "assai vasta è […] la sfera contemplata nel settore dell'A., e la sua importanza è grandissima nella vita umana, come elemento indicativo per determinare lo stadio e il carattere delle diverse civiltà".

[1341] Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1993, p. 86.

[1342] Op. loc. ultt. citt.

[1343] Ghera E., *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2008, p. 44.

[1344] Magnani M., *Diritti della persona e contratto di lavoro. L'esperienza italiana*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 52.

[1345] Cfr. Grandi M., *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 335. L'autore afferma, infatti, che "l'area di rilevanza della persona […] non coincide con l'area del lavoro subordinato, che rappresenta il prototipo di schema contrattuale, in cui l'«implicazione» della personalità non concerne soltanto l'adempimento dell'impegno lavorativo, ma coinvolge, con l'ordinaria immissione del prestatore in un altrui organismo di lavoro, aspetti essenziali della vita, della libertà e della sicurezza".

[1346] A riguardo non posso che richiamare il D. lgs. n. 81/2008 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro che, oltre a ricomprendere nella definizione di lavoratore la "persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari" (art. 2 , comma 1, lett. a)), specifica altresì che "il presente decreto legislativo si applica a tutti i lavoratori e lavoratrici, subordinati e autonomi, nonché ai soggetti ad essi equiparati, fermo restando quanto previsto dai commi successivi del presente articolo" (art. 3, comma 4). In proposito, si è

Per quanto concerne, invece, la natura del datore di lavoro o, più precisamente, la natura dell'organizzazione in cui la prestazione s'inserisce, l'attenzione sarà focalizzata sui rapporti di lavoro nel settore privato con esclusione, peraltro, delle ipotesi in cui il rapporto si svolge nell'ambito delle organizzazioni di tendenza. Tale scelta è giustificabile in considerazione della specificità - e, di conseguenza, della necessità di un'apposita trattazione – che il tema dell'abbigliamento nei luoghi di lavoro assume all'interno di quella che, tradizionalmente ma non unanimemente[1347], viene considerata come un'organizzazione ideologicamente orientata; in tali ipotesi, inoltre, la questione dell'abbigliamento si intreccia inevitabilmente con problematiche peculiari quali la carenza di una definizione legislativa della fattispecie, tanto a livello nazionale quanto sovranazionale, al punto da legittimare l'affermazione secondo cui "«organizzazioni di tendenza» è endiadi avente natura *stipulativa* e carattere *riassuntivo*, in sé non tipizzata da alcun documento normativo"[1348].

Ma, come premesso, la delimitazione del campo d'indagine da un punto di vista giuridico necessita di un'ulteriore specificazione, l'abbigliamento, infatti, può rivestire una poliedrica rilevanza nell'ambito del rapporto di lavoro. Così, ad esempio, in alcuni casi un determinato vestiario può essere imposto per ragioni di tutela della salute e della sicurezza o, ancora, per esigenze connesse all'immagine, al decoro e all'interesse dell'impresa; tale obbligo peraltro è spesso - ma non necessariamente - riconducibile all'oggetto del contratto ovvero alle mansioni assegnate al lavoratore. Talora, poi, dall'imposizione, di origine legale e/o contrattuale, di un dato abbigliamento scaturiscono controversie giuridiche che, seppur apparentemente relative ad aspetti secondari, in realtà incidono sull'ampiezza dell'obbligazione principale, basti pensare ad esempio, alla questione del cd. "tempo - tuta"[1349]. In altre ipotesi, ancora, le decisioni dei giudici in merito alla

---

comunque rilevato come le eccezioni e le varianti introdotte dallo stesso testo unico lascino presumere che "[…] intenzioni a parte, il legislatore deve fare i conti col fatto ovvio che il sistema prevenzionistico, così come perpetuato dal decreto legislativo, rimane costruito a misura dei «luoghi di lavoro»; e quindi del tipico rapporto di lavoro che vi si svolge, cioè quello classico subordinato a tempo" Carinci F., Habemus *il testo unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: il d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 986.

[1347] Cfr. per un approccio critico Bavaro V., *Ideologia e contratto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 193 secondo cui "non esiste di per sé l'organizzazione ideologica, non esiste di per sé la mansione ideologica; esiste solo il conflitto ideologico che, a sua volta, rileva per il diritto solo se pregiudica – effettivamente o potenzialmente – l'adempimento contrattuale" (p. 224).

[1348] Viscomi A., *Osservazioni critiche su lavoro e «tendenza» nelle fonti internazionali e comunitarie*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 582.

[1349] La questione, come noto, è stata oggetto di un dibattito giurisprudenziale risolto dalla Corte di Cassazione nel 2003 con l'enunciazione di un principio di diritto. Invero, in un primo momento, accogliendo l'orientamento dei giudici di merito, la Cassazione era giunta ad affermare che, in presenza dell'obbligo di indossare una divisa, il tempo di vestizione e svestizione "trattandosi di attività espletata in ossequio al potere direttivo dell'imprenditore e nel suo esclusivo interesse" rientra nell'orario di lavoro ordinario e, dunque, deve essere normalmente retribuito (cfr. Cass., 14 aprile 1998, n. 3763, in *Riv. giur. lav.*, 1999, p. 160 con nota di Allamprese A., *Sulla computabilità del c.d. "tempo- tuta" nell'orario di lavoro* e in *Foro it.*, 1999, p. 3609 con nota di Ricci G., *Sulla riconducibilità del c.d. "tempo-tuta" alla nozione di lavoro effettivo: recenti orientamenti giurisprudenziali a confronto*). Tale pronuncia è stata seguita da orientamenti difformi della giurisprudenza di merito secondo cui, invece, il tempo tuta non è riconducibile all'orario di lavoro allorquando le attività di vestizione e di svestizione si svolgono in mancanza di direttive e di controlli specifici del datore di lavoro (cfr., in via esemplificativa, Trib. Torino, 14 luglio 1999, in *Foro it.*, p. 3610 con nota di Ricci G., *Sulla riconducibilità del c.d. "tempo-tuta"*, op. cit. e Trib. Napoli, 9 dicembre 1999, in *Foro Napoletano*, 1999, p. 382). Tale contrasto giustifica l'enunciazione da parte della Corte di Cassazione del principio di diritto per cui il tempo necessario per indossare la divisa aziendale deve essere o meno retribuito in considerazione della specifica disciplina contrattuale, sicché "ove vi sia facoltà del lavoratore circa il tempo e il luogo […] in cui indossarla, fa parte degli atti di diligenza preparatoria e non deve essere retribuito; ove tale operazione sia eterodiretta dal datore di lavoro, che ne disciplina il tempo e il luogo di esecuzione, rientra nel lavoro effettivo e come tale il tempo necessario deve essere retribuito" (Cass., 21 ottobre 2003, n. 15734, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, p. 604 con nota di Agostini M., *La Cassazione torna a pronunciarsi sulla*

ripartizione degli obblighi tra le parti sono diversificate in considerazione della funzione attribuita all'abbigliamento a seconda, cioè, che il vestiario sia imposto da esigenze di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori o, piuttosto, da esigenze connesse all'immagine e al decoro dell'azienda[1350]. Pertanto, proprio la consapevolezza delle plurime vesti giuridiche che il tema dell'abbigliamento può assumere nei luoghi di lavoro induce a precisare ulteriormente la prospettiva d'indagine prescelta che, per l'appunto, è volta ad analizzare l'abbigliamento quale "significante d'identità culturale"[1351].

La tradizionale funzione comunicativa dell'abbigliamento[1352] si accentua in un'epoca, quale quella contemporanea, in cui la centralità dell'individuo si manifesta, tra l'altro, con un primato del corpo e le difficoltà dell'integrazione spingono, spesso, ad un parossismo dei tratti identitari. La relazione corpo-abito-identità, peraltro, è generalmente riconosciuta al punto da ritenere che "la

---

*questione della retribuzione del tempo necessario a indossare la divisa aziendale e delle attività preparatorie eterodirette*; cfr. recentemente in senso conforme Cass., 8 settembre 2006, n. 19273 e Cass., 22 luglio 2008, n. 20179, in *Dir. prat. lav.*, 2008, p. 2334 con nota di Schiavone R., *Retribuzione del tempo-divisa*).

[1350] Così, ad esempio, con riguardo alle spese di manutenzione delle uniformi aziendali la giurisprudenza tende a porle a carico del datore di lavoro qualora le divise siano qualificabili come dispositivi di protezione individuale (cfr. Corte App. Milano, 18 gennaio 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 867 con nota di Paris R. M., *Divisa da lavoro. Costo della manutenzione – lavaggio e criterio di ripartizione dell'onere tra le parti del rapporto di lavoro*, conformemente cfr. anche Cass., 15 marzo 2007, n. 6048; Cass., 26 giugno 2006, n. 14712, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 383 con nota di Fortuna T., *La tuta dell'operatore ecologico è «dispositivo di protezione individuale»?*; Cass., 14 novembre 2005, n. 22929, *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 339 con nota di Masini L., *L'obbligo di pulizia degli indumenti di lavoro tra disciplina collettiva e previsioni normative* e Cass., 5 novembre 1998, n. 11139, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, p. 607 con nota di Pilati A., *Sull'obbligo dell'azienda municipalizzata di nettezza urbana di provvedere al lavaggio degli indumenti di lavoro dei propri dipendenti*) e non, viceversa, qualora le stesse siano imposte per ragioni di ordine e decoro. In quest'ultima ipotesi, infatti, "la divisa viene usata in luogo degli abiti normali: i lavoratori, quindi, anche se il datore di lavoro non avesse scelto di dotarli di apposite divise, avrebbero dovuto comunque provvedere a proprie spese al lavaggio dei propri indumenti"; inoltre, si rileva altresì "che la fornitura del vestiario costituisce un beneficio per il lavoratore, in quanto impedisce l'usura degli indumenti personali durante lo svolgimento dell'attività lavorativa […]" Trib. Milano, 5 aprile 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 870 con nota di Paris M.R., *Divisa da lavoro*, op. cit.
Tale diversificazione, inoltre, è stata recentemente ribadita dalla Corte di Cassazione con riferimento alla sussistenza o meno di un obbligo datoriale a destinare appositi locali dell'azienda a spogliatoi qualora i dipendenti debbano indossare indumenti di lavoro. In proposito, la Cassazione ha enunciato il principio di diritto secondo cui, *ex* art. 40 D.P.R. 29 marzo 1956, n. 303, è configurabile un obbligo in tal senso del datore di lavoro se i lavoratori "[…] devono indossare indumenti di lavoro destinati alla protezione ed alla tutela della loro salute, nonché a garantire l'igiene e la sicurezza nei luoghi di lavoro"; viceversa, l'ambito di applicazione della norma richiamata non ricomprende "qualsiasi riferimento a divise od a forme di abbigliamento, funzionalizzate ad altre e diverse esigenze (ad esempio: divisa da indossare ai fini di sola identificazione del soggetto datoriale") cfr. Cass., 6 maggio 2008, n. 11071.
Con riguardo, invece, all'ipotesi della mancata fornitura di uniformi da parte del datore di lavoro contrattualmente obbligato, la giurisprudenza, più pacificamente, tende a risolvere la questione richiamando la disciplina generale dell'inadempimento delle obbligazioni contrattuali *ex* art. 1218 c.c. Sicché, al lavoratore, costretto ad acquistare a proprie spese abiti che altrimenti non avrebbe acquistato al fine di adempiere l'obbligazione di utilizzare in servizio abiti "uniformi", è riconosciuto il risarcimento del danno rappresentato dal costo aggiuntivo incontrato per detto acquisto. In tal caso, invero, secondo la Cassazione si è in presenza "di perdita patrimoniale casualmente riconducibile in maniera immediata e diretta all'inadempimento, secondo regole di normalità […] e tenuto conto del principio desumibile dall'art. 1225 c.c., relativo al giudizio ipotetico di differenza tra la situazione quale sarebbe stata senza il verificarsi del fatto dannoso-inadempimento e quella effettivamente avvenuta […]" Cass., 17 settembre 2008, n. 23734, conformemente Cass., 17 settembre 2008, n. 23736 e Cass., 19 settembre 2008, n. 23897.

[1351] Ferlito S., *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, p. 119.

[1352] Invero, accanto alla soddisfazione di bisogni fondamentali quali la protezione, il pudore e la decorazione (cfr. Flügel J.C., *Psicologia dell'abbigliamento*, Milano, Franco Angeli, 1992, p. 27 ss.) si ritiene che l'abbigliamento sia vero e proprio strumento di comunicazione dell'individuo o, con maggior precisione, mezzo di costruzione e di comunicazione della propria immagine cfr., tra gli altri, Schilder P., *Immagine di sé e schema corporeo*, Milano, Franco Angeli, 1992, p. 239 ss. e Volli U., *Bello da pensare*, in Curcio A.M., *La dea delle apparenze*, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 86.

storia dell'identità e quella dell'abito corrono su due binari paralleli"[1353]. Sicché, l'abbigliamento, quale proiezione immediatamente percepibile della conformazione identitaria del soggetto, si rivela un angolo di osservazione privilegiato per indagare il fenomeno dell'identità culturale all'interno dei luoghi di produzione. Peraltro, tale considerazione dell'abbigliamento trova, a mio avviso, ulteriore conferma nei recenti processi di trasformazione dell'organizzazione del lavoro; invero se il mutamento maggiore su questo versante può ravvisarsi nella crescente sovrapposizione tra tempo libero e tempo di lavoro[1354] - al punto che "il lavoro entra pervasivamente, invasivamente in sfere, in ambiti sempre maggiori della vita individuale"[1355] - allora, probabilmente, è ipotizzabile che in un futuro neanche tanto remoto la confusione tra tempi e spazi operi anche in direzione opposta, nel senso, cioè, di una più consistente e visibile presenza e/o rivendicazione della individualità - e quindi delle caratteristiche identitarie - nei luoghi di lavoro.

### 2.3 Il contesto nazionale.

Quanto all'estensione territoriale del campo di indagine, seppure il tema stimoli il ricercatore ad intraprendere ad intraprendere un percorso comparativo, l'attenzione sarà focalizzata sul solo contesto nazionale. La predilezione per una riflessione limitata all'esperienza interna è giustificabile, a mio avviso, da un duplice punto di vista. Innanzitutto, la regolamentazione dell'abbigliamento - anche dei lavoratori - risente significativamente non solo della tradizione giuridica dei singoli paesi ma, anche e soprattutto, del *background* delle singole comunità nazionali inteso come retroterra culturale, sociale, storico che, a sua volta, condiziona e orienta la formazione delle regole giuridiche. Così, ad esempio, in Inghilterra la nutrita presenza di seguaci della religione *Sikh* e il riconosciuto approccio pluralista al fenomeno del multiculturalismo hanno determinato la progressiva emanazione di norme specifiche in materia di abbigliamento, sicché in alcune ipotesi, anche relativamente agli ambienti di lavoro, è stato consentito indossare il turbante in luogo del casco protettivo[1356]; tali previsioni, peraltro, sono state ribadite anche in sede di attuazione della recente normativa comunitaria antidiscriminatoria[1357]. Viceversa, sempre in via esemplificativa, l'esaltazione del principio di uguaglianza formale su cui si fonda il modello assimilazionista della Francia[1358]– rafforzata, nel caso di specie, da esigenze nazionali di pubblica sicurezza - giustifica l'adozione, da parte del Ministro dei Trasporti francese, di una circolare che impone l'apposizione sulle patenti di guida di una fotografia in cui la testa deve apparire "*nue et*

---

[1353] Bovone L., *Vestire l'identità*, in Bovone L. e Volonté P. (a cura di), *Comunicare le identità. Percorsi della soggettività nell'età contemporanea*, Milano, Franco Angeli, 2006, p. 105.

[1354] Cfr. sul punto Gallino L., *Biopolitiche del lavoro*, op. cit., p. 16 ss.

[1355] Op. ult. cit., p. 17.

[1356] Cfr., in particolare, il "*Road Traffic Act 1988*" (art. 16) che esenta gli appartenenti alla religione *sikh* dall'impiego del casco sui motocicli e l' "*Employment Act 1989*" (art. 11) che esonera i seguaci *sikh* dall'uso del casco di protezione sui cantieri.

[1357] Cfr. l' "*Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*" (art. 26).

[1358] Come noto, però, i modelli del multiculturalismo diventano sempre meno definiti e nettamente distinti cfr., sul punto, Bouchard M., *Identità culturale, uguaglianza e diversità*, in *Questione giustizia*, 2001, p. 471 secondo cui "si tratta di modelli divenuti sempre più astratti, travolti dalla varietà delle soluzioni in concreto adottate da ciascun paese e dalla stessa evoluzione del rapporto immigrazione-società d'accoglienza nelle stesse "nazioni scuola"".

*de face*"[1359] escludendo, quindi, categoricamente la possibilità di essere fotografati con un turbante in capo e con qualunque altro copricapo, fosse anche quello normalmente indossato dalle suore.

A ben vedere, dunque, l'erosione della sovranità statuale ad opera della globalizzazione[1360] - che si traduce, per il giurista, nella "rottura del monopolio e del rigido controllo statuale sul diritto"[1361] - sembra rallentare dinnanzi alle strettoie delle dinamiche multiculturali anche in Paesi, quali appunto l'Inghilterra e la Francia, che oramai riconoscono indiscutibilmente il primato di un ordinamento sovranazionale di cui, anzi, sono parte integrante. In sostanza, la coesistenza/confliggenza di modelli culturali differenti all'interno di un medesimo contesto territoriale continua a sollecitare risposte diversificate poiché, del resto, "l'insicurezza […] tende a trasformare il multiculturalismo in «multicomunitarismo»" nel senso che "le differenze culturali vengono utilizzate come mattoni nella frenetica costruzione di mura difensive e rampe di lancio"[1362].

In secondo luogo, poi, credo che l'opportunità di una riflessione sul tema dell'abbigliamento nei luoghi di lavoro circoscritta entro i confini nazionali sia altresì giustificabile in considerazione dello scarso interesse per tale questione desumibile, anche, dalla carenza di studi recenti[1363] a riguardo. A rigor del vero è però doveroso specificare che la curiosità scientifica del ricercatore non è particolarmente stimolata dalla casistica giurisprudenziale; difatti, la ricerca sui repertori non aggiunge nuovi casi a quelli ormai noti e pluricitati della lavoratrice in minigonna[1364], dell'impiegato di banca che si presenta al lavoro vestito da sceriffo[1365], del cameriere di un albergo sanzionato

---

[1359] Circulaire n° 2005-80, del 6 maggio 2005, Ministère des Transports, de l'Equipement, du Tourisme et de la Mer. Peraltro, è opportuno segnalare che la normativa francese è stata recentemente ritenuta legittima dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (13 novembre 2008, *Mann Singh v. France*) chiamata a pronunciarsi a seguito del ricorso presentato da un praticante *sikh*. La Corte, in particolare, ha precisato che "la photographie d'identité avec «tête nue», apposée sur le permis de conduire, est nécessaire aux autorités chargées de la sécurité publique et de la protection de l'ordre public […] pour identifier le conducteur et s'assurer de son droit à conduire le véhicule concerné". Sostanzialmente, dunque, secondo i giudici di Strasburgo pur se "la réglementation litigieuse, qui exige d'apparaître «tête nue» sur les photographies d'identité du permis de conduire, est constitutive d'une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté de religion et de conscience" è possibile concludere che "l'ingérence litigeuse était justifiée dans son principe et proportionnée à l'objectif visé".

[1360] Le ragioni della progressiva disintegrazione della sovranità statuale sono significativamente ricondotte da Zagrebelsky ad una pluralità di forze corrosive quali "il pluralismo politico e sociale, che contesta l'idea stessa di sovranità e di soggezione; la formazione di centri di potere alternativi e concorrenziali con lo Stato […] spesso in dimensioni totalmente indipendenti dal territorio statale; la progressiva istituzionalizzazione, talora promossa dagli Stati stessi, di «contesti» che ne integrano i poteri in dimensioni sovrastatali […]", nonché, persino "l'attribuzione ai singoli individui di diritti che essi possono far valere contro gli stati di appartenenza, di fronte a giurisdizioni internazionali" Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 6 ss.

[1361] Grossi P., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, p. 156.

[1362] Bauman Z., *Voglia di comunità*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2004, p. 137.

[1363] Attualmente, infatti, non risultano studi specifici sul tema, affrontato, piuttosto, in maniera incidentale nell'ambito di riflessioni di più ampio respiro. Viceversa, tra le riflessioni svolte in passato si ritiene opportuno segnalare, in via meramente esemplificativa, Nunin R., *"*Look*" e "sessismo" nel rapporto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1997, p. 119 ss.; Bellavista A., *Abbigliamento del dipendente*, op. cit., p. 226 ss.; nonché, seppur non focalizzato sul contesto italiano, il saggio di Klare K. E., *Abbigliamento e potere*, op. cit., p. 567 ss.

[1364] Pret. Milano, 12 gennaio 1995, in *Giust. civ.*, 1995, p. 2267 con nota di Pera G., *La minigonna negli ambienti di lavoro*; in *Giur. merito*, 1995, p. 419 con nota di Belfiore C., *Discriminazione per sesso e uso della minigonna* e in *Lav. giur.*, 1995, p. 918 con nota di D'Avossa E.

[1365] Trib. Latina, 19 settembre 1989, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, p. 248 con nota di Poso A., *L'elaborazione giurisprudenziale recente in tema di insubordinazione*.

per aver esibito un taglio di capelli caratterizzato da una vistosa orlatura[1366] o, ancora e sempre in via esemplificativa, del dipendente di un ristorante *fast food* che, dopo le ferie, rientra in servizio con il viso non rasato[1367].

Diversamente, al di là dei confini nazionali si registrano pronunce e casi frequenti in cui l'aspetto fisico e/o l'abbigliamento dell'individuo nel luogo di svolgimento della prestazione lavorativa inducono reazioni di vario tipo, basti pensare, tra i più recenti, agli episodi che hanno coinvolto alcune assistenti di volo della *Air India* licenziate per essere in sovrappeso[1368] o alla vicenda che ha interessato una *hostess* della *British Airways* a cui le disposizioni del regolamento aziendale non consentivano di indossare il crocifisso[1369] o, risalendo nel tempo, al caso di un dipendente dell'ufficio di collocamento di *Stockport* che ha ritenuto discriminatoria l'imposizione ai lavoratori di sesso maschile dell'uso della cravatta a fronte di una mera richiesta di "abbigliamento in stile aziendale" per le lavoratrici[1370]. Talora, invece, si è avuta notizia di una particolare attenzione delle aziende alle esigenze identitarie dei lavoratori rivendicate attraverso la pratica dell'abbigliamento: così, ad esempio, la filiale inglese di una nota azienda svedese ha commissionato la produzione di un velo, disegnato tenendo conto delle esigenze aziendali e delle mansioni svolte, per le dipendenti di religione mussulmana; un'azienda agro - alimentare norvegese ha introdotto l'uso del velo "usa e getta" ovvero di una particolare cuffia da lavoro che consente di coniugare le esigenze igienico-sanitarie dell'impresa con le tradizioni religiose delle dipendenti; ancora, infine, una cooperativa di distribuzione svizzera si è distinta nel corso del tempo per un atteggiamento particolarmente tollerante nei riguardi delle rivendicazioni identitarie dei lavoratori legittimati ad indossare, a seconda del credo praticato, il turbante, la *kippah* e persino il velo[1371].

---

[1366] Pret. Roma, 3 dicembre 1998, in *Riv. giur. lav.*, 1999, p. 619 con nota di Valente L., *Capelli corti e acconciature classiche: quando la sanzione disciplinare è legittimamente connessa alla violazione di direttive in materia di aspetto estetico*.

[1367] Trib. Roma, 14 maggio 1999, in *Nuovo diritto*, 1999, p. 929 con nota di Tatarelli M.. Più recentemente, sempre con riferimento alla barba del lavoratore Corte App. Milano, 9 aprile 2002, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, p. 658 con nota di Ichino P., *Sui limiti del controllo del datore sull'aspetto fisico del lavoratore*. Tra i casi noti cfr., altresì, quello dell'animatrice di un *night club* che rifiuta di indossare gli abiti succinti proposti dalla direzione del locale (Pret. Milano, 13 luglio 1987, in *Giur. cost.*, 1987 p. 149 con nota di Cerri A., *Per una questione di centimetri…: un caso di obiezione di coscienza nei rapporti interprivati?*), dell'impiegato di banca che si presenta al lavoro in canottiera (Cass., 21 dicembre 1991, n. 13829, in *Giust. civ.*, 1992, p. 3083 con nota di Pizzoferrato A., *Oneri procedurali e licenziamento disciplinare: un'ulteriore conferma da parte della Cassazione*), del lavoratore che si reca al lavoro in pantaloni corti (Cass., 9 aprile 1993, n. 4307, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 426 con nota di Gragnoli E., *L'uso di abbigliamento informale ed il potere disciplinare del datore di lavoro* e in *Riv. giur. lav.*, 1994, p. 223 con nota di Bellavista A., *Abbigliamento del dipendente*, op. cit.).

[1368] La notizia è apparsa sul *The Times of India* ed è stata successivamente ripresa da altri quotidiani, anche italiani cfr., ad esempio, *www.iltempo.ilsole24ore.com*, sezione "interni-esteri", 6 gennaio 2009.

[1369] Nel caso di specie la lavoratrice aveva fatto ricorso lamentando la sussistenza di una discriminazione indiretta poiché il divieto di indossare sulla divisa gioielli e/o simboli religiosi, contenuto nel regolamento aziendale, le precludeva l'uso del crocifisso. Il Tribunale ha però escluso la sussistenza di una discriminazione in quanto il regolamento aziendale non determina un *disparate impact* per tutti i lavoratori cristiani della compagnia aerea (condizione necessaria per la sussistenza di una ipotesi discriminatoria secondo l'*Employment Equality Regulations (Religion or Belief) 2003*) ma, esclusivamente, uno svantaggio per la lavoratrice. Peraltro, il tribunale ha messo in evidenza come, a differenza dei simboli religiosi "obbligatori", l'uso del crocifisso non costituisce un obbligo per i cristiani. *Employment Appeal Tribunal*, 20 novembre 2008 in *www.olir.it*., sezione "documenti".

[1370] La notizia è reperibile nell'archivio storico telematico del Corriere della Sera all'indirizzo *www.corriere.it*, sezione archivio, 25 febbraio 2003.

[1371] Quanto alla prima notizia cfr. Napolitano E.M., *Marketing e Islam: l'Ikea fa Csr con il corporate hijab*, in *www.ferpi.it*, sezione "notizie"; l'informazione è reperibile anche nell'archivio storico telematico del Corriere della Sera, cfr. *www.corriere.it*, sezione "archivio", 25 agosto 2005.

In sostanza, dunque, al di là di qualche recente e più rumorosa vicenda[1372], l'esperienza nazionale pare contraddistinguersi per una bizzarra quiete, non registrando le cronache quotidiane né, tantomeno, le aule dei tribunali una quantità e varietà di episodi o controversie paragonabili a quanto invece avviene, sempre più frequentemente, in altri paesi. In realtà, analizzando la presenza degli stranieri all'interno del territorio nazionale - quale indice significativo, ma non certo esclusivo, della compresenza di una pluralità di identità - non posso fare a meno di rilevare che, per quanto l'Italia non si possa qualificare come uno Stato multinazionale né polietnico[1373], tale presenza appare significativamente consistente. Invero, dal Dossier Caritas/Migrantes 2008 risulta che il numero di immigrati regolari presenti nel territorio nazionale oscilla tra i 3.800.000 e i 4.000.000, pari al 6,7% della popolazione a fronte di una media europea attestata, nel 2006, al 6%; peraltro, più di 1.500.000 di stranieri sono regolarmente occupati con un'incidenza sul totale che in alcune categorie supera il 10%[1374].

Ora, raffrontando i dati statistici sulla popolazione di origine immigrata del nostro paese - da cui si evince che gli stranieri sono ben presenti ed inseriti nel tessuto produttivo – con la quiete che sembra caratterizzare i luoghi di lavoro sotto il profilo delle richieste identitarie si potrebbe approssimativamente ritenere l'esperienza nazionale una sorta di isola felice al riparo dalle turbolenze che spesso contraddistinguono le società multiculturali su cui poter orgogliosamente issare la bandiera dell'integrazione riuscita, posto che è opinione tendenzialmente condivisa quella secondo cui "la spinta all'estrinsecazione di ansie identitarie – e alla costruzione intorno ad esse di specifiche rivendicazioni – è tanto più forte quanto più esclusa o rifiutata è la comunità a cui si partecipa"[1375]. Viceversa, ritengo che la situazione sia ben più complessa e meriti una lettura più approfondita. Innanzitutto, le comunità al momento maggiormente presenti sul nostro territorio - fatta eccezione per quella marocchina - non sono, a differenza di quanto accade altrove, portatrici di culture necessariamente dirompenti o talmente distanti da mettere immediatamente in

---

Per quanto concerne la notizia relativa al velo "usa e getta" cfr. *www.corriere.it*, sezione "esteri", 6 novembre 2008. Infine con riguardo alla scelta della Migros di apertura nei confronti delle esigenze identitarie dei lavoratori cfr. *www.swissinfo.ch/ita*, sezione "politica", 18 novembre 2004.

[1372] Il riferimento è, in particolare, alla vicenda scaturita da una lettera inviata al quotidiano la Stampa da una visitatrice della Reggia di Venaria che, dinnanzi all'impiego in biglietteria di "due donne islamiche (*di cui*) una addirittura con il velo in testa", si interrogava sull'opportunità di "impiegare queste due signore in un'attività d'ufficio e lasciare, per il primo impatto con la Reggia dei Savoia, personale magari vestito con abiti dell'epoca". La lettera, oltre a suscitare la protesta dei lavoratori della residenza sabauda recatisi al lavoro nei giorni seguenti con velo e *kefiah*, ha fatto scalpore anche per la "confusione identitaria" operata dalla signora che ha scambiato per islamica una donna sì di carnagione scura ma di origini calabresi, cfr. Repubblica, 31 maggio 2009.

[1373] In particolare, per stato multinazionale s'intende una realtà "in cui la diversità culturale trae origine dall'assorbimento in uno stato più grande di culture territorialmente concentrate che in precedenza si governavano da sole" e per stato polietnico un paese "in cui la diversità culturale trae origine dall'immigrazione di individui e famiglie" Kymlicka W., *La cittadinanza*, op. cit., p. 15 ss. L'autore precisa comunque che un medesimo stato può essere sia multinazionale che polietnico richiamando, in proposito, l'esempio del Canada op. ult. cit., p. 32.

[1374] I dati, come precisato, sono tratti dal Dossier Statistico Immigrazione Caritas - Migrantes 2008, XVIII Rapporto.

[1375] Olivito E., *Primi spunti di riflessione*, op. cit., p. 98. In termini analoghi e con riferimento specifico al mondo del lavoro Mormile L., *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto all'identità culturale*, in *Famiglia,* 2004, p. 77 secondo cui "là dove l'inserimento lavorativo ha condotto ad un certo grado di integrazione, sono gli stessi individui a rinunciare […] ad alcune pratiche dettate dal loro ordinamento di riferimento, qualora queste si rivelino incompatibili con il contesto, lavorativo e sociale, in cui ci si trova ad operare". L'autore precisa, inoltre, che "ciò avviene ogni qual volta ha luogo un processo integrativo che, lungi, dal sopprimere l'identità culturale di un individuo, lo porta in maniera non traumatica a vivere quelle sue tradizioni in modo flessibile, adeguandole, per questa via, alle nuove esigenze imposte dal contesto socio-culturale i cui questi si trova ad operare".

crisi i tratti distintivi della società italiana[1376]. Inoltre, dai dati statistici risulta che gran parte dei lavoratori migranti è impiegata in lavoro agricolo e familiare[1377]; dato che non solo conferma la tesi secondo cui tali soggetti svolgono lavori ritenuti, socialmente ed economicamente, meno gratificanti dagli italiani[1378] ma, soprattutto, denota una presenza lavorativa immigrata in ambiti in cui più difficilmente possono scoppiare o - molto più spesso - si possono sostenere conflitti identitari, vale a dire, ad esempio, che è certamente più difficile far emergere la discriminazione che si consuma tra le mura domestiche rispetto a quella che si pratica nella filiale di una grande impresa.

Il quadro, poi, appare ancora più preoccupante se si prova a scandagliare il mondo del lavoro sommerso in cui, come noto, anche a seguito della recente legislazione nazionale[1379], la percentuale di lavoratori migranti irregolari è considerevole così come, altrettanto considerevole, risulta tra questi la violazione di diritti umani che comprendono, secondo il recente Rapporto ILO, bassi salari, maltrattamenti, lunghi orari di lavoro e, addirittura, situazioni di lavoro forzoso per cui parte del salario è trattenuta dai datori di lavoro come pagamento della sistemazione in alloggi sovraffollati, privi di elettricità e di acqua corrente[1380].

A mio avviso, però, queste considerazioni non inficiano l'opportunità di uno studio sull'abbigliamento dei lavoratori quale cartina di tornasole delle dinamiche identitarie nei luoghi di lavoro. Invero, incrociando una serie di dati desumibili dalle ricerche statistiche - quali, ad esempio, il significativo incremento annuale dei migranti presenti sul territorio nazionale, il persistente fabbisogno di manodopera aggiuntiva, la tendenza crescente alla stabilizzazione, la crescente pluralità dei paesi di origine e delle tradizioni culturali e religiose, il carattere sempre più familiare dell'insediamento e, di conseguenza, il numero crescente di minori e di seconde generazioni[1381] - credo si possa ragionevolmente ipotizzare che ben presto anche il nostro ordinamento sarà chiamato a confrontarsi - più intensamente e ben al di là di un mero allarmismo securitario - con le problematiche connesse alle dinamiche identitarie e, ancor prima, probabilmente sarà chiamato

---

[1376] Secondo i dati del Dossier Caritas/Migrantes la comunità maggiormente presente nel territorio nazionale è quella dei rumeni (1.000.000) a cui fa seguito quella albanese (402.000), quella marocchina (366.000) e quelle cinesi (poco più di 150.000) e ucraine (poco meno di 150.000). Peraltro, mi preme altresì evidenziare che proprio la comunità marocchina è quella in cui si registra un alto tasso di disoccupazione, di ben tre volte superiore al tasso medio di disoccupazione esistente tra gli immigrati pari all'8,3%.

[1377] Sempre secondo il Dossier Caritas/Migrantes mentre nel Nord Italia prevalgono il lavoro in azienda e il lavoro autonomo, nel Centro si ha una predominanza del lavoro autonomo e del lavoro in famiglia e nel Sud si registra la netta diffusione tra gli immigrati del lavoro in famiglia e di quello agricolo.

[1378] Cfr., sul punto, Bonifazi C., *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 152. L'autore ritiene elemento comune dei diversi flussi migratori "(*l*)'inserimento degli immigrati nei lavori disertati dalla forza lavoro locale" seppur "in settori e mansioni diverse da paese a paese, e in contesti normativi estremamente differenziati, tanto da dar luogo a un'ampia casistica di esiti e di conseguenze".

[1379] Cfr., in particolare, il Rapporto su *Gli immigrati nel mercato del lavoro italiano* commissionato dall'ONC-CNEL nel 2008 al Centro per le Ricerche di Economia del Lavoro e dell'Industria (CRELI) dell'Università Cattolica di Milano p. 81 ss. reperibile sul sito del CNEL all'indirizzo *www.cnel.it*, area "immigrazione", sezione "documenti ONC".

[1380] Cfr. il Rapporto annuale del Comitato di esperti sulla applicazione delle Convenzioni e Raccomandazioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro reperibile su *www.ilo.org*, area "what we do", sezione Labour standards.

[1381] Anche queste informazioni sono tratte dal Dossier Caritas/Migrantes in cui, peraltro, si afferma che "tutto lascia intendere che gli immigrati resteranno stabilmente in Italia e saranno sempre più numerosi" al punto da attribuire all'immigrazione "una dimensione strutturale"; del resto, si osserva che "il nostro paese si colloca in Europa tra quelli al vertice per numero di immigrati e il termine "straniero" diventa sempre meno idoneo a qualificare una presenza così radicata e crescente".

a misurarsi con tali dinamiche la disciplina giuslavoristica fisiologicamente più esposta ai mutamenti sociali.

Infine, qualche ultima osservazione deve essere dedicata al contesto normativo entro cui si colloca la questione dell'abbigliamento dei lavoratori. In proposito, la prima notazione non può che registrare l'assenza di una disciplina specifica a riguardo: si deve prender atto che l'interesse sotteso all'aspetto esteriore e/o estetico del lavoratore "manca (*di*) una precisa base normativa"[1382]. Tuttavia, a mio avviso, la carenza di una disciplina *ad hoc* risulta parzialmente compensata dalla possibilità di far riferimento nella risoluzione di eventuali controversie ad una pluralità di norme di vario rango. Invero, per un verso, le scelte relative all'abbigliamento hanno ripercussioni immediate nello svolgimento del rapporto di lavoro, con riguardo tanto alla sfera del potere datoriale quanto a quella degli obblighi del prestatore, e, dunque, chiamano in causa le disposizioni, innanzitutto codicistiche, cui ne è affidata la disciplina; per altro verso, queste determinazioni fanno affiorare nel rapporto interessi e diritti di rango superiore quali, ad esempio, le libertà e la dignità dei lavoratori che, a loro volta, rinviano tanto a disposizioni ordinarie - prime fra tutte quelle contenute nel Titolo I dello Statuto dei Lavoratori - quanto, soprattutto, a principi costituzionali. Peraltro, talora le vicende relative all'abbigliamento dei lavoratori possono, più o meno palesemente, sconfinare in pratiche discriminatorie e, quindi, legittimare l'applicazione della normativa antidiscriminatoria che, come noto, dall'inizio del nuovo secolo riceve costantemente linfa dall'ordinamento comunitario.

La complessità delle questioni che possono scaturire dall'abbigliamento quale proiezione dell'identità dei lavoratori, confermata dalla pluralità delle disposizioni che possono interagire, orienta dunque la riflessione lungo due diverse, ma strettamente connesse, direttrici: lo svolgimento del rapporto di lavoro e i diritti fondamentali coinvolti.

## 3. Abbigliamento e rapporto di lavoro: i limiti generali al potere datoriale.

### 3.1 Un limite generale di fonte contrattuale: la causa.

Come premesso, le questioni relative all'abbigliamento dei lavoratori si rivelano strettamente connesse allo svolgimento del rapporto di lavoro nella sua globalità coinvolgendo, cioè, tanto la sfera degli obblighi del lavoratore, quanto e soprattutto, quella del potere datoriale. Così, ad esempio, si potrebbe banalmente rilevare che la diligenza del prestatore di lavoro è richiamata al fine di uniformare l'abbigliamento alle esigenze, in senso lato, dell'impresa[1383]; similmente, si potrebbe invocare l'obbligo di obbedienza a fronte di specifiche indicazioni datoriali circa l'opportunità di adottare o, viceversa, non adottare una determinata pratica di abbigliamento. La relazione abbigliamento/rapporto è, a mio avviso, ancora più stringente sul versante dei poteri datoriali; così, sempre in via esemplificativa, le prescrizioni del datore di lavoro sul vestiario (anche in tal caso sia di carattere positivo che negativo) si potrebbero ricondurre all'esercizio del potere direttivo, così come in caso di violazione delle stesse si giustificherebbe l'esercizio del potere di-

---

[1382] Valente L., *Capelli corti e acconciature classiche*, op. cit., p. 626.

[1383] Cfr. Ichino P., *Sui limiti del controllo*, op. cit., p. 658 secondo cui "[…] la diligenza nello svolgimento della prestazione, quando questa comporti il contatto con il pubblico, può implicare la necessità di una cura particolare da parte del lavoratore del proprio aspetto fisico e pertanto della pulizia personale, della pettinatura dei capelli, della rasatura periodica della barba, dell'appropriatezza dell'abbigliamento […]".

sciplinare o, ancora, non è difficile ipotizzare l'esercizio di un controllo sull'abbigliamento dei dipendenti.

Tuttavia, credo che, preso atto della sussistenza di una relazione tra abbigliamento e rapporto di lavoro, sia necessario abbandonare il piano della astratta possibilità per ragionare, invece, nei termini di legittima pretesa; vale a dire che al di là di ciò che è astrattamente prefigurabile è opportuno tentare di individuare ciò che è, invece, legittimamente esigibile. In proposito, ritengo che la valutazione circa la legittimità o meno delle indicazioni datoriali in merito al vestiario dei lavoratori – e, quindi, l'esercizio del potere del datore e/o l'ottemperanza degli obblighi del prestatore – debba improrogabilmente misurarsi con la questione dei limiti che contengono l'esercizio del potere datoriale. Prima, però, di soffermarmi sul fondamento del potere e, di conseguenza, su quello che, a mio avviso può essere individuato come il primo limite dello stesso, mi pare doveroso motivare la scelta dell'impiego di una declinazione unitaria e singolare di questa peculiare situazione giuridica ravvisabile in capo al datore di lavoro. Invero, si è rimarcato[1384] come, nel corso del tempo, si sia andata sedimentando la tendenza a studiare il potere datoriale nelle singole e specifiche articolazioni, piuttosto che in una dimensione unitaria. Si potrebbe obiettare che tale orientamento trova giustificazione nel fatto che alcuni poteri, nell'ambito del rapporto, non solo spiccano ma, al tempo stesso, esercitano una forza attrattiva nei confronti di altri. Sicchè, ad esempio, il potere direttivo, per un verso, caratterizza fortemente la struttura del contratto di lavoro e, per altro verso, racchiude al suo interno manifestazioni più specifiche quali il potere organizzativo o quello di conformazione delle mansioni[1385].

Ciò nonostante, mi sembra opportuno precisare che, malgrado le diverse articolazioni che l'esercizio del potere datoriale assume, si può riconoscere un'unitarietà della fattispecie sotto il profilo della funzione. In altre parole, se per potere del datore di lavoro si intende "una preminenza formale e sostanziale […] che abilita il titolare a formulare unitariamente comandi o direttive […], e di poi, a sanzionare la mancata «osservanza» delle regole così imposte"[1386], allora, si può ipotizzare l'esistenza di una fattispecie unitaria che "esprime […] la capacità del soggetto imprenditore di governare ed amministrare una pluralità di relazioni giuridiche […] con regole unitarie, […] allo scopo di realizzare la migliore combinazione possibile […] dei fattori materiali, immateriali ed umani […]"[1387]. Più precisamente, dunque, credo di poter affermare che le prerogative datoriali

---

[1384] Cfr. Ferrante V., *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato. Eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 18 ss. secondo cui "(*i*)l procedere episodico della normativa di legge […] conduce a smarrire l'unitarietà della fattispecie che, così, si frammenta, sotto l'influenza di una giurisprudenza naturalmente indotta a verificare sempre tracciati già noti […]. La dottrina, parimenti, suole procedere allo studio dei singoli poteri senza provare a ricondurre a trama unitaria la questione della qualificazione e le manifestazioni conseguenti alla scelta del tipo subordinato".

[1385] Cfr., in tal senso, Mariucci L., *Introduzione*, in Zilio Grandi G. (a cura di), *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Padova, Cedam, 2002, p. 6.

[1386] Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 9.

[1387] Op. ult. cit., p. 10. Si è altresì osservato che "è […] esatto parlare di *un* potere dell'imprenditore, unitario e generale, che nel suo esercizio si specifica e varia nelle sue manifestazioni, senza frantumarsi in tanti poteri diversi e separati, secondo che abbia per oggetto l'organizzazione, la disciplina, la vigilanza o il controllo dell'impresa oppure la disciplina di essa" Balzarini G., *Limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore - Relazione*, in *Atti del convegno su la tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 15. Concorda sull'unitarietà del potere datoriale anche Buoncristiano M., *I poteri del datore di lavoro*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di Diritto Privato*, Impresa e Lavoro, vol. I, Torino, Utet, 1986, p. 567 ss. che ribadisce la possibilità di

si unificano sotto il profilo della funzione nella stessa misura in cui, invece, si diversificano dal punto di vista strutturale.

Per quanto concerne, invece, l'origine delle prerogative datoriali, come noto, tale tema accompagna l'evoluzione del diritto del lavoro sin dai suoi primi passi quale autonoma disciplina scientifica. Questa continuità di riflessione è contraddistinta dall'accavallarsi di una molteplicità di elaborazioni dottrinali (a volte profondamente distanti le une dalle altre, a volte, invece, con evidenti elementi di contatto), tanto da far osservare che "l'ampio numero degli autori che ha preso parte a tale dibattito ha comportato una sovrapposizione delle linee interpretative e, di conseguenza, l'intrecciarsi (e l'ibridarsi) delle prospettive ricostruttive"[1388]. Ciò nonostante, come risaputo, le diverse posizioni dottrinali sono tradizionalmente riconducibili a due principali filoni interpretativi: da un lato, coloro che riconducono al contratto le posizioni giuridiche delle parti; dall'altro lato, coloro che, negando questa prospettiva, ne rinvengono l'origine, in tutto o in parte, al di fuori della cornice contrattuale. Ovviamente, la disamina delle diverse teorie richiederebbe una apposita riflessione che mi allontanerebbe dall'oggetto di questo studio, al tempo stesso, però, l'individuazione del fondamento del potere risulta prodromica all'identificazione dei suoi stessi limiti; sicché, ritengo doveroso precisare, sin da subito, l'adesione a quell'impostazione dottrinale secondo cui "la costituzione del rapporto dipende, ed esclusivamente, dall'incontro delle […] volontà"[1389] del datore di lavoro e del lavoratore, incontro che si realizza proprio attraverso lo schema contrattuale. Del resto, la tesi contrattualistica ha conquistato sempre maggiori consensi e la gran parte della dottrina contemporanea sembra sostanzialmente convergere sul riconoscimento del contratto quale fonte genetica del rapporto di lavoro e, quindi, sul fondamento prettamente contrattuale del potere datoriale[1390].

Se, dunque, il rapporto scaturisce dal vincolo contrattuale allora la definizione dei confini delle situazioni giuridiche che lo compongono va rinvenuta, innanzitutto, nella causa del contratto tradizionalmente elevata, nella nostra esperienza giuridica, ad elemento essenziale della fattispecie stessa[1391]. In linea di principio la funzione primaria della ragione giustificatrice del contratto è

---

una ricostruzione unitaria dei poteri datoriali e precisa che "pur avendo la dottrina da tempo individuato «vari» poteri dell'imprenditore, il problema […] resta quello del fondamento di una posizione di supremazia del datore di lavoro sul lavoratore e, per questa via, […] tocca la posizione stessa dell'imprenditore all'interno dell'impresa e l'essenza del rapporto di lavoro subordinato […]".

[1388] Ferrante V., *Potere e autotutela*, op. cit., p. 12.

[1389] Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto*, op. cit., p. 136.

[1390] In proposito si è infatti osservato che "da tempo, confutando le tesi che escludevano o svalutavano la rilevanza del contratto e ricostruivano la fattispecie in termini esclusivi di rapporto, la dottrina prevalente ha riconosciuto la genesi contrattuale del rapporto di lavoro" Zoli C., *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lav. dir.*, 1997, p. 241. Ancora più recentemente sulla predominanza della tesi contrattualistica cfr. Grossi P., *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, p. 28 ss.

[1391] In verità, anche le sorti della causa quale elemento essenziale del contratto meriterebbero una riflessione più approfondita, al momento mi preme evidenziare che la ragione giustificatrice dello schema contrattuale è oggetto di un significativo dibattito sia nella dimensione sovranazionale, quanto in quella nazionale. Invero, con riferimento all'esperienza sovranazionale, si discute circa la sorte dell'elemento causale in considerazione dell'assenza di riferimenti espliciti in alcuni documenti come, ad esempio, nei Principi elaborati dalla Commissione per il diritto europeo dei contratti, istituita agli inizi degli anni '80 e preseduta da Ole Lando, nel Code Européen des Contrats redatto dall'Accademia dei giusprivatisti europei coordinata da Giuseppe Gandolfi o, ancora, nei Principi dell'Unidroit sui contratti commerciali internazionali elaborati dall'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato e ispirati a quella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili del 1980 il cui art. 29 ritiene necessario e sufficiente per modificare o sciogliere un accordo il *mere agreement* (cfr., in via meramente esemplificativa, sul ruolo della causa nei documenti citati

ravvisabile nell'individuazione della tipologia contrattuale di riferimento e, conseguentemente, nella disciplina applicabile; così, nel diritto del lavoro la causa è l'elemento che distingue il lavoro subordinato dal lavoro autonomo e determina l'applicazione dell'una o dell'altra disciplina[1392]. Per quanto, poi, il codice civile fornisca una nozione di lavoratore subordinato e non di contratto di lavoro subordinato ciò, tuttavia, non ha impedito di ricondurre tale contratto nella categoria dei contratti onerosi sinallagmatici contraddistinti dal fatto che "*la prestazione di una parte è scambiata con la prestazione dell'altra […]*"[1393]. A ben vedere, dunque, la causa di tali contratti è identificabile proprio nello scambio tra le prestazioni[1394], però mentre, ad esempio, nel contratto di compravendita il legislatore non lascia adito a dubbi ponendo in relazione sinallagmatica il trasferimento della proprietà di un bene, o di un altro diritto, con l'obbligazione del prezzo (art. 1470 cod. civ.), nel contratto di lavoro l'oggetto dello scambio e, quindi la causa, non è tipizzato in questi termini o, per meglio dire, se non vi sono dubbi sullo scambio quale causa del contratto minori certezze sussistono invece sull'oggetto e, di conseguenza, sui confini dello scambio[1395].

---

Breccia U., *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in Mazzamuto S. (a cura di) *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 241 ss. e dello stesso autore *Causa e* «consideration», in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 575; Castronovo C., *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, Milano, Giuffrè, 2001, p. XXVII; Ferri G. B., *L'«invisibile» presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 897 e, dello stesso autore, *Il code Européen des Contrats*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 27; Rascio R., *I Principi di Diritto Europeo e la causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 235; Vacca L. (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, Giappichelli, 1999).

Per quanto concerne, invece, la causa nell'ordinamento nazionale il dibattito che tradizionalmente accompagna questo elemento del contratto in relazione, soprattutto, alla incertezza definitoria (a riguardo non posso fare a meno di richiamare l'affermazione di Pugliatti per cui con riferimento alla causa "il solo risultato positivo e certo, che la dottrina abbia fino ad oggi conseguito, è questo che si usa nel comune linguaggio giuridico un termine di cui è difficile precisare il significato" Pugliatti S., *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, in *Studi in memoria di G. Venezian*, Messina, 1934, p. 187) è attualmente implementato dalla sentenza della Corte di Cassazione, 8 maggio 2006, n. 10490 sul superamento della nozione astratta di causa (cfr. sul punto, in particolare, Lanotte A., *La causa: uno, nessuno e centomila*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 541; Rimoldi F., *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, in *Contratti. Rivista di dottrina e di giurisprudenza*, 2007, p. 624 e Rolli R., *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 416).

[1392] Come rilevato da Massimo D'Antona "il lavoro subordinato è protetto dall'applicazione imperativa del diritto del lavoro, che implica la più severa restrizione dell'autonomia contrattuale e pone a carico del datore di lavoro rilevanti oneri e doveri di solidarietà; il lavoro autonomo resta affidato ad un regime prevalentemente contrattuale, in qualche punto corretto in senso protettivo, in analogia più o meno stretta con il diritto del lavoro" D'Antona M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 87.

Inoltre, ritengo opportuno ribadire il ruolo, indubbiamente peculiare, che il procedimento di qualificazione assume in relazione al contratto di lavoro. Infatti, a differenza di quanto accade per gli altri schemi contrattuali rispetto ai quali il comportamento complessivo delle parti, anche successivo alla conclusione del contratto, ha funzione ermeneutica e giammai integrativa dell'accordo, nel contratto di lavoro, invece, il comportamento delle parti e, in questo caso, soprattutto quello successivo alla stipulazione del contratto, ha funzione integrativa e non meramente ermeneutica (in questi termini si esprime Ghera E., *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 19). Tale constatazione non deve però trarre in inganno poiché la causa resta il *discrimen* tra le tipologie contrattuali mentre "la qualificazione è il presupposto non per ricondurre la volontà delle parti al tipo legale ma per imputare alla volontà lo statuto protettivo incorporato nel tipo legale" op. ult. cit., p. 23.

[1393] Roppo V., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 439. L'autore specifica altresì che "*(l)*e due prestazioni sono in rapporto di *reciprocità*, nel senso che ciascuna è fatta in ragione dell'altra, per contraccambiarla; e in rapporto d'*interdipendenza*, nel senso che ciascuna si regge sull'altra".

[1394] Op. loc. ultt. citt..

[1395] La questione, ovviamente, non è di poco conto poiché se il contratto rappresenta il terreno di scontro e - al tempo stesso, di incontro - degli interessi privati e, dunque, si eleva a "punto di equilibrio degli interessi in conflitto" (cfr. op. ult. cit., p. 376), allora, la determinazione di quali interessi entrano nel contratto e di quali, viceversa, ne restano fuori diviene dirimente: i primi, infatti, confluiranno nella causa che, appunto, "comprende *gli interessi della parte che il contratto deve assicurarle, perché formano la ragione giustificativa del contratto stesso*" (op. ult. cit., p. 377), i secondi, invece, troveranno posto nella sfera irrilevante dei motivi (intendendosi per motivi "*gli interessi (bisogni, impulsi, fini) della parte, che restano fuori dal contratto perché non fanno parte della sua ragione giustificativa*" op. loc. ultt. citt.).

Ciò nonostante, mi sembra maggiormente condivisibile l'opinione di chi[1396], mantenendosi più fedele al dettato normativo (*ex* art. 2094 cod. civ.), riconduce la collaborazione del prestatore e, più precisamente, il suo inserimento nell'organizzazione produttiva nella causa del contratto di lavoro subordinato. Invero, l'utilità della prestazione, essenziale per il soddisfacimento dell'interesse creditorio, si concretizza "nella sua idoneità ad essere inserita nell'organizzazione produttiva"[1397], ben potendo una prestazione scollegata dal contesto organizzativo dimostrarsi assolutamente inutile e contrattualmente insoddisfacente per la parte datoriale. Sicché, il risultato – interesse perseguito dal datore attraverso il contratto di lavoro può rintracciarsi in quell'organizzabilità[1398] della prestazione del lavoratore che richiama, sotto il profilo dell'oggetto dello scambio contrattuale, l'inserimento dello stesso nell'organizzazione produttiva.

Pertanto, la causa del contratto di lavoro subordinato si rivela essere oggi, in considerazione anche degli sviluppi dei modelli organizzativi, una causa complessa in cui le parti scambiano retribuzione *versus* inserimento/collaborazione[1399]; al tempo stesso, l'effetto di questo schema contrattuale è dato dalla subordinazione che, per un verso, "identifica il contratto come tipo" e, per altro verso, "identifica […] la situazione (o posizione) soggettiva del lavoratore nel mercato del lavoro [...][1400] .

Individuato nei termini suddetti l'oggetto dello scambio, causa del contratto di lavoro subordinato, ne deriva che il potere del datore, quale che sia la sua declinazione specifica, non potrà mai esercitarsi al di là di ciò che è strettamente funzionale all'inserimento del lavoratore nell'organizzazione produttiva: è, dunque, proprio l'oggetto dello scambio un limite, segnatamente contrattuale, all'esercizio del potere datoriale e, di conseguenza, proprio la causa del contratto è, nello specifico, un primo limite generale frapponibile alle prerogative relative all'abbigliamento del lavoratore.

Del resto, e prendendo in esame una disposizione "indice del superamento della tradizionale concezione fiduciaria del rapporto di lavoro"[1401], una conferma della causa del contratto quale limite

---

1396 Ghera E., *Subordinazione, statuto protettivo*, op. cit.

1397 Viscomi A., *Diligenza e prestazione di lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 220. L'autore precisa che non si tratta di utilità economica "bensì proprio *della congruità tra la prestazione e l'organizzazione del lavoro*".

1398 Sul concetto di organizzabilità cfr. op. loc. ultt. citt. e Zoppoli L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, Esi, 1991, p. 148.

1399 Cfr. Ghera E., *Subordinazione, statuto protettivo*, op. cit., p. 4. L'autore, a dir il vero, precisa che "l'inserzione del lavoratore nell'organizzazione produttiva, pur caratterizzando il tipo socialmente ed economicamente più importante di lavoro subordinato e pur fungendo da modello per la disciplina del rapporto, non qualifica il tipo legale del contratto: questo è, appunto, qualificato dalla subordinazione del prestatore verso il datore […]".
Sul fenomeno di ampliamento della causa del contratto di lavoro cfr. Mengoni L., *Contratto di lavoro e impresa*, in Napoli M. (a cura di), *Il contratto di lavoro*, Milano, Vita e Pensiero, 2004, p. 21. L'autore afferma che "il lavoratore non si obbliga semplicemente a prestare la propria attività di lavoro in determinate mansioni, ma si obbliga a svolgere tali mansioni in vista dello scopo dell'organizzazione creata dal datore di lavoro". In tal modo, il risultato produttivo dell'impresa resta estraneo all'oggetto dell'obbligazione ma diviene criterio di riferimento per "la determinazione del contenuto e del modo di essere della prestazione", cosicché, proprio l'allargamento della causa del contratto, fa si che "l'interesse dell'imprenditore viene sottratto a valutazioni soggettive e arbitrarie […], alle quali lascia libero campo la teoria contrattualistica tradizionale, e assoggettato, invece, alle valutazioni oggettive e tipiche proprie della causa negoziale […]".

1400 Ghera E., *Subordinazione, statuto protettivo*, op. cit., p. 21.

1401 Bernardo P., *Libertà e dignità del lavoratore: Titolo I dello Statuto dei lavoratori*, in Cester C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, Utet, 2007, p. 437.

al potere del datore si può rintracciare nell'art. 8 dello Statuto dei Lavoratori che, vietando le indagini su opinioni e fatti irrilevanti in relazione alla valutazione dell'attitudine professionale del prestatore, protegge il lavoratore "da ogni interferenza su quanto non è riconducibile all'obbligazione dedotta in contratto"[1402]. Però, se, per un verso, la disposizione vieta, per altro verso, la stessa autorizza, nel senso che "letta in positivo, riconosce la legittimità di indagini relative a fatti rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore"[1403]; in altre parole, sembrerebbe che il principio dell'irrilevanza della vita privata del lavoratore nell'ambito del rapporto di lavoro cessi di operare, o quanto meno si attenui, laddove elementi personali di vario tipo possano condizionare il corretto adempimento della prestazione lavorativa.

Similmente, con riferimento specifico all'abbigliamento dei lavoratori se pure la causa del contratto contribuisce a limitare il potere del datore, non è da escludere che proprio l'inserimento nell'organizzazione produttiva e, quindi, il soddisfacimento dell'interesse creditorio possano giustificare un'incursione del datore di lavoro in ambiti di regola sottratti al suo potere[1404]. Ovviamente tale incursione potrebbe mascherarsi sotto forma di provvedimenti di gestione del rapporto di vario tipo ed essere sottoposta ad un controllo giudiziale contraddistinto, spesso[1405], dall'attribuzione al datore di lavoro dell'onere di dimostrarne la legittimità sicché l'esercizio di una prerogativa datoriale in merito al vestiario dei dipendenti dovrebbe essere, oltre che causalmente fondata, processualmente provata.

Il rischio di un'organizzazione fagocitante rispetto al vincolo contrattuale[1406] - pur attutito dal rilievo attribuito all'organizzabilità della prestazione che, inevitabilmente, limita il rilievo del profilo organizzativo a ciò che è strettamente funzionale al soddisfacimento dell'interesse perseguito dal datore – impone un'ulteriore precisazione. Difatti, ritengo che la legittimità di eventuali imposizioni e/o divieti del datore di lavoro in relazione al vestiario dei dipendenti debba essere vagliata con estremo rigore. Vale a dire che, innanzitutto, deve sussistere uno stretto e ineludibile legame tra l'abbigliamento e l'adempimento della prestazione, nel senso che – similmente a quanto il

---

[1402] Cester C. e Suppiej G., *Lavoro subordinato (contratto e rapporto)* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano* – appendice, vol. IV, Torino, Utet, 1983, p. 774.

[1403] Cataudella A., *Dignità e riservatezza del lavoratore (tutela della)* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, vol. XI, p. 9. Più recentemente, cfr. Bavaro V., *Ideologia e contratto*, op. cit., p. 225.

[1404] Cfr., in tal senso, Smuraglia C., *Diritti fondamentali della persona*, op. cit., p. 474 secondo cui "in alcune […] ipotesi, l'obbligazione di assumere un determinato assetto esteriore finisce per entrare nello stesso fascio di obbligazioni del rapporto di scambio, perché in qualche modo fa parte della prestazione".

[1405] Così, in via meramente esemplificativa, si pensi all'ipotesi in cui il datore di lavoro ricorra ad un trasferimento o al licenziamento o, ancora e più in generale, a tutte le ipotesi in cui si realizza una condotta discriminatoria.

[1406] È risaputo che il rapporto organizzazione/contratto ha suscitato un intenso dibattito dottrinale. Così, in via meramente esemplificativa, a fronte di chi rinviene uno stretto legame tra i due al punto da qualificare il contratto di lavoro nei termini di contratto di organizzazione (il riferimento, in tal caso, non può che essere alla nota teoria di Persiani, cfr. Persiani M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, Cedam, 1966) si pone, invece, chi, pur ponendo l'accento sulla dimensione organizzativa, è propenso ad escluderne un legame genetico con il contratto (cfr., sempre in via esemplificativa, Liso F., *La mobilità del lavoro in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli, 1982, p. 51 e Giugni G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, Jovene, 1963, p. 21 che osserva come "la realtà dell'impresa e la stessa dimensione di questa, sebbene estranee ad una corretta individuazione dell'oggetto dell'obbligazione di lavoro, può pertanto svolgere un ruolo di primaria importanza come strumento di ricostruzione tipologica della realtà a cui sia dato imputare peculiari qualificazioni giuridiche […]"). Sul concetto di organizzazione del lavoro e sul rapporto con il contratto cfr. altresì, Carabelli U., *Organizzazione del lavoro e professionalità*, op. cit., p. 38 ss.

diritto comunitario prevede per escludere la sussistenza di una condotta discriminatoria[1407] – il primo deve essere requisito essenziale e determinante per lo svolgimento della attività lavorativa. Inoltre, credo che il potenziale coinvolgimento di diritti anche costituzionali del lavoratore implichi che l'ingerenza del datore possa giustificarsi solo in assenza di possibili alternative praticabili ovvero quale *extrema ratio*[1408].

### 3.2 Un limite generale di fonte legale: la tutela della personalità morale ex art. 2087 cod. civ.

Le prerogative datoriali in merito alle pratiche di abbigliamento dei lavoratori incontrano oltre ad un limite prettamente contrattuale – quale, per l'appunto, la ragione giustificatrice dello schema contrattuale – anche un limite generale di fonte legale. In tal senso ritengo ipotizzabile un'interpretazione dell'art. 2087 cod. civ. - o, più precisamente, di quella "personalità morale" del prestatore che il datore è chiamato a tutelare congiuntamente all'integrità fisica - che consente di ravvisare nella disposizione codicistica una ulteriore limitazione alle prerogative datoriali in relazione all'abbigliamento dei lavoratori, proprio sotto il profilo specifico del vestiario quale proiezione dei tratti identitari degli stessi. Come noto, l'art. 2087 cod. civ., considerato tendenzialmente norma di chiusura del sistema infortunistico[1409], ha "fatto scorrere molto più inchiostro per la parte relativa all'integrità fisica che non per quella relativa alla personalità morale"[1410]. Ciò nonostante, è altrettanto risaputo, che nell'ultimo periodo si è assistito ad una vera e propria riscoperta costituzionalmente orientata di quella parte della disposizione che pone a carico del datore la tutela anche della personalità del lavoratore e che, proprio tale prospettiva interpretativa, ha consentito di ricondurre alla previsione codicistica un insieme di ipotesi accomunate dall'effetto di arrecare un'aggressione alla persona del lavoratore non riducibile alla mera lesione della integrità psico-fisica[1411].

Indubbiamente, la rilettura della previsione codicistica è stata agevolata anche dalla progressiva affermazione di un'accezione positiva - più che negativa - dello stato di salute inteso, cioè, come situazione complessiva di benessere; sicché, come dichiarato nella Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, "*health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*". La diffusione di tale accezione, del resto, trova oggi conferma nella normativa posta a tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro che, per l'appunto, adotta una definizione di salute quale "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità"[1412].

Con riferimento specifico, invece, alla tutela dei tratti identitari, credo che «l'età dell'oro» della

---

[1407] Cfr., ad esempio, gli artt. 4 delle direttive n. 2000/43 del 29 giugno 2000 e n. 2000/78 del novembre 2000.

[1408] Cfr. in termini simili Bellavista A., *Abbigliamento del dipendente*, op. cit., p. 229 ss.; Nunin R., *"Look" e "sessismo"*, op. cit., p. 136 ss.; Valente L., *Capelli corti e acconciature classiche*, op. cit., p. 625 ss.

[1409] In via esemplificativa, cfr. Bertocco S., *La tutela della salute nei luoghi di lavoro*, in Cester C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato*, op. cit., p. 968; Bernardo P., *sub 2087 cod. civ.*, in Cendon P. (diretto da), *Commentario al codice civile*, Torino, Utet, 2002, p. 38; Albi P., *sub 2087 cod. civ.*, in Grandi M. e Pera G. (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, Cedam, 2009 p. 419.

[1410] Smuraglia C., *Diritti fondamentali della persona*, op. cit., p. 453.

[1411] In tal senso, cfr. Bertocco S., *La tutela della salute*, op. cit., p. 977.

[1412] Art. 2, lett. o), D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81

legislazione comunitaria antidiscriminatoria[1413] (seppur non seguita da una stagione altrettanto entusiasmante nell'ordinamento nazionale[1414]) abbia prodotto e produrrà inevitabili ricadute anche sul piano del riconoscimento delle identità. Tale insieme di norme costituisce l'approdo giuridico di una sensibilità diffusa e, contestualmente, contribuisce a porre al centro del sistema la questione delle identità, poiché, oltre ad "impedire, attraverso obblighi di natura negativa, che il destino delle persone sia determinato da *status* naturali o sociali ascritti […]", consente "attraverso obblighi di natura positiva, che identità soggettive differenti siano tutte egualmente riconosciute e tutelate"[1415].

In sostanza, dunque, l'affermazione di una concezione dello stato di salute sganciato oramai dalla mera assenza di malattia e, d'altro canto, l'affastellamento di disposizioni antidiscriminatorie che hanno assunto le sembianze di un vero e proprio *corpus* normativo rappresentano, a mio avviso, un contesto favorevole per un'interpretazione dell'art. 2087 cod. civ. volta a tutelare anche i profili identitari dei lavoratori. Tuttavia, al di là del contesto, ritengo che il punto di partenza per l'elaborazione di tale proposta interpretativa possa individuarsi nella qualificazione della disposizione stessa. L'art. 2087 cod. civ., a mio avviso, è ascrivibile alla tipologia delle cd. "norme generali" ovvero "norme complete" che contemplano una fattispecie descritta attraverso una "categoria riassuntiva" e che, quindi, conferiscono al giudice un margine di "discrezionalità di fatto, non […] una discrezionalità produttiva o integrativa di norme"[1416]. La previsione codicistica in esame contiene una fattispecie che non è descritta analiticamente quanto, piuttosto, attraverso categorie riassuntive quali l'integrità fisica e la personalità morale. Proprio la struttura della norma consente, allora, di aggiornarne il contenuto in piena coerenza con le funzioni riconosciute alla tipologia generale di riferimento. Infatti, se dal punto di vista strutturale la norma generale si

---

[1413] Barbera M., *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 399.

[1414] Come noto, l'attuazione delle prime direttive comunitarie ad opera dei decreti nn. 215 e 216 del 2003 ha suscitato un'ampia discussione dottrinale; ancor più criticato (e sorprendentemente attualmente inalterato) è stato il d. lgs. n. 198/2006 che, contrariamente alle indicazioni della delega (l. n. 246/2005) concernente tutti i fattori potenzialmente discriminatori, si è limitato a "riordinare" solo la normativa relativa al fattore del genere, tra gli altri cfr. Amato F., Barbera M., Calafà L., *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul Codice delle Pari Opportunità*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 227 ss.

[1415] Barbera M., *Introduzione. L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, p. 469; sul punto cfr., altresì, Guarriello F., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 343.

[1416] Mengoni L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 9 ss.. Più precisamente, l'autore specifica che "(*i*)l concetto di norma generale designa una tecnica di conformazione della fattispecie legale opposta al metodo casistico" e che tale tipologia di norma è "costituita da una fattispecie e da un comando, ma la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva" e, a tal proposito, richiama tra le altre, in via esemplificativa, la disposizione che ammette il licenziamento del lavoratore per giustificata causa o giustificato motivo. Pertanto, la concretizzazione di una norma di tal tipo rinvia il giudice "volta a volta a modelli di comportamento e a stregue di valutazioni obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera". Viceversa, la clausola generale è strutturalmente una norma incompleta, priva di un'autonoma fattispecie ovvero, più precisamente, "una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta" (op. ult. cit., p. 10). Si precisa, altresì, che le clausole generali sono "frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni"; così, ad esempio, la clausola di correttezza si concretizzerà nell'ambito delle norme che disciplinano l'adempimento dell'obbligazione e la clausola della buona fede nell'ambito delle norme che regolamentano la formazione, l'interpretazione e l'esecuzione del contratto. In sostanza, le clausole generali sono definite come "norme di direttiva" che, cioè, "delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno standard sociale" (op. ult. cit., p. 13).

differenza dalla clausola generale, viceversa, per quanto concerne il profilo funzionale le differenze si attenuano, poiché la prima reitera, seppur con significative specificazioni, le funzioni proprie della seconda. Così, l'indiscussa funzione ossigenante delle clausole - raffigurate come "finestre aperte sulla società"[1417] che evitano l'immobilismo dell'ordinamento giuridico garantendone il costante adeguamento alla realtà di riferimento - è rinvenibile anche nelle norme generali in ragione della indeterminatezza strutturale che le caratterizza. Però, mentre le clausole rinviano più marcatamente ad interessi generali, le norme generali, a mio avviso, attribuiscono maggior rilievo agli interessi dedotti in contratto, basti pensare, a questo proposito, al risalto che assumono gli interessi delle parti nella giustificazione del licenziamento, nella individuazione delle ragioni oggettive che legittimano il trasferimento del lavoratore o, infine e sempre in via esemplificativa, nella individuazione della lesione all'integrità fisica e/o alla personalità morale del lavoratore. Ancora, la funzione integrativa o, secondo altri, meramente correttiva[1418] delle clausole si propone nelle norme generali in termini indubbiamente meno invasivi; anche tale ridotta incisività è riconducibile alla differenza strutturale delle due tipologie di norme, posto che i margini di discrezionalità del giudice sono ben più ristretti quando deve applicare una norma generale rispetto a quando, invece, ricorrendo ad una clausola generale partecipa alla formulazione della disposizione[1419]. Infine, le clausole svolgono una funzione di limite e/o di controllo del potere privato[1420] e dunque anche del potere datoriale[1421]. Tanto le clausole quanto le norme generali limitano il potere e, di conseguenza, indirettamente lo legittimano; ciò nonostante mi sembra che la formulazione della norma generale consente di attribuirle un ruolo fondativo del potere che, di contro, la maggiore astrazione delle clausole generali non permette di rinvenire.

---

[1417] Rodotà S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 718.

[1418] Alcuni autori sostengono che le clausole intervengono come fonti di eterointegrazione negoziale, vale a dire che concorrono alla determinazione del contenuto contrattuale (cfr. Mengoni L., *Spunti per una teoria*, op. cit., p. 17; Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 111 ss.); secondo altri, invece, le clausole consentono al giudice solamente di valutare il comportamento delle parti e di correggere la disciplina *stricto jure* dell'agire privato. Mi preme, comunque, evidenziare che tale contrapposizione si è manifestata maggiormente con riferimento alla clausola specifica della buona fede; per una ricostruzione sintetica e compiuta delle posizioni dottrinali, nonché dei principali rilievi critici, mi sia consentito rinviare a Viscomi A., *Diligenza e prestazione*, op. cit., p. 272 ss. e Tullini P., *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, Maggioli Editore, 1990, p. 54 ss.

[1419] Credo si possa riconoscere l'esistenza di un'articolazione del potere interpretativo del giudice a seconda della struttura della norma applicabile al caso concreto; questa articolazione sussiste non solo a fronte di norme formulate con tecniche diametralmente opposte ma, anche, dinnanzi a disposizioni espresse attraverso tecniche affini come, ad esempio, la norma generale e la clausole generale. Sostanzialmente, nel caso di una norma formulata con la tecnica della fattispecie analitica "il giudice dispone in partenza di un patrimonio di dati per la ricerca della decisione, costituito dal testo normativo" (Mengoni L., *Spunti per una teoria*, op. cit., p. 17) e, quindi, i margini di discrezionalità della decisione, seppur presenti, si riducono considerevolmente. Viceversa, in presenza di norme o clausole generali questi stessi margini si dilatano ma in misura differente; nella prima ipotesi, la delega conferita al giudice è meno ampia poiché "la discrezionalità […] si esaurisce nella determinazione di una fattispecie i cui caratteri, sia pure in modo generico, sono anticipati dal legislatore" laddove al cospetto di una clausola generale "la discrezionalità del giudice va oltre la mera specificazione di uno schema comunque già abbozzato" Nivarra L., *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 426.

[1420] Si è osservato che le clausole operano come "strumenti di controllo dell'agire privato e, in particolare, dell'esercizio delle posizioni giuridiche soggettive che conferiscono posizioni di potere o di supremazia nell'ambito della relazione interindividuale" Viscomi A., *Diligenza e prestazione*, op. cit., p. 273.

[1421] Cfr. Ferrero G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Dir. rel. ind.*, 1991, p. 159 secondo cui le clausole intervengono "in funzione delimitativa e di controllo dei poteri discrezionali dell'imprenditore nella gestione dei rapporti di lavoro". Si è anche osservato che l'utilizzo delle clausole generali in funzione limitativa e/o di controllo delle prerogative datoriali ha lo "scopo di garantire che l'esercizio di queste ultime sia non solo formalmente rispettoso dei presupposti e delle condizioni stabilite dalla legge o dall'autonomia delle parti, ma risulti altresì corretto e non arbitrario" Tullini P., *Clausole generali*, op. cit., p. 116.

La qualificazione dell'art. 2087 cod. civ. nei termini di norma generale, dunque, costituisce la necessaria premessa logico-giuridica di una proposta interpretativa volta a individuare nella disposizione codicistica un limite, di fonte legale ma di struttura contrattuale, al potere datoriale con riferimento – anche - all'identità culturale dei lavoratori. L'impiego di una categoria riassuntiva nella descrizione della fattispecie se, per un verso, consente di non ingessare la disposizione - e, piuttosto, di utilizzarla per far risaltare nuovi interessi dei contraenti - per altro verso, impone di mantenersi entro i binari mobili, ma comunque saldi, posti dal legislatore.

In sostanza, vi è da verificare se e come l'obbligo di tutela della personalità morale possa essere invocato al fine di salvaguardare i tratti identitari del lavoratore o, più precisamente, come il riferimento specifico alla personalità morale possa inglobare anche quelle scelte inerenti al vestiario attraverso cui si veicolano, più o meno direttamente, le appartenenze degli individui.

Proprio una lettura unitaria dell'oggetto di protezione *ex* art. 2087 cod. civ., ravvisabile nella persona nella sua interezza[1422], impone di attribuire una potenziale rilevanza autonoma alle due sfere oggetto di tutela, identificate ed espressamente distinte dal legislatore ovvero, per l'appunto, integrità fisica e personalità morale. Sicché, quest'ultima dimensione dell'individuo/lavoratore può – ma non necessariamente è, né tantomeno, deve – essere pregiudicata da una lesione della prima; invero, nell'ottica di tenere distinti i due concetti, si è osservato che la tutela della personalità morale non si esaurisce nella mera omissione di aggressioni all'integrità psico-fisica ma "assum(*e*) i contenuti di un atteggiamento doveroso che (*può*) essere censurato anche se non ne (*è*) derivata alcuna conseguenza pregiudizievole all'integrità"[1423].

Peraltro, se l'art. 2087 cod. civ. è posto a tutela dell'individuo complessivamente considerato e se la personalità morale gode di una autonomia concettuale è possibile per suo tramite, coerentemente con la struttura, le funzioni della disposizione e un'interpretazione evolutiva della stessa, assicurare protezione a quei tratti della persona non riconducibili alla dimensione psico-fisica. Il riferimento alla personalità, quindi, ripulito da ogni deriva paternalistica, consente di affermare che nell'esecuzione del rapporto di lavoro "deve essere rispettata la «persona» del debitore […], sia in senso fisico, sia nella direzione più ampiamente etica" al fine di evitare che il lavoratore "sia costretto a «scambiare» ed alienare i propri diritti personalissimi"[1424].

D'altro canto, ma senza alcuna intenzione di scandagliare il ginepraio entro cui si agitano i concetti di «identità», «cultura», nonché il binomio «identità culturale»[1425], è incontestabile l'esistenza di

---

[1422] Cfr. Magno P., *Integrità psichica e personalità morale del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1994, p. 421. Invero, secondo l'autore integrità fisica e personalità morale sono anima e corpo "nell'interezza di tutti gli aspetti rilevanti per il diritto"; sicché "l'oggetto della protezione è in realtà unitario, consistendo nella persona nel suo complesso e nei suoi valori, al di là di classificazioni e distinzioni non esistenti in rerum natura ma solo sul piano giuridico".

[1423] Nisticò F., *Mobbing o pregiudizio alla personalità morale?*, in *Lav. giur.*, 2003, p. 329. L'autore precisa che "rispettare la personalità di un individuo non significa […] solo evitare di condurlo alla depressione o ad altra forma di psicopatologia" poiché appare palese che "il comando legislativo non intende proteggere la sola integrità, ma la condizione esistenziale dell'individuo e che il destinatario della molestia (*può*) reagire anche a fronte di una forma di aggressione che non (*ha*) l'effetto di cagionare un pregiudizio permanente".

[1424] Montuschi L., *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, p. 322.

[1425] La consapevolezza dell'inevitabile incompletezza di ogni riferimento bibliografico a riguardo mi induce a minimi ed essenziali richiami di carattere meramente esemplificativo. Così, sulla natura ambigua e controversa del concetto di «identità» cfr. Bauman Z., *Intervista sull'identità*, in Vecchi B. (a cura di), Bari-Roma, Laterza, 2003, p. 74 ss. Sull'ampiezza del concetto di «cultura» cfr. Kymlicka W., *La cittadinanza*, op. cit., p. 134, nonché, di recente, Ceccherini E., *Multiculturalismo (dir. comp.)* (voce), in *Digesto delle discipline*

uno stretto legame tra identità culturale ed individuo. Tale specifica declinazione dell'identità, oltre che in una dimensione collettiva, è rinvenibile anche nella sfera individuale poiché rappresenta un aspetto, particolarmente significativo, di narrazione del sé che, in quanto tale, è continua ma non necessariamente coerente e che, soprattutto, prende forma e si svolge attraverso un costante dialogo con l'altro[1426]. L'identità culturale, dunque, contribuisce alla definizione della «persona» costituendone un tratto insopprimibile nella misura in cui risponde al soddisfacimento di bisogni fondamentali e correlati quali la sicurezza e l'appartenenza[1427].

La possibilità di aggiornare la disposizione codicistica e, quindi, di ricomprendervi anche quei tratti della persona non risolvibili nella sfera fisica e/o psichica e, al tempo stesso, la considerazione dell'identità culturale quale componente di identificazione del soggetto consentono, quindi, di individuare nella personalità morale *ex* art. 2087 cod. civ. uno spiraglio attraverso cui tutelare l'identità culturale del lavoratore e, più specificatamente, quelle scelte relative all'abbigliamento che ne costituiscono una proiezione. Questa interpretazione della disposizione credo ne confermi la dichiarata modernità[1428] nonché la "disponibilità […] a recepire valori culturali nuovi, ispirati non ad etiche contenutistiche fuori del tempo, ma semplicemente ad un'etica umanistica di riconoscimento e rispetto, sempre più pieni, del valore dell'Altro"[1429].

Inoltre, la recente valorizzazione della previsione del codice, raffigurata come la chiave attraverso cui assicurare la promozione della dignità umana[1430], consente di individuare proprio nella dignità un ulteriore limite di carattere generale al potere datoriale anche relativamente al vestiario dei dipendenti. Infatti, se in generale la dignità è richiamata come limite invalicabile del potere datoriale[1431], più in particolare il concetto è invocato anche al fine di valutare l'ammissibilità degli atti di disposizione individuale concernenti l'abbigliamento dei lavoratori[1432]. La dignità, dunque, può

---

*pubblicistiche* – appendice di aggiornamento, Tomo II, Torino, Utet, 2008, secondo cui la cultura va intesa come un "processo di stratificazione e di sintesi di alcuni elementi storici, linguistici, religiosi, razziali ed etnici condivisi da una pluralità di persone in senso intergenerazionale e che sono considerati strategici per la costruzione dell'identità individuale". Per quanto concerne, invece, l'identità culturale mi sia consentito rinviare ai riferimenti bibliografici già inseriti (cfr. nota 1) ed evidenziare il tentativo di teorizzarne la qualificazione come diritto fondamentale dell'individuo e del gruppo (cfr. Mormile L., *Attuazione dei diritti fondamentali*, op. cit., p. 60 ss.).

1426 Sul rapporto identità/alterità si è osservato che la prima non è un'autoproduzione dell'individuo ma si "costruisce attraverso identificazioni progressive con l'immagine dell'altro e più precisamente attraverso l'immagine che l'altro ha di sé e l'immagine che l'altro ha di me" sicché "l'alterità è un elemento costitutivo essenziale della nostra identità" Bouchard M., *Identità culturale, uguaglianza*, op. cit., p. 470. Sulla stretta relazione tra identità e riconoscimento cfr. Taylor C., *La politica del riconoscimento*, in Habermas J. e Taylor C., *Multiculturalismo*, op. cit., p. 9 secondo cui l'identità è "plasmata in parte dal riconoscimento o dal mancato riconoscimento o, spesso, da un *mis*conoscimento da parte di altre persone".

1427 Invero, si è osservato che "la propensione alla categorizzazione sociale non può essere del tutto eliminata poiché risponde a un bisogno basilare, quello di comprendere, semplificare e controllare la realtà che ci circonda"; inoltre, "la percezione di appartenere a una o più categorie sociali […] risponde a un altro bisogno basilare, quello di sviluppare relazioni sufficientemente stabili e prevedibili con un certo numero di persone" Catellani P., *Un'agenda psicologica per una società multiculturale. I. Ridurre l'incertezza per aprirsi alla diversità*, in Galli C. (a cura di), *Multiculturalismo*, op. cit., p. 151. Sul legame tra identità e sicurezza cfr. altresì Bauman Z., *Intervista sull'identità*, op. cit., p. 31.

1428 Bernardo P., *sub 2087 cod. civ.*, op. cit., p. 40.

1429 Del Punta R., *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 217.

1430 Viscomi A., *Il mobbing: alcune questione su fattispecie ed effetti*, in *Lav. dir.*, 2002, p. 59.

1431 Montuschi L., *Problemi del danno*, op. cit., p. 329.

1432 Cfr. Bellavista A., *Abbigliamento del dipendente*, op. cit., p. 232; Nunin R., *"*Look*" e "sessismo"*, op. cit., p. 138.

considerarsi limite generale di fonte costituzionale *ex* art. 41 Cost., 2 comma, ulteriormente specificato in quelle disposizioni dello Statuto dei Lavoratori che hanno contribuito a rendere la legge del 1970 un tentativo riuscito di «costituzionalizzazione» dell'impresa[1433]. Ma proprio l'individuazione di tale limite schiude nuove problematiche imponendo di spostare la riflessione sul livello costituzionale poiché, del resto, la dignità altro non è che "termine riassuntivo dei diritti fondamentali della persona umana (sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità)"[1434].

## 4. Abbigliamento e diritti costituzionali.

### 4.1 L'art. 41 della Costituzione: un bilanciamento aperto.

Le determinazioni relative all'abbigliamento all'interno dei luoghi di produzione, come ho avuto modo di evidenziare, oltre ad incidere sulle situazioni giuridiche che compongono il rapporto di lavoro rinviano altresì ad una dimensione gerarchicamente superiore, costituendo spesso, tanto dal lato dei lavoratori quanto da quello dei datori, articolazione specifica di diritti di rango costituzionale. Così, ad esempio, quanto alla sfera del prestatore si può rilevare come un dato vestiario ne possa riflettere l'appartenenza religiosa, sicché, indossare il crocifisso, portare il velo, la *kippah* o i *dreadlocks* può considerarsi per il cattolico, l'islamica, l'ebreo o il rastafariano una specificazione del diritto di professare liberamente la propria fede religiosa (art. 19 Cost.). Altre volte, invece, la pratica dell'abbigliamento pur scevra di risvolti di natura religiosa può, comunque, rispecchiare i tratti identitari dell'individuo; pertanto, sempre in via esemplificativa, la scelta di un pacifista di indossare capi di *Emergency* o di un indiano di abbigliarsi con il *sari* o il *kurta* possono essere espressione della libertà di ciascuno – e, dunque, ricondursi all'art. 13 della Costituzione – ma anche, prendendone in esame la proiezione esterna e comunicativa, ascriversi al diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero *ex* art. 21 Cost.[1435]. Con riferimento, invece, alla sfera giuridica del datore di lavoro credo che le prescrizioni relative al vestiario dei dipendenti possano trovare un riscontro costituzionale nel primo comma dell'art. 41 Cost. poiché, come è noto, proprio la libertà di iniziativa economica privata è individuata quale fondamento costituzionale del potere datoriale.

Se, dunque, le scelte e/o le imposizioni concernenti l'abbigliamento nei luoghi di lavoro chiamano in causa, su entrambi i versanti del rapporto, diritti e/o principi costituzionali potenzialmente confliggenti, si realizza quella situazione di fatto riconosciuta quale presupposto abituale per l'impiego della tecnica del bilanciamento[1436]. Al tempo stesso se, come affermato, nel concetto di

---

[1433] Mengoni L., *I poteri dell'imprenditore*, in *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, p. 403. L'autore, invero, specifica che se dal punto di vista politico è possibile riconoscere una costituzionalizzazione dell'impresa, dal punto di vista tecnico-giuridico "i diritti riconosciuti ai lavoratori nella fabbrica non configurano uno *status* distinto dal rapporto contrattuale e collegato all'inserzione del lavoratore nell'impresa".

[1434] Proto Pisani A., *Diritto del lavoro, dignità della vita*, in *Foro it.*, 2007, p. 6.

[1435] Rossi E., *Laicità e simboli religiosi – Relazione*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Convegno annuale Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Napoli, 26-27 ottobre 2007, reperibile nell' area "materiali", sezione "atti di convegni" del sito *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

[1436] Cfr. Pino G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007, p. 230 a cui si rinvia per una ricognizione delle più significative questioni relative alla tecnica del bilanciamento.

dignità confluiscono i diritti fondamentali anche del lavoratore e poiché il legislatore costituente, lungi dal qualificare come inviolabile[1437] la libertà *ex* art. 41, la correda di limiti - tra cui, per l'appunto, la dignità umana - allora si potrebbe giungere ad una duplice immediata e correlata conclusione. Invero, in tal caso, il bilanciamento pare realizzato direttamente dalla Carta fondamentale che frappone al riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica privata i limiti invalicabili della dignità, dell'utilità sociale, della sicurezza e della libertà[1438], tanto che l'art. 41, 2 comma, può interpretarsi quale "norma che autorizza una tutela speciale e privilegiata" dei diritti individuali costituzionalmente garantiti "nei confronti del potere organizzativo del lavoro nell'impresa"[1439]. Di conseguenza, con riferimento al tema dell'identità culturale proiettata all'interno dei luoghi di produzione attraverso la pratica dell'abbigliamento, si potrebbe osservare che il legittimo potere del datore di dettare disposizioni positive o negative a riguardo si arresta dinnanzi al rispetto della dignità e della libertà dell'individuo che divengono veri e propri spartiacque oltre i quali le prerogative datoriali risultano incostituzionali e inesigibili.

Ma, tale conclusione appare tanto lineare quanto approssimativa, per di più un insieme di elementi – quali la rilevata contraddittorietà intrinseca della disposizione, l'indeterminatezza di alcuni termini impiegati e la stessa collocazione all'interno della cornice costituzionale – contribuisce a complicare l'interpretazione dell'art. 41[1440]. Invero, per ciò che rileva ai fini di questo studio, mi preme evidenziare che, seppur il legislatore costituente si sia assunto la responsabilità di ponderare i contrapposti interessi delle parti, il bilanciamento realizzato è tutt'altro che chiuso e compiuto imponendo piuttosto un'ulteriore valutazione. In altre parole, è comunque tracciata una, seppur generica, linea di demarcazione oltre la quale il contemperamento si tramuta in violazione; l'individuazione di tale linea però è affidata a concetti generici che necessitano di una specificazione caso per caso; così, ciò che limita improrogabilmente la libertà datoriale è il danno arrecato agli interessi costituzionalmente tutelati della controparte, del resto si è osservato che la precisazione dei limiti *ex* art. 41, 2 comma, indica "non il punto in cui la libertà interferisce con altre libertà, ma il punto in cui l'interferenza, che già esiste ed è implicita nel contratto determinato dal rapporto di produzione, si fa «danno», e il «costo» dell'iniziativa privata diventa socialmente insostenibile"[1441]. Vale a dire che il bilanciamento compiuto si rivela inevitabilmente astratto e aperto rinviando ad un successivo concreto apprezzamento circa la configurabilità o meno di un danno agli interessi protetti dalla disposizione.

Con riferimento specifico al tema oggetto di questo studio, quindi, vi è da capire se e quando, in relazione alla specificità dei singoli casi, la compressione della libertà di abbigliamento arrechi un danno alla dignità e alla libertà dell'individuo; la valutazione del singolo caso è, per di più, condizionata da una serie di fattori di varia natura che ne accentuano la complessità. Così, ad esempio,

---

[1437] In tal senso, Zoli C., *sub art. 41 Cost.*, in Grandi M. e Pera G. (diretto da), *Commentario breve*, op. cit., p. 126.

[1438] Cfr. Barile P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 105 secondo cui gli scrittori ritengono la dizione dell'art. 41 Cost. "come privilegiante, fra i due interessi in conflitto, quello del lavoratore rispetto a quello del datore di lavoro, trovando una riprova negli artt. 42, 43, 44 e 46 che limitano anch'essi in vario modo l'iniziativa privata e l'autonomia individuale".

[1439] Mengoni L., *I poteri dell'imprenditore*, op. cit., p. 398.

[1440] Zoli C., *sub art. 41 Cost*, op. cit., p. 126 in cui si afferma che l'art. 41 è "una delle norme di più controversa interpretazione fra quelle comprese nel titolo dedicato ai «Rapporti economici»".

[1441] D'Antona M., *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, Cedam, 1979, p. 81.

in contesti geografici e giuridici differenti rispetto a quelli presi in esame in questo contributo si è a volte attribuito rilievo al carattere "obbligatorio" del simbolo indossato o portato con sé. Nel caso, già citato, che ha coinvolto una *hostess* della *British Airways* il Tribunale, escludendo la sussistenza di una pratica discriminatoria, ha messo in evidenza il carattere non obbligatorio del crocifisso per i fedeli cristiani; recentemente, invece, il Tribunale di Cremona[1442] chiamato a pronunciarsi nei riguardi di un indiano *sikh*, notato all'interno di un centro commerciale con un *kirpan* e accusato del reato di porto ingiustificato di armi, lo ha assolto insistendo sull'obbligo per i seguaci di questa religione di portare con sé tale pugnale e considerando lo scopo religioso un "giustificato motivo" che esclude il perfezionamento della fattispecie penale contestata.

Probabilmente, dunque, se la religione o la convinzione filosofica di appartenenza impongono di indossare un dato abbigliamento e/o di portare un determinato simbolo il pregiudizio dei diritti costituzionali coinvolti e, quindi, il danno alla dignità umana è più facilmente configurabile, mentre quando la pratica di abbigliamento è mera facoltà la configurabilità del danno può non essere scontata richiedendo una indagine più approfondita. Peraltro, la natura più o meno obbligatoria di una pratica di abbigliamento si trae ovviamente da elementi extra – giuridici e può risultare tutt'altro che pacifica; l'uso del velo per le donne islamiche, ad esempio, è meno cogente di quanto si possa comunemente ritenere, poiché tanto il Corano quanto la *Sunnah* non contengono in proposito prescrizioni vincolanti[1443]. La valutazione si complica ulteriormente se oltre al significato identitario oggettivo di una componente dell'abbigliamento si considera anche la valenza soggettiva della stessa ovvero il senso che l'individuo le attribuisce e/o riconosce o, ancora, se si considera che una stessa pratica di abbigliamento può essere polisemica e, quindi, agganciarsi potenzialmente ad una pluralità di diritti anche di rango costituzionale[1444].

La fragilità del tentativo di pervenire ad una soluzione univoca, generale e generalizzabile è percepibile anche in considerazione di riflessioni di più ampio respiro. Indubbiamente, i diritti di rango costituzionale non godono di un identico livello di protezione nel senso che, ad esempio,

---

[1442] Tribunale di Cremona, 19 febbraio 2009 in *www.olir.it*, sezione "documenti". Il giudice, in particolare, richiama un certificato del Consolato Generale dell'India, prodotto dalla difesa, che attesta l'obbligo, e non la mera facoltà, per l'indiano *sikh* di portare sempre con sé il *kirpan* simbolo della resistenza al male attestandone pertanto la "valenza intrinsecamente e coerentemente comunicativa dell'identità religiosa". Proprio il rispetto della libertà religiosa, tutelata a livello costituzionale, "non consente di ritenere privo di "giustificato motivo" il porto di tale simbolico elemento ornamentale da parte del cittadino indiano, il quale […] invochi l'uso di esso, fuori dalla propria abitazione, quale vincolata modalità di professare il proprio culto". Infine, il giudice monocratico conclude rilevando che l'esistenza di tale giustificato motivo esclude il perfezionamento del reato "poiché è proprio in virtù di esso che la tutela della sicurezza pubblica, connessa al divieto di porto di strumento atto ad offendere, non è, in definitiva, messa concretamente a repentaglio".
Poco tempo prima, invece, il Tribunale Penale di Vicenza ha disposto l'archiviazione di un procedimento penale per il reato di "porto di armi od oggetti atti ad offendere" (art. 4 l.n. 110/1975) a carico di un indiano *sikh* sorpreso con il *kirpan* all'interno degli uffici di un Comune. In tal caso, il giudice ha decretato l'archiviazione del caso argomentando che l'assenza del filo di lama non consente di qualificare il *kirpan* come strumento atto ad offendere *ex* art. 4 l.n. 110/1975, cfr. Tribunale di Vicenza, 28 gennaio 2009 in *www.olir.it*, sezione "documenti".

[1443] Cfr. Fiorita N., *Libertà religiosa e società multiculturali: il caso del velo islamico*, in *www.statoechiese.it*, sezione "libertà religiosa", p. 3. L'autore mette in evidenza come proprio la vaghezza delle fonti di produzione del diritto islamico sul porto del velo ha consentito la proliferazione all'interno dei Paesi Islamici di tradizioni profondamente differenti. Così, ad esempio, mentre in Iran l'uso del velo è imposto con sanzioni particolarmente dure, in Egitto è considerato una tradizione lecita ma assolutamente non obbligatoria.

[1444] Cfr. con riferimento specifico ai simboli religiosi Rossi E., *Laicità e simboli religiosi*, op. cit.

l'inviolabilità delle libertà fondamentali dell'individuo è meno permeabile rispetto a quella accordata all'iniziativa economica privata[1445]; inoltre, non sussistono contrasti sulla necessità di interpretare le norme relative alle libertà costituzionali nel senso più ampio possibile[1446]. Ciò nonostante, è opinione condivisa che i relativi diritti non siano dogmatiche situazioni giuridiche in grado di respingere ogni pur lieve limitazione del loro esercizio ma, piuttosto, proprio il rispetto di quel principio di solidarietà, funzionale alla realizzazione della coesione sociale, "giustifica e impone" che l'individuo incontri "non solo dei limiti all'esercizio dei propri diritti, ma altresì dei doveri ed obblighi finalizzati alla vita e allo sviluppo della società"[1447]. Invero, non solo i diritti costituzionali fondamentali che entrano in gioco anche in ordine alla libertà di abbigliamento nei luoghi di lavoro incontrano – seppur rigorosamente circoscritte – limitazioni ma, soprattutto, tali limitazioni variano in relazione al diritto specifico poiché sono o direttamente poste dalla stessa disposizione che riconosce la libertà fondamentale o desumibili da altre norme costituzionali a seguito di un giudizio di comparazione[1448]. Sicché anche questa eterogeneità contribuisce a minare la sostenibilità di soluzioni *passe-partout* e conferma invece l'ineluttabilità di valutazioni specifiche.

In secondo luogo, e in chiave meramente problematica, è forse opportuno interrogarsi sulla possibilità di ipotizzare, quale ulteriore elemento significativo della valutazione, la natura della convinzione personale di cui l'abbigliamento può costituire una proiezione o, per meglio dire, il carattere "strutturato" o meno della convinzione stessa. Così, ad esempio, vi è da chiedersi se il bancario attivista pacifista che si reca al lavoro indossando una maglietta contro la guerra e il collega, che in adesione ad una personale visione *free* della vita, si presenta sul luogo di lavoro con una camicia *wakiki* e una collana hawaiana godano della medesima identica tutela. A riguardo, pur condividendo l'attribuzione alle disposizioni giuridiche e alle pratiche sociali relative all'abbigliamento di un impatto normalizzante[1449], mi sembra che il rischio prospettabile adottando un approccio totalmente indifferenziato sia quello di assecondare le dinamiche individualistiche che attraversano e modellano le società contemporanee. D'altro canto, la legittimità di una differenziazione della tutela in ragione della costruzione strutturata o meno della convinzione personale deve fare i conti con una serie di questioni da maneggiare con estrema cura relative tanto alla legittimazione del soggetto deputato a discernere, quanto al profilo oggettivo ovvero quando, come e perché diversificare. Probabilmente, in tal caso, l'unica certezza è rappresentata dalla necessità di ancorare la valutazione al piano normativo e, più precisamente, ai diritti costituzionali; la Carta fondamentale oltre a rappresentare l'intramontabile "patrimonio comune"[1450] su cui si fonda la comunità, garantisce, attraverso l'affermazione del principio personalista e di

---

[1445] Cfr., Barile P., *Diritti dell'uomo*, op. cit., p. 54.

[1446] Op. ult. cit., p. 41.

[1447] Rossi E., *Laicità e simboli religiosi*, op. cit.

[1448] Cfr. a riguardo Barile P., *Diritti dell'uomo*, op. cit., p. 41 ss.

[1449] Klare K. E., *Abbigliamento e potere*, op. cit., p. 603.

[1450] Come è noto, queste parole sono state utilizzate dal Presidente della Repubblica dinnanzi al Parlamento riunito in seduta comune il 23 gennaio 2008 in occasione della celebrazione del 60° anniversario della Costituzione. Il testo integrale del discorso è reperibile sul sito *www.quirinale.it*, sezione "interventi e interviste".

quello pluralista, il rispetto del diritto alla diversità e all'identità riconosciuto quale "punto fondamentale del dibattito attuale sui grandi e inquietanti problemi posti dalla globalizzazione"[1451].

### 4.2 La necessità di un bilanciamento «caso per caso» e il ruolo del giudice.

A ben vedere, dunque, la pluralità e l'eterogeneità dei diritti coinvolti, il carattere aperto del bilanciamento realizzato dal legislatore costituente nell'art. 41 e la molteplicità dei fattori, di natura giuridica ma anche extra giuridica, che possono interporsi e caratterizzare le singole ipotesi rendono quanto mai opportuno procedere ad un bilanciamento «caso per caso» ovvero a quella modalità di ponderazione volta a risolvere il conflitto "in base ad una valutazione degli interessi e delle circostanze specificamente prospettati dalle parti nel caso concreto"[1452]. A volte questo bilanciamento è individuato quale unica via percorribile per raggiungere soluzioni efficaci e compatibili e la ragionevolezza quale passaggio imprescindibile per mediare tra i diritti fondamentali e le relative limitazioni[1453]. Addirittura, non mancano proposte interpretative che teorizzano la ragionevolezza come condizione di effettività dei diritti fondamentali nelle società moderne sempre più marcatamente multiculturali e multietniche; in sostanza, nello Stato costituzionale contemporaneo potrebbero considerarsi diritti fondamentali solo i diritti «ragionevoli» che, cioè, "esprimano istanze di valore non assolute, ma equilibrate e moderate" ovvero "relazionali e bilanciabili"[1454].

Ovviamente non è mia intenzione soffermarmi su un concetto tanto attuale, quanto sfuggente e ambiguo, quale quello della ragionevolezza[1455], piuttosto, mi preme evidenziare che l'impiego della tecnica del bilanciamento caso per caso e, ancor di più, il richiamo frequente alla ragionevolezza rinviano, inequivocabilmente, al ruolo del giudice che diviene ancora più delicato con riferimento a questioni così controverse. Difatti, il bilanciamento, seppur dotato di una natura essenzialmente tecnica, non è immune dalla contaminazione di "elementi discrezionali intuitivi"[1456], inoltre, il pluralismo che attraversa e contraddistingue la società contemporanea ha significative ricadute anche sull'interpretazione, contribuendo a diversificare il contesto culturale entro cui

---

[1451] Flick G. M., *I sessant'anni della Costituzione Italiana: una riflessione sul passato, un progetto per il futuro*, in *www.federalismi.it*, n. 11/2008, p. 9.

[1452] Pino G., *Conflitto e bilanciamento*, op. cit., p. 256.

[1453] In tal senso Rossi E., *Laicità e simboli religiosi*, op. cit. È doveroso precisare che l'autore svolge tali riflessioni con riferimento specifico alla questione dei simboli di carattere religioso e, in proposito, affianca alla ragionevolezza la *juris prudentia* richiamata, espressamente, nell'accezione impiegata da Gustavo Zagrebelsky, cfr. Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, op. cit., p. 167 ss.

[1454] Spadaro A., *Dall'*indisponibilità *(tirannia) alla* ragionevolezza *(bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di* doveri *altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2006, p. 176. L'autore affianca alla ragionevolezza, quale condizione di effettività dei diritti fondamentali, l'individuazione dei soggetti tenuti ad ottemperare ai doveri corrispondenti ai diritti fondamentali, poiché "nessun *diritto* fondamentale è «ragionevole» se non è individuato un corrispondente *dovere* fondamentale". È altresì specificato che "*così come i diritti fondamentali devono essere ragionevoli, parimenti anche i doveri fondamentali devono essere ragionevoli, pena – come sempre – la loro impraticabilità/inutilità*", p. 178.

[1455] Sulla complessità di significati, funzioni e usi del concetto di ragionevolezza, nonché, sul nesso esistente tra eguaglianza e ragionevolezza cfr., recentemente, Loi P., *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, p. 482 ss. Sull'ambiguità e la genericità del concetto cfr. altresì Grossi P., *Oltre le mitologie giuridiche*, op. cit., p. 238 secondo cui, però, i concetti di ragionevolezza, non arbitrarietà, adeguatezza "hanno almeno il senso e il valore di un tentativo di appiglio al di sotto delle forme"; l'autore precisa, infatti, che "al di sotto delle ossature formali – lineari, semplici, armoniosissime – v'è una costruzione materiale che preme e di cui urge tener conto se non si vuole arrivare a separazioni che trasmodino in strappi".

[1456] Pino G., *Conflitto e bilanciamento*, op. cit., p. 272.

essa si forma e, di conseguenza, a favorirne elaborazioni eterogenee[1457]. Per quanto, poi, la Costituzione sia - in generale **-** patrimonio comune, condiviso e distintivo della nostra comunità e - nello specifico - la bussola che consente di orientarsi tra le interpretazioni possibili schivando le derive personalistiche[1458], non vi è dubbio che l'attività interpretativa non sia avulsa da ogni coinvolgimento intersoggettivo, ma inevitabilmente condizionata da quella comprensione originaria meglio conosciuta come "precomprensione"[1459]. Vale a dire che si può pacificamente riconoscere che quella "creatività dell'atto giudiziario, intessuto di sapere intuitivo e di libertà", per lungo tempo soffocata dai principi della divisione dei poteri e della legalità appare oggi riemergere "accantonando lo spettro del diritto libero esorcizzato monotonamente da duecento anni di esercitazioni retoriche"[1460].

Vi è da chiedersi, semmai, se e fino a che punto si possa demandare al giudice la gestione delle problematiche derivanti dal multiculturalismo, ovvero, se e fino a che punto la doppia dipendenza/fedeltà e la duplice indipendenza/autonomia che ne dovrebbero caratterizzare l'attività[1461] siano condizioni sufficienti per individuare esclusivamente nel giudice il depositario e l'interprete autentico della coscienza sociale.

A mio avviso, non è politicamente e giuridicamente auspicabile accollare unicamente all'organo giudiziario la risoluzione di tali problematiche non solo perché, come accennato, il giudice come ogni interprete porta con sé un patrimonio culturale inevitabilmente condizionante ma, soprattutto, in considerazione del fatto che il governo delle dinamiche multiculturali rinvia ad una questione strategica ovvero la scelta del modello di società che si intende promuovere e tale scelta non è affidata, in un ordinamento democratico, al singolo giudice.

Sicché, il bilanciamento è certamente una tecnica utile – poiché consente il raggiungimento di una mediazione tra contrapposti diritti e interessi e la ponderatezza di un insieme di circostanze destinate probabilmente a sfumare nell'ambito di soluzioni generali e astratte come, ad esempio, quelle legislative – e inevitabile – poiché i diritti costituzionali che si celano dietro le rivendicazioni identitarie necessitano di una lettura relazionale piuttosto che atomistica[1462] - ma, al tempo stesso, proprio le implicazioni che accompagnano le questioni multiculturali non consentono di rimetterne la gestione esclusivamente al bilanciamento del giudice.

---

[1457] Cfr. a riguardo Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, op. cit., p. 201 e, più recentemente, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 200. L'autore osserva che "il contesto culturale, se unitario, favorisce l'uniformità delle interpretazioni e permette, in caso di divergenza, di distinguere tra loro quelle accettabili e quelle che i giuristi denominano significativamente «ab-erranti» […]"; sicché, il "contesto […] può impedire, se è unitario, o può favorire, se è lacerato, l'esplosione delle interpretazioni e il disfacimento del diritto come ordinamento".

[1458] In tal senso, op. ult. cit., p. 204. Così "la prestazione essenziale della Carta Costituzionale "è quella di orientare univocamente l'interpretazione della legge, sottraendola all'arbitrio delle visioni di senso e di valore proprie dell'interprete, se fosse lasciato solo con se stesso".

[1459] Cfr. Gadamer H.G., *Verità e metodo*, trad. it. Vattimo G. (a cura di), Milano, Fabbri, 1972, p. 344.

[1460] Grossi P., *La fantasia nel diritto*, in *Quad. fior.*, 1986, p. 590.

[1461] Cfr. Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, op. cit., p. 207. Secondo l'autore i giudici devono avere "una doppia dipendenza, nel senso di fedeltà, e una doppia indipendenza, nel senso di relativa autonomia, nei confronti sia dell'organizzazione che esprime la legge, sia della società che è titolare di pretese costituzionalmente garantite".

[1462] Cfr., in tal senso, Pino G., *Conflitto e bilanciamento*, op. cit., p. 272.

In sostanza, ritengo che la complessità che contraddistingue la società contemporanea esiga risposte corali che non possono essere rinvenute esclusivamente nei responsi delle aule dei tribunali ma, piuttosto, devono essere ricercate attraverso un'interazione virtuosa, rispettosa del ruolo e delle competenze di ciascuno, tra i diversi attori del palcoscenico giuridico e, prima ancora, politico e sociale[1463].

## 5. Riflessioni conclusive.

Il percorso sin qui svolto consente di introdurre qualche ultima considerazione di carattere generale. Innanzitutto, credo che lo studio dell'abbigliamento, quale modalità di esternazione dell'appartenenza culturale, all'interno dei luoghi di produzione ne confermi l'attitudine a fungere da preziosa cartina di tornasole attraverso cui dirimere alcuni pressanti interrogativi che il pluralismo culturale pone alle società contemporanee. Similmente, la poliedricità del tema convalida la scelta di delimitare l'indagine alle ipotesi in cui la pratica dell'abbigliamento – intesa in senso lato – rileva quale manifestazione dell'identità culturale del lavoratore assunto, nel territorio nazionale, con un contratto di lavoro subordinato nel settore privato e al di fuori di un'organizzazione d tendenza.

In secondo luogo, e ancora in chiave meramente riepilogativa, le direttrici di riflessione individuate permettono di evidenziare le implicazioni che il tema dell'abbigliamento dei lavoratori produce sia sul piano dello svolgimento del rapporto sia sul piano costituzionale. Così, quanto al primo versante, è possibile individuare limiti generali al potere datoriale, quale che ne sia l'articolazione specifica, relativamente alle rivendicazioni identitarie dei lavoratori esternate attraverso il vestiario. Più precisamente, l'analisi della relazione abbigliamento/rapporto di lavoro consente di distinguere tre limiti di carattere generale e di differente fonte. L'adesione alla tesi contrattualistica induce a ravvisare nella causa – intesa come causa complessa attraverso cui si scambia retribuzione *versus* inserimento/collaborazione – un primo limite di fonte contrattuale; sicché le prerogative datoriali relative all'abbigliamento non potranno mai spingersi oltre quanto strettamente necessario e funzionale al soddisfacimento dell'interesse creditorio ovvero l'organizzabilità della prestazione lavorativa. Accanto al limite contrattuale della causa è altresì prefigurabile un limite generale di fonte legale desumibile dall'art. 2087 cod. civ. Invero, la qualificazione della disposizione codicistica nei termini di norma generale, l'interpretazione evolutiva della stessa, l'autonomia concettuale dell'integrità fisica e della personalità morale, nonché, infine, la stringente relazione che intercorre tra il soggetto e l'identità culturale rendono possibile individuare nella tutela della personalità morale, posta a carico del datore dall'art. 2087 cod. civ., un ulteriore limite generale. Peraltro, poi, proprio tale norma rinvia all'individuazione di un altro limite poiché la tutela della dignità del lavoratore - indirettamente riconducibile all'art. 2087 e direttamente sancita dall'art. 41 Cost. - può qualificarsi limite generale di fonte costituzionale.

Per quanto concerne, invece, il versante costituzionale il potenziale conflitto dei diritti coinvolti non trova una risposta esauriente nel bilanciamento aperto effettuato dal legislatore costituente nell'art. 41, piuttosto l'imponderabile varietà dei fattori in grado di condizionare le singole ipotesi, nonché, le specificità dei diritti coinvolti inducono a prediligere la tecnica del bilanciamento «caso

[1463] Del resto, anche chi intravede nel bilanciamento caso per caso una tecnica particolarmente efficace non manca di ipotizzare l'individuazione di criteri, da parte del legislatore, in grado di orientare l'interprete chiamato a compiere il bilanciamento stesso cfr. Rossi E., *Laicità e simboli religiosi*, op. cit.

per caso». L'impiego di tale tecnica si traduce nel sempre più ricorrente affidamento al giudice delle questioni identitarie, rendendo così opportuno procedere ad individuare dei criteri in grado di guidarne le decisioni. Un'operazione che va condotta con estrema cautela e sufficiente consapevolezza della specificità che contraddistingue in questo ambito ogni singolo caso. Ciò nonostante, si potrebbe ipotizzare che l'obbligatorietà del simbolo assurga, come del resto accade in altri contesti, a criterio in grado di orientare la decisione giurisprudenziale; così come i limiti posti ai singoli diritti costituzionali o il carattere "strutturato" o meno della convinzione possono costituire un punto di riferimento nella risoluzione della controversia. Si tratta, a ben vedere, di criteri che consentono di risolvere ipotesi estreme, sicché dinnanzi a un rastafariano che, ottemperando ad un precetto religioso, si reca al lavoro con i *dreadlocks* il bilanciamento dei diritti costituzionali potrebbe effettuarsi a vantaggio della libertà religiosa, viceversa, nel caso diametralmente opposto di un lavoratore che per mero gusto e scelta personale si reca al lavoro con una camicia *hawaiana* e in calzoncini corti l'opportunità di contenere spinte individualistiche potrebbe giustificare un sacrificio della libertà di manifestazione del pensiero in favore della tutela di esigenze organizzative. Ma, al di là di fattispecie così nette, permane una zona grigia entro la quale questi criteri rischiano di non essere sufficienti. È proprio questo spazio – intrinsecamente più conflittuale – a segnalare l'impossibilità di delegare unicamente al giudice la gestione delle problematiche connesse alle dinamiche culturali e, al contempo, la necessità di quelle soluzioni dialogiche che possono derivare solo dalla azione e dalla valorizzazione di una molteplicità di soggetti.

Ciò nonostante, anche la proposta interpretativa di una risposta articolata necessita di alcune precisazioni. Innanzitutto, con riferimento ad un eventuale intervento legislativo non è ipotizzabile né auspicabile una disciplina generale, chiusa e vincolante, volta a regolamentare i profili identitari (anche all'interno dei luoghi di lavoro), non solo perché la normativa, pur mantenendo i caratteri dell'astrattezza e della generalità, dovrebbe riguardare casi e/o ambiti specifici e, quindi, offrire una risposta parziale al fenomeno[1464] ma, soprattutto, in quanto proprio la complessità del fenomeno rende estremamente rischiose regolamentazioni blindate di qualunque tipo. Piuttosto, sarebbe ipotizzabile e auspicabile una attenzione costante del legislatore per i profili identitari dei lavoratori attraverso previsioni specifiche opportunamente inserite nei diversi testi legislativi[1465], così come sarebbe opportuno che un eventuale intervento normativo si configurasse nei termini di una normativa incentivante e promozionale.

Ovviamente, un intervento di tal tipo presupporrebbe un ruolo attivo della contrattazione collettiva che, del resto, è stata più volte indicata quale fonte più appropriata sia con riferimento al tema specifico dell'abbigliamento[1466] sia, più in generale, in relazione alle richieste identitarie che,

---

[1464] Non posso che richiamare a riguardo, quale esemplificazione di modalità di intervento "settoriale", la l.n. 228/2004 con cui la Repubblica francese, proponendosi di attuare il principio di laicità, ha vietato di indossare nelle scuole elementari e secondarie pubbliche simboli e/o indumenti di carattere religioso.

[1465] In tal senso, mi preme richiamare l'art. 28 del D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 che tra i rischi di cui il datore deve tener conto ai fini della relativa valutazione comprende, tra l'altro, "[…] quelli connessi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri Paesi".

[1466] Cfr. ad esempio Klare K.E., *Abbigliamento e potere*, op. cit., p. 598 e 622 ss.; Bellavista A., *Abbigliamento del dipendente*, op. cit., p. 234; Nunin R. *"Look" e "sessismo"*, op. cit., p. 147.

da vari punti di vista, si affacciano nei luoghi di lavoro[1467]. Il soggetto collettivo appare maggiormente deputato a disciplinare tali profili non solo per quella vocazione alla mediazione e al contemperamento che ne contraddistingue l'azione ma, anche, per quella capacità di diversificare la regolamentazione anche in funzione dei contesti lavorativi che soddisfa l'esigenza di non ricercare, su temi così delicati, soluzioni tanto univoche quanto inadeguate.

Tuttavia, non solo sino ad ora il sindacato, almeno sulla questione specifica dell'abbigliamento, non sembra aver risposto all'appello, ma è inoltre innegabile che all'atavico dilemma della rappresentanza (acutizzato dalla presenza di nuove minoranze) si somma l'attuale fase di crisi che investe l'organizzazione sindacale all'interno dei luoghi di lavoro. Le cause di questa crisi sono, indubbiamente, composite e pertanto meriterebbero un'analisi specifica; ciò nonostante, tra i fattori significativi mi preme richiamare, per le connessioni con il tema oggetto di questo studio, quelli di natura socio - organizzativa e quelli di natura culturale e ideologica[1468]. I primi sono strettamente connessi alle trasformazioni del modello produttivo e dell'organizzazione del lavoro che oggi "integra e mobilita individualmente il lavoro ma – disintegrandolo nello spazio e nelle forme giuridiche – ne inficia il legame solidale e il potere sociale collettivo"[1469], i secondi, invece, si riflettono nel "convincimento […] di trovare risposte individuali a problemi collettivi" con l'inevitabile conseguenza del venir meno "della mediazione dei soggetti e dell'azione più propriamente politica"[1470].

Questo contesto complica ulteriormente la potenziale disciplina collettiva delle dinamiche identitarie all'interno dei luoghi di lavoro, rendendo più affannosa l'azione delle organizzazioni sindacali ed alimentando il timore che in una fase di debolezza la contrattazione, soprattutto su questi temi, operi al ribasso con pericolosissimi sacrifici di quei diritti di rango costituzionale che si scorgono dietro le rivendicazioni identitarie.

Tali rilievi denotano la maggiore complessità del contesto ma, a mio avviso, non inficiano la proposta interpretativa avanzata in precedenza, ovvero che il governo delle istanze poste dal pluralismo culturale alle società contemporanee debba essere affidato all'interazione virtuosa di un insieme di soggetti e, inoltre, che, al fine di disinnescare le tensioni che circondano le dinamiche identitarie, sia indispensabile ricercare soluzioni articolate e interlocutorie necessarie per garantire che l'eterogeneità delle comunità del XXI secolo produca arricchimento piuttosto che debolezza e coesistenza piuttosto che conflitto.

---

[1467] Si è, invero, osservato che "la contrattazione collettiva è il luogo privilegiato dove raccogliere le sfide che l'afflusso di genti "dannate" […] pone ai modelli normativi e di azione collettiva figli della modernità" Viscomi A., *Immigrati comunitari ed autonomia collettiva: un breve appunto su parità e differenza*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, p. 121 e, in senso conforme più recentemente, dello stesso autore *Osservazioni critiche su lavoro e «tendenza»*, op. cit., p. 594 ss.

[1468] Cfr., in tal senso, Leonardi S., *La crisi della rappresentatività sociale del sindacato*, in *Formula*, 2000, p. 15 ss. L'autore individua anche fattori settoriali-dimensionali - come il declino di settori di produzione contraddistinti storicamente da un consistente insediamento sindacale e la parcellizzazione della realtà produttiva che ha determinato il venir meno di "quelle condizioni di contiguità relazionale e di socializzazione politica che hanno favorito oggettivamente […] l'autotutela del lavoro nelle forme dell'affiliazione sindacale e del conflitto collettivo" – e fattori giuridico-contrattuali sicché "la diffusione di rapporti di lavoro flessibili, congiuntamente alla presenza di un numeroso esercito industriale di riserva, crea condizioni generali di instabilità giuridica e di ricatto psicologico" che incidono sulla scelta del lavoratore di affiliarsi al sindacato, p. 16.

[1469] Op. loc. ultt. citt.

[1470] Op. ult. cit., p. 17.

Ma perché ciò accada è indispensabile la realizzazione di una duplice condizione di natura politica che, invece, stenta a imporsi nel dibattito interno. In primo luogo, ritengo che presupposto per lo sviluppo di questa interazione sia una pacata e razionale discussione pubblica che, emancipata da ogni manipolazione di stampo emotivo, possa avvicinarsi a quell'approccio discorsivo teorizzato da Habermas[1471]. Al tempo stesso, nell'ambito di questa discussione dovrebbe maturare la consapevolezza che la gestione delle problematiche connesse alle differenze culturali, in qualunque luogo si esprimano, rinvia al modello sociale che s'intende attuare e che, probabilmente, un governo virtuoso di tali questioni debba necessariamente affrancarsi dalla visione della società come un insieme di monadi autoreferenziali, tanto dal punto di vista giuridico quanto dal punto di vista culturale.

Quel che appare allora davvero auspicabile è che il diritto affianchi ad un'elasticità diacronica una flessibilità sincronica "per dar voce a culture e valori presenti contemporaneamente in una organizzazione sociale, strutturando la norma come regola di «compatibilità» tra valori diversi e non più soltanto come regola di «supremazia» del valore giudicato prevalente nel momento della risoluzione del conflitto"[1472]. Ma è altrettanto necessario che si recuperi quel senso di comunità smarrito negli ultimi tempi, ma ancora vivo tra le disposizioni della Carta Costituzionale che, malgrado "i decenni e qualche ruga"[1473], contiene e protegge quello "sforzo comune di dettare, attraverso un compromesso, un disegno sociale e politico generale"[1474].

---

[1471] Lo schema ideal-normativo proposto sinteticamente dal filosofo tedesco prevede che "sia gli attori collettivi […] della società civile sia una sfera pubblica sufficientemente sensibile ed inclusiva possono collaborare al fine di percepire i problemi socialmente rilevanti, tradurli in temi pubblici e generare […] la "influenza" delle opinioni pubbliche". L'influenza individuata diviene potere quando "l'aspetto *informale e diffuso* delle comunicazioni della sfera pubblica viene ad interagire con i processi *formalmente organizzati* della formazione dell'opinione e della volontà che si realizzano a livello del complesso parlamentare e giudiziario". Il "potere comunicativo", quindi, si trasforma infine nel ""potere amministrativo" degli organi esecutivi che è utilizzabile ai fini dell'implementazione" Habermas J., *La fondazione discorsiva del diritto*, in *Ragion pratica*, 1998, p. 158.

[1472] Rodotà S., *Diritto, diritti, globalizzazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, p. 777.

[1473] Flick G.M.**,** *I sessant'anni della Costituzione Italiana*, op. cit., p. 2.

[1474] Zagrebelsky G., *La legge e la sua giustizia*, op. cit., p. 358.

# La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*

Umberto Carabelli

Premessa 397

1. La normativa extravagante introdotta dall'inizio della nuova legislatura 398

2. La Legge delega n. 15/2009 e il decreto legislativo n. 150/2009. Gli obiettivi perseguiti dal legislatore 399

3. I principali contenuti della Legge delega n. 15/2009 e del D. lgs. n. 150/2009 401

3.1 La revisione del sistema delle fonti 401

3.2 Le novità in materia di contrattazione collettiva 403

3.3 Le novità in materia di valutazione e meritocrazia 406

3.4 Le novità in materia di trasparenza 408

3.5 Le novità in materia di dirigenza e poteri dirigenziali 410

3.6 Le novità in materia di disciplina del rapporto di lavoro 413

4. La 'riforma Brunetta' e la conservazione del precedente assetto strutturale del lavoro pubblico 415

5. Alcuni motivi di preoccupazione e qualche considerazione critica 416

5.1 Una concezione della gestione del personale di tipo neo-autoritario 416

5.2 Altri motivi di preoccupazione: le irrisolte tensioni tra centralizzazione e decentramento, uniformità ed autonomia, nonché tra interesse pubblico/etica ed economicità/efficienza 419

Bibliografia essenziale 421

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 101/2010

## Premessa

Il cambio di maggioranza alle elezioni politiche del maggio del 2008 segna idealmente il passaggio ad una nuova fase della 'lunga' riforma del lavoro pubblico avviata agli inizi degli anni '90 e proseguita fino ad oggi con una serie di interventi, talora meramente correttivi, talaltra fortemente innovativi rispetto alla normativa 'base', anche se sempre coerenti - come si avrà modo di precisare più avanti - con i fondamentali tratti costitutivi delineati sin dalle prime due fasi del 1992-3 e del 1997-8.

Negli anni più recenti si era, in particolare, assistito al succedersi di una fitta serie di provvedimenti normativi di portata limitata, volti a ritoccare alcuni aspetti della generale disciplina del lavoro pubblico, codificata nel 2001 nel D. Lgs. n. 165, quantunque ispirati, in larga misura, da esigenze di riduzione del costo del lavoro. Si è trattato di interventi occasionali, dettati dalle specifiche contingenze del caso, che per il vero non possono certo essere ricondotti ad un progetto unitario ed organico.

La nuova fase appare indubbiamente connotata, come la precedente, da un notevole dinamismo legislativo. Questa volta, peraltro, gli interventi non hanno carattere occasionale, ma si inquadrano all'interno di un organico progetto, che è stato subito delineato nei suoi tratti generali dal governo Berlusconi, appena entrato in carica.

Annunciata e sostenuta dal ministro della Funzione Pubblica con documenti ufficiali[1475], ma anche con dichiarazioni di grande impatto massmediatico (spesso tradotte, nel messaggio comunicativo, con formule facili, di grande effetto, talora addirittura 'aggressive', quali: scoprire e colpire assenteisti, inetti e 'fannulloni'; rendere più efficiente l'organizzazione amministrativa, incentivando la riscoperta dell'etica del lavoro ed eliminando privilegi, sacche di clientelismo e sperpero delle risorse pubbliche; ridurre il costo del lavoro mediante riduzione degli organici e migliore utilizzo del personale; immunizzare l'attività amministrativa dall'invadenza delle 'caste' partitocratiche e sindacali; impedire la deriva contrattualista nella definizione delle regole del rapporto di lavoro, restituendo autorità decisionale all'amministrazione; impedire la distribuzione indiscriminata di miglioramenti salariali raccordandoli rigorosamente con incrementi effettivi della produttività, comunque nell'ambito di un maggiore controllo della spesa contrattuale per retribuzioni; rendere trasparente l'azione amministrativa, promuovendo il controllo e la valutazione dei cittadini/utenti sui risultati e sui costi di essa) la nuova fase si è sviluppata gradualmente, dapprima attraverso l'emanazione di alcune disposizioni legislative miranti ad affrontare singoli aspetti problematici, fino alla approvazione di un organico provvedimento generale di riforma, destinato a modificare in varie parti il D. Lgs. n. 165/2001: il D. Lgs. n. 150/2009, emanato in attuazione della legge delega n. 15/2009.

Nelle pagine che seguono ci si soffermerà in modo articolato sulle novità legislative più significative, nella convinzione che possa risultare utile, almeno in questa prima fase applicativa, offrire un quadro sistematico del nuovo assetto regolativo rapportato a quello preesistente, pur con la consapevolezza che, essendosi di fronte ad una normativa assai recente, risulta estremamente difficile immaginarne sin d'ora l'impatto effettivo sulle diverse realtà amministrative. Sulla base di questa indagine ricognitiva delle novità legislative, nella parte conclusiva del saggio si cercherà,

---

[1475] Si v. in particolare i due documenti *Linee programmatiche sulla riforma della pubblica amministrazione. Piano industriale*, del 28 maggio 2008, e *Riforma del lavoro pubblico e della contrattazione collettiva*, del 4 giugno 2008, rintracciabili nel sito di FP.

poi, di sviluppare qualche considerazione critica su alcuni aspetti nodali della riforma.

## 1. La normativa extravagante introdotta dall'inizio della nuova legislatura

Le previsioni legislative 'sparse' approvate a partire dall'inizio della nuova legislatura[1476] riguardano vari aspetti del lavoro pubblico; il loro dichiarato intento è di ottenere riduzioni del costo del lavoro, incrementi della produttività del lavoro e miglioramenti dell'efficienza organizzativa delle strutture pubbliche.

Le misure che sono state più 'sponsorizzate' dal nuovo governo sono senza dubbio quelle relative alla riduzione dell'assenteismo tramite più intensi ed accurati controlli delle assenze per malattia, fondati in particolare su norme più restrittive in materia di certificazioni mediche, di visite domiciliari e di fasce di reperibilità. Accanto ad esse, in ordine di rilievo politico, si collocano alcune misure in materia di relazioni sindacali: da un lato, quelle sulla riduzione delle c.d. prerogative sindacali (permessi, distacchi, aspettative sindacali) e, dall'altro lato, quelle modificative di alcuni aspetti delle procedure e dei controlli sulla contrattazione collettiva, specialmente integrativa, con la significativa attribuzione di maggiori competenze alla Corte dei Conti, e la previsione di conseguenti vincoli sull'autonomia negoziale delle pp.aa. È da segnalare che tanto le disposizioni contro l'assenteismo, quanto quelle in materia di contrattazione collettiva sono state assorbite ovvero riviste dal successivo D. Lgs. n. 150/2009.

Ancora nella prospettiva di una riduzione del costo del lavoro e di una maggiore efficienza organizzativa possono essere lette alcune disposizioni legislative finalizzate ad ottenere una riduzione degli organici[1477], e quelle in materia di lavoro a tempo parziale (le quali mettono in crisi il diritto dei lavoratori pubblico, sancito sin dal 1996, di scegliere l'*an* del *part-time*, nonché, sostanzialmente, il *quantum* ed il *quomodo* di esso). Laddove una valenza moralizzatrice ha l'estensione alle società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali (per quelle a partecipazione totale o di controllo, che non gestiscono servizi pubblici, quei requisiti devono avere valenza di principi) degli obblighi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità in materia di reclutamento e di concessione di incarichi.

Oltre a queste previsioni, vanno poi ricordate quelle destinate a 'ritoccare', per l'ennesima volta, la disciplina in materia di contratti di lavoro 'atipici': pur conservandosi una generale indicazione di sfavore per il ricorso alle forme contrattuali di lavoro precario, esso viene reso comunque più duttile, consentendosi il ricorso ai contratti flessibili al fine di «rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali»[1478]. Viene poi introdotta un'ulteriore modifica della normativa in materia di

---

[1476] Contenute in particolare nel D. L. n. 112/2008 (conv. nella L. n. 133/2008), nella L. n. 69/2009 e nel D. L. n. 78/2009 (conv. nella L. n. 102/2009).

[1477] Oltre alla estensione delle riduzioni di personale e delle dotazioni organiche alle amministrazioni diverse dai Ministeri, viene promosso l'acquisto nel mercato di servizi, originariamente prodotti in proprio, ove in grado di assicurare economie di gestione e riduzioni di personale. Inoltre, sul piano individuale, si elimina l'automatismo del trattenimento in servizio dei lavoratori in età di pensione (salvo che non abbiano raggiunto la contribuzione minima per la pensione), si legittima la risoluzione del lavoro del personale che abbia maturato l'anzianità contributiva massima; si favorisce l'esonero volontario anticipato dal servizio.

[1478] Art. 36, come sostituito dall'art. 49, D. L. n. 112/2008 (conv. nella L. n. 133/2008), successivamente modif. all'art. 17, co. 26, D.L. n. 78/2009 (conv. nella L. n. 102/2009). Al dirigente, inoltre, viene richiesto un rigoroso rispetto della normativa, prevedendosi che la

contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, al fine di rendere più precisi e puntuali i vincoli per il ricorso ad essi[1479].

Infine, altre disposizioni riguardano la trasparenza dell'organizzazione e dell'azione delle pp.aa., imponendo ad esse di pubblicare sui propri siti *web* le retribuzioni dei dirigenti, i tassi di assenza e di maggiore presenza del personale, ed ancora ulteriori informazioni relative ai tempi medi di pagamento relativi agli acquisti di beni, servizi e forniture, nonché i tempi medi di definizione dei procedimenti e di erogazione dei servizi. In particolare, viene prevista la pubblicazione *via internet* delle c.d. *best practices*, ovvero delle migliori performance ottenute da singoli uffici che, con risparmio di spesa e riduzione del contenzioso, siano riusciti a provvedere con maggiore tempestività ed efficacia all'adozione di provvedimenti o alla erogazione di prestazioni.

## 2. La Legge delega n. 15/2009 e il decreto legislativo n. 150/2009. Gli obiettivi perseguiti dal legislatore.

Come accennato, il principale provvedimento legislativo, concepito *ab origine* dal nuovo governo come intervento organico finalizzato a dare risposta ai molteplici problemi di funzionamento della riforma del lavoro pubblico emersi nel corso degli anni, è costituito dal decreto legislativo n. 150/2009, emanato in attuazione di una delega assai ampia conferita al governo dal Parlamento con la L. n. 15/2009.

Gli obiettivi perseguiti del legislatore, quali risultanti dalle previsioni contenute tanto nella legge delega quanto nello stesso provvedimento delegato, sono molteplici, e possono essere sintetizzati come segue:

- rendere più rigorosa la responsabilità (per le modalità ed i risultati della gestione di uffici e personale) del dirigente, garantendogli maggiore autonomia e indipendenza dalla politica e poteri manageriali più ampi, nonché indisponibili nei confronti della contrattazione collettiva, ma sottoponendolo al tempo stesso ad un più efficace sistema di valutazione, con conseguente diretta incidenza di quest'ultima anche sul piano retributivo;

- ottimizzare la distribuzione delle risorse umane, in ragione delle effettive esigenze delle singole strutture, promuovendo la mobilità e coinvolgendo i dirigenti nella individuazione del fabbisogno dei propri uffici e nella definizione delle dotazioni organiche;

- migliorare la produttività del lavoratore pubblico, assoggettando anche la sua prestazione - secondo modelli importati dal settore privato - ad una più puntuale valutazione, alla quale viene connessa l'erogazione di incentivi e premi, ma anche di sanzioni, secondo un'impostazione, consolidata nella cultura organizzativa, imperniata sul *principio meritocratico*; principio al quale devono ispirarsi altresì le progressioni c.d. orizzontali e verticali (ora rinominate dalla legge rispettivamente come economiche e carriera) del lavoratore;

- riaffermare il principio generale di concorsualità per l'accesso al lavoro pubblico e per le progressioni di carriera;

---

sua violazione può rilevare in sede di valutazione del suo operato, in particolare escludendolo dal riconoscimento della retribuzione di risultato.

[1479] Art. 7, co. 6 ss., D. Lgs. n. 165/2001, come modif. dall'articolo 46, co. 1, D.L. n. 112/2008 (conv, nella L. n. 133/2008), dall'art. 22, co. 2, lett. *a*, L. n. 69/2009 e infine dall'art. 17, co. 27, D.L. n. 78/2009 (conv. nella L. n. 102/2009). Anche in questo caso il mancato rispetto da parte del dirigente della normativa legale è causa della perdita della retribuzione di risultato.

- accrescere la disciplina ed il rispetto delle regole del rapporto di lavoro, al fine di ricondurre il lavoratore pubblico all'adozione di comportamenti professionali, oltre che più produttivi, fondati sull'etica del lavoro e sulla consapevolezza degli interessi pubblici comunque connessi alla sua prestazione (sia sotto il profilo delle funzioni e dei servizi erogati, sia sotto quello della necessaria imputazione alla fiscalità pubblica generale della sua retribuzione);

- escludere l'incidenza del sindacato nella definizione di regole in materia di organizzazione degli uffici e del lavoro e fissare per legge una disciplina inderogabile di alcuni istituti del rapporto di lavoro, o di specifici aspetti di essi, finanche in materia di meccanismi distributivi del salario accessorio;

- riorganizzare le procedure di contrattazione collettiva, perfezionando il sistema negoziale dal punto di vista del rapporto tra soggetti titolari dell'indirizzo politico e soggetti responsabili dell'attività contrattuale, ed introducendo più puntuali controlli sulla crescita del costo del lavoro pubblico, specialmente di quella derivante dalla contrattazione integrativa (problema, questo, non certo nuovo, né tanto meno superato con i vari interventi di contenimento degli anni precedenti);

- imporre alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di rendere trasparenti tutti i dati relativi alla propria organizzazione del lavoro ed ai sistemi retributivi adottati, consentendo l'accesso dall'esterno ai relativi dati, prevedendo controlli su di essi, nonché consentendo a cittadini e utenti di agire in giudizio nei confronti delle pp.aa. nel caso di «violazione di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi», ovvero qualora dall'omissione degli obblighi di vigilanza e controllo, oppure dal mancato rispetto di termini, «derivi la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori»[1480].

Orbene, un aspetto che merita di essere subito segnalato è quello che attiene al rapporto tra le finalità generali della riforma del lavoro pubblico intrapresa a partire dal 1992 e quelle perseguite dal legislatore del 2009. A tale riguardo, appare con tutta evidenza che le finalità del recente intervento legislativo appena descritte non si pongono affatto in contraddizione con quelle generali identificate nel corso delle varie fasi della riforma e ormai codificate nel D. Lgs. n. 165/2001[1481] (accrescere l'efficienza delle pubbliche amministrazioni, razionalizzare il costo del lavoro pubblico, realizzare una migliore utilizzazione delle risorse umane), ma anzi, risultano, oltre che del tutto coerenti con esse, in un certo senso integrative e specificative delle stesse. Il che denota come il legislatore, pur intervenendo in modo penetrante su numerosi aspetti della regolamentazione giuridica del lavoro pubblico, si sia mosso comunque in continuità di obiettivi con quelli perseguiti nelle precedenti fasi.

Diverso problema, naturalmente, è quale sia la strumentazione giuridica messa in campo con il D. Lgs. n. 150/2009 per il perseguimento delle predette finalità e quale sia la sua portata innovativa rispetto alle regole definite dalla preesistente normativa, cui occorre dedicare immediata attenzione. Infine occorrerà chiedersi se le novità legislative hanno addirittura alterato l'assetto strutturale del lavoro pubblico emergente dalle precedenti fasi della riforma.

---

[1480] Art. 4, co. 2, lett. l, n. 15/2009.

[1481] D'altronde le disposizioni del D. Lgs. n. 165/2001 che riassumono gli obiettivi perseguiti dal legislatore nelle precedenti fasi della riforma non sono state affatto modificate dal D. Lgs. n. 150/2009.

## 3. I principali contenuti della Legge delega n. 15/2009 e del D. lgs. n. 150/2009.

### 3.1 La revisione del sistema delle fonti

Quanto al primo problema, passando ad analizzare i tratti generali della normativa approvata per il raggiungimento degli obiettivi sopra delineati, va subito sottolineato, preliminarmente ad ogni altra considerazione, un aspetto centrale dell'intervento riformatore: tali obiettivi sono stati, comunque, perseguiti mediante una compressione del potere regolativo della contrattazione collettiva ed una estensione dell'area riservata alla legge; più in generale, attraverso una parziale revisione del sistema delle fonti di disciplina dei rapporti di lavoro pubblico e del loro rapporto di forze.

In effetti, il D. Lgs. n. 150/2009 ha anzitutto vietato la negoziabilità dei poteri gestionali del dirigente/manager in materia di micro-organizzazione e di gestione dei rapporti di lavoro (ovvero di gestione del personale o delle risorse umane) - cioè, come ancora risulta letteralmente dal dato legislativo, dei poteri di 'organizzazione degli uffici' e di 'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici'[1482]. Il decreto, inoltre, ha provveduto a disciplinare direttamente anche numerosi aspetti di istituti, vecchi e nuovi, del rapporto di lavoro, sottraendoli *in toto* ovvero in larga misura alla regolamentazione collettiva (normalmente attraverso modificazioni effettuate direttamente nel *corpus* del D. Lgs. n. 165/2001). Più precisamente, l'art. 40, co. 1, D. Lgs. n. 165/2009 (nella nuova

---

[1482] L'uso delle espressioni 'gestione del personale', 'gestione delle risorse umane' e 'gestione dei rapporti di lavoro', non deve trarre in inganno, potendo essere tutte considerate quali sinonimi della più classica espressione 'organizzazione del lavoro' ('nell'ambito degli uffici'), la quale ci sembra da preferire, in quanto in grado relazionarsi in modo più evidente ed immediato con l'espressione 'organizzazione degli uffici' (tutte queste espressioni sono state utilizzate dal legislatore del D. Lgs. n. 150/2009), a sua volta coincidente con quella che la dottrina ha subito chiamato, fin dalla seconda fase della riforma del lavoro pubblico degli anni 1997/8, micro-organizzazione, per contrapporla alla macro-organizzazione.
Va poi precisato che con l'espressione 'organizzazione del lavoro' si intende una sorta di 'area intermedia' tra l'organizzazione degli uffici e l'organizzazione della singola prestazione di lavoro, la quale comprende tutte le decisioni organizzative generali in materia di distribuzione dei tempi del lavoro e dei carichi di lavoro, di ritmi produttivi, di strategie motivazionali, etc. Tale area è, nel settore privato, al pari di, ed in stretta connessione con, quella dell'organizzazione dei vari mezzi di produzione (tra cui uffici e strutture materiali), un'area non giuridificata, ma coperta dalla garanzia della libertà di iniziativa economica (art. 41, co. 1, Cost.); le decisioni ad essa afferenti, quindi, risultano nella totale disponibilità del datore di lavoro, il quale può ovviamente scegliere anche di sottoporle a contrattazione collettiva. Una possibilità, questa, che nel settore pubblico è ora invece impedita, in quanto, ferma restando la privatizzazione del potere decisionale relativo all'organizzazione del lavoro, la legge, come precisato in testo, ha escluso che la contrattazione collettiva possa regolarne i vari profili, ammettendo solo che la contrattazione nazionale possa, in tale materia, prevedere l'informazione sindacale.
Ciò premesso, si deve ancora sottolineare che, tanto nel settore privato quanto nel settore pubblico, tutte le decisioni che riguardano l'organizzazione del lavoro costituiscono la premessa logica rispetto alla utilizzazione della prestazione individuale di lavoro, la cui conformazione a quelle decisioni viene poi ottenuta per il tramite dell'esercizio del c.d. potere direttivo, vero e proprio potere di gestione del singolo rapporto di lavoro, il quale, peraltro, a differenza dell'altro potere, è giuridificato, nel senso che, oltre ad essere effetto necessario ed essenziale del contratto di lavoro subordinato, deve essere esercitato sulla base – e dunque negli ambiti – delle regole legali e contrattuali che disciplinano il rapporto di lavoro. Questa lettura, dunque, attribuisce un'identità propria al potere di organizzazione del lavoro – secondo quanto risultante, in una prospettiva di inclusione, dalle teorie di management, nonché, in una prospettiva di esclusione, da una costruzione dogmatica del diritto del rapporto di lavoro fondata su un piano rigorosamente individualistico – negando che esso possa essere configurato come risultato dell'esercizio complessivo, o 'globale', dei tipici poteri datoriali di gestione dei rapporti di lavoro (direttivo, disciplinare, di controllo) nei confronti della collettività dei lavoratori, oltre che del singolo. Tra l'altro si segnala come tale lettura, riferita all'attuale disciplina dettata, per il settore pubblico, dall'art. 40, co. 1, D. Lgs. n. 165/2001 – di cui si dirà tra breve in testo – rischierebbe di creare un corto circuito nella (meglio, una contraddizione interna alla) nuova disposizione, posto che, se è vero che «la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro», è pur vero che, ogni volta che farà questo, inciderà automaticamente e reciprocamente anche sui predetti poteri datoriali; ma così facendo violerebbe il vincolo della non negoziabilità del potere di organizzazione del lavoro, nella misura in cui quest'ultimo viene identificato con quelli.

formulazione derivante dalla novella attuata dall'art. 54, D. Lgs. n. 150), mentre, da un lato, sancisce espressamente che «la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali», dall'altro lato esclude integralmente da contrattazione collettiva «le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'art. 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli artt. 5, comma 2, 16 e 17», ed ancora la materia del conferimento e delle revoca degli incarichi dirigenziali e l'insieme delle materie previste dall'art. 2, co. 1, lett. *c*, L. n. 421/1992 (si tratta delle materie che sono state riservate alla fonte pubblicistica dalla prima legge delega di riforma). Esso prevede inoltre che «nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge».

Questa scelta è, d'altronde, perfettamente coerente con un mutamento dell'atteggiamento complessivo del legislatore nei confronti della contrattazione collettiva: nonostante il formale riconoscimento della permanente competenza di quest'ultima a disciplinare «diritti ed obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro»[1483], ad essa è ora concesso di intervenire a modificare «eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche o a categorie di essi», *solo se e nei limiti in cui dette disposizioni lo consentano*, secondo il generale principio di inderogabilità imposto dal sistema gerarchico delle fonti[1484] (così attuandosi un vero e proprio ribaltamento del precedente regime, dove, invece, la regola era quella, opposta, della derogabilità generale, salvo esplicito divieto)[1485]. A tutto ciò, inoltre, corrisponde, da un lato la dichiarata natura imperativa di tutte le disposizioni del D. Lgs. n. 165/2001, e dall'altro lato il richiamo esplicito della normativa sulla nullità delle clausole dei contratti (individuali e collettivi) e sulla loro sostituzione automatica in tutti i casi di violazione di norme imperative (*ex* artt. 1339 e 1419, co. 2, c.c.)[1486].

Indipendentemente dal giudizio di politica del diritto che si voglia dare di tale soluzione legislativa, merita di essere segnalato come, dal punto di vista tecnico, essa si presenti non soltanto in controtendenza con la scelta in favore della *deregulation* che ha connotato la riforma del lavoro pubblico fin dai suoi primi passi all'inizio degli anni '90, ma anche in conflitto con la finalità - che pure viene espressamente dichiarata dallo stesso legislatore[1487] - di attuare una piena «convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali». Per altro verso si deve pure osservare che la predetta *rilegificazione* (o anche *decontrattualizzazione*) di alcuni aspetti della disciplina del lavoro pubblico non implica una *ripubblicizzazione* né dei poteri dirigenziali - che restano corrispondenti a quelli del

---

[1483] Nuovo comma 1, primo periodo, dell'art. 40, D. Lgs. n. 165/2001.

[1484] Nuovo comma 2, dell'art. 2, D. Lgs. n. 165/2001.

[1485] Anche se, per il vero in materia strettamente retributiva, viene conservato, invece, il 'primato' della contrattazione sulla legge (con il rischio di qualche incertezza applicativa): art. 2, co. 3, D. Lgs. n. 165/2001.

[1486] Art. 2, co. 1 e co. 3-*bis*; v. anche art. 40, co. 3-*quinquies*, D. Lgs. n. 165/2001.

[1487] Art. 2, co. 1, lett. *a*, L. n. 15/2009.

«privato datore di lavoro»[1488] - né dei rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici - i quali, a loro volta, restano regolati contrattualmente[1489] e «disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa»[1490]. Dal che deriva automaticamente che resta intatta altresì la competenza del giudice ordinario per le controversie in materia di lavoro pubblico (la cui attività giurisdizionale rischia, anzi, assai probabilmente, di infittirsi, per effetto della formale legificazione di molte regole).

Ciò premesso, prima di passare ad esaminare gli altri contenuti dell'intervento riformatore, va ancora notato che il D. Lgs. n. 150/2009 si articola in vari Titoli e Capi, con articoli in larga misura destinati a sostituire o modificare molte previsioni del D. Lgs. n. 165/2001. Ciò vale in particolare per le disposizioni riguardanti la dirigenza e la disciplina dei rapporti di lavoro e quelle in materia di contrattazione collettiva. Conservano, invece, la propria autonomia sistematica (in qualità di articoli del D. Lgs. n. 150) le molteplici disposizioni in materia di valutazione e di merito e premi, nonché quelle contenenti discipline transitorie, o che dispongono abrogazioni.

### 3.2 Le novità in materia di contrattazione collettiva

Un primo fondamentale insieme di disposizioni dell'intervento riformatore è rappresentato dalle previsioni che disciplinano la contrattazione collettiva. Si è appena accennato alla perdita di spazi di competenza che essa ha subito; ora meritano di essere sottolineati almeno quattro aspetti delle novità regolative in materia.

Il primo attiene alla ridefinizione di alcune regole della procedura negoziale, al fine, da un lato, di rendere più penetrante, in sede di contrattazione nazionale, l'intervento dell'attore politico rispetto all'agenzia negoziale[1491] e, dall'altro lato, di ampliare e rendere più efficace il controllo dei costi contrattuali, a livello tanto di comparto che decentrato. Quest'ultimo obiettivo non dovrebbe contrariare i fautori di una effettiva libertà contrattuale delle pubbliche amministrazioni: si deve, infatti, riconoscere che, nell'attuale fase storica, e specificamente di fronte alla crisi economica internazionale che sta mettendo a dura prova le politiche di bilancio anche del nostro Paese, le gravi condizioni del debito pubblico, di cui la spesa per il personale delle pubbliche amministrazioni costituisce voce essenziale, giustificano in buona misura un rigoroso accertamento della sostenibilità degli impegni che le pp.aa. intendono assumere mediante la stipulazione dei contratti collettivi. Piuttosto qualche riserva solleva l'attribuzione alla Corte dei Conti (oltre che della funzione di controllo delle compatibilità economico-finanziarie dei contratti integrativi, la quale corrisponde, ovviamente, alla sua 'missione naturale'), di una nuova funzione di valutazione e di analisi del rispetto, da parte degli stessi contratti integrativi, dei «criteri improntati alla premialità, al riconoscimento del merito ed alla valorizzazione dell'impegno e della qualità della per-

---

[1488] Art. 5, co. 2, D. Lgs. n. 165/2001.

[1489] Art. 2, co. 3, primo periodo, D. Lgs. n. 165/2001.

[1490] Art. 2, co. 2, primo periodo, D. Lgs. n. 165/2001.

[1491] Si prevede, in particolare, che «rappresentanti designati dai Comitati di settore possono assistere l'ARAN nello svolgimento delle trattative»: cfr. nuovo art. 41, co. 4, D. Lgs. n. 165/2001.

formance individuale, con riguardo ai diversi istituti finanziati dalla contrattazione collettiva, nonché a parametri di selettività, con particolare riferimento alle progressioni economiche»[1492]: appare, infatti, a dir poco 'anomalo' l'affidamento alla Corte di un controllo su clausole dei contratti integrativi la cui analisi richiede competenze specialistiche che risultano sicuramente non familiari ai giudici contabili.

Il secondo aspetto che merita di essere evidenziato è che il D. Lgs. n. 150/2009 ha *di fatto* dato attuazione all'*Intesa per l'applicazione dell'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009*, stipulata il 30 aprile 2009. La scelta dello strumento legislativo per attuare l'*Intesa*, oltre a consentire un'immediata efficacia generale delle previsioni in tema di contrattazione nell'ambito del settore pubblico (aspetto non secondario, poiché tanto l'*Accordo* quanto l'*Intesa* non sono stati firmati da tutte le più grandi Confederazioni sindacali[1493]), ha permesso al Governo di inserire le nuove disposizioni in materia di contrattazione collettiva all'interno di un provvedimento generale di riforma del lavoro pubblico, così attribuendosi anche ad esse un rilievo sistematico determinante rispetto al disegno riformatore. Per contro, va notato che la predetta scelta introduce un certo grado di rigidità nel sistema contrattuale, poiché, in caso di futura modifica anche consensuale di singoli aspetti, sarà inevitabilmente necessario un nuovo intervento del legislatore. In termini generali, comunque, sembra potersi affermare che, al di là di alcune sfumature terminologiche, il D. Lgs. n. 150/2009 appare comunque sintonico con *l'Intesa* sotto il fondamentale profilo dell'attribuzione alla contrattazione di secondo livello del compito di integrare la contrattazione nazionale solo negli ambiti e nei limiti da questa fissati (secondo il principio del *coordinamento negoziale*), e soprattutto in modo coerente con la finalità di migliorare la produttività e l'efficienza delle pp.aa. attraverso lo sviluppo della valutazione delle performance e della premialità retributiva[1494].

Una terza significativa novità della riforma riguarda, poi, la riduzione del numero degli attuali comparti di contrattazione. Sul punto il legislatore, pur formalmente confermando il rinvio all'autonomia collettiva presente nel precedente assetto, ha tuttavia in realtà fissato un numero massimo di 4 comparti e 4 aree dirigenziali (solo prevedendo la possibilità di attivare «una apposita sezione contrattuale» di un'area dirigenziale per la dirigenza del ruolo sanitario, nonché di «apposite sezioni contrattuali per specifiche professionalità» nell'ambito dei comparti»). Si tratta di una scelta 'forte', volta a 'concentrare' il periodico sforzo contrattuale nell'ambito del settore pubblico, nonché a rendere in qualche misura più controllabile ed omogenea la normativa contrattuale applicabile alle diverse amministrazioni. E tuttavia, tale scelta appare, da un lato, confliggere con il principio di autonomia delle parti nella definizione degli ambiti contrattuali e, dall'al-

---

[1492] Art. 40-*bis*, co. 3, D. Lgs. n. 165/2001. Non va trascurata, inoltre, sotto altro profilo, che l'incidenza della politica sull'ARAN si manifesta anche sotto altri profili; ad es. si v. la previsione di cui al nuovo art. 46, co. 10, quinto periodo, in base alla quale i regolamenti di organizzazione interna dell'ARAN non soltanto sono «soggetti al controllo del Dipartimento della funzione pubblica e del Ministero dell'economia e delle finanze», ma soprattutto sono «adottati d'intesa con la Conferenza unificata».

[1493] Com'è noto, la CGIL non ha sottoscritto i due atti negoziali.

[1494] Vi è tuttavia qualche scostamento, i cui effetti reali non risultano al momento chiari. Ad esempio, l'*Intesa* ha previsto espressamente - nel rispetto dell'*Accordo* del 22 gennaio - che tanto il contratto nazionale di comparto che il contratto integrativo abbiano durata triennale, laddove l'art. 40, co. 3, D. Lgs. n. 165/2001 (nella nuova formulazione introdotta dall'art. 54, D. Lgs. n. 150/2009) stabilisce invece che sia la contrattazione collettiva a disciplinare «la durata dei contratti collettivi nazionali ed integrativi»; è vero che ciò deve avvenire «in coerenza con il settore privato», ma comunque, formalmente, tale durata sarà fissata ad uno specifico tavolo contrattuale.

tro lato, esposta al rischio di imporre un'eccessiva uniformità dei trattamenti contrattuali a pubbliche amministrazioni dalle caratteristiche strutturali e funzionali assai diverse (ma sul punto si tornerà in sede di conclusioni).

Infine, il quarto, e forse il più importante, aspetto da sottolineare è la presenza, nella nuova disciplina del sistema contrattuale, di quattro disposizioni assai rilevanti dal punto di vista dei poteri negoziali delle pp.aa., in quanto volte a prefigurare un sistema contrattuale il cui timone resti saldamente nelle mani dell'attore pubblico, a livello nazionale, ma soprattutto a livello decentrato.

Le prime due disposizioni, in materia di *contrattazione nazionale*, sono contenute nell'art. 47-*bis*, co. 1 e 2, D. Lgs. n. 165/2001, e prevedono, rispettivamente, la prima che, decorsi 60 giorni dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria che disponga in materia di rinnovi contrattuali, «gli incrementi previsti per il trattamento stipendiale *possono* essere erogati in via provvisoria previa deliberazione dei rispettivi comitati di settore, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative», e salvo conguaglio all'atto della stipulazione del contratto (co. 1); e la seconda che «in ogni caso, a decorrere dal mese di aprile dell'anno successivo alla scadenza del CCNL, qualora lo stesso non sia ancora stato rinnovato e non sia stata disposta l'erogazione di cui al co. 1, è riconosciuta ai dipendenti dei rispettivi comparti …, nella misura e con le modalità stabilite dai contratti nazionali, e comunque entro i limiti previsti dalla legge finanziaria… una copertura economica che costituisce un'anticipazione dei benefici complessivi che saranno attribuiti al momento del rinnovo del CCNL» (co. 2). Si tratta di previsioni indubbiamente destinate ad arrecare un vantaggio ai dipendenti pubblici, evitando che i ritardi nel rinnovo dei CCNL impediscano loro di ricevere in tempi congrui gli aumenti contrattuali (i quali, sulla base dell'*Accordo* e dell'*Intesa* del 2009, più sopra citati, sono volti essenzialmente ad assicurare un recupero dell'inflazione prevista[1495]). E tuttavia, a ben vedere, tali disposizioni risultano contemporaneamente foriere di scompensi sul piano delle relazioni contrattuali: ad persone avvezze allo studio delle relazioni sindacali e a ragionare in termini di posizionamento strategico nelle trattative, esse appaiono in grado di depotenziare la capacità conflittuale dei sindacati, in quanto - tenuto anche conto, tra l'altro, della sostanziale prevedibilità delle reali disponibilità economiche per il rinnovo - la possibilità di concessione unilaterale dei trattamenti, per quanto di tipo provvisorio, rende evidentemente più debole l'azione della coalizione sindacale. Ciò, per il vero, riguarda forse meno la seconda delle due previsioni, dal momento che, da un lato, il suo funzionamento dipende dalle regole poste dalla stessa contrattazione collettiva, e, dall'altro lato, essa fa riferimento ad una mera 'copertura economica' da corrispondersi a titolo di anticipazione. Più preoccupante, dal punto di vista appena indicato, appare, invece, la prima di esse, in base alla quale è l'organo politico che assume la *decisione unilaterale* di corrispondere il trattamento indicato (per quanto «sentite le organizzazioni sindacali»), il quale, a sua volta, corrisponde *integralmente* agli «incrementi previsti per il trattamento stipendiale» (donde il rischio di svuotamento di gran parte del processo negoziale).

---

[1495] A tal fine, l'*Accordo* prevede che il calcolo dell'inflazione avvenga sulla base di un nuovo indice previsionale dei prezzi al consumo, armonizzato in ambito europeo per l'Italia - IPCA - depurato dalla dinamica dei prezzi dei beni energetici importati, ma anche che, nel settore pubblico, il predetto indice sarà «applicato ad una base di calcolo costituita dalle voci di carattere stipendiale e mantenuto invariato per il triennio di programmazione» (l'*Intesa* parla egualmente di «indice previsionale da applicarsi ad una base di calcolo costituita dalle voci di carattere stipendiale»).

Le altre due disposizioni, in materia di *contrattazione integrativa*, stabiliscono, invece, l'una che alla scadenza del termine delle sessioni negoziali in sede decentrata stabilito dai CCNL, «le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione»[1496]; e l'altra che «qualora non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto collettivo integrativo, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione»[1497]. Le due previsioni sono, a ben vedere, solo apparentemente simili, in quanto la prima sancisce, alla scadenza della sessione negoziale, la cessazione dell'attività contrattuale, mentre la seconda presuppone che essa continui, nonostante l'amministrazione abbia provveduto unilateralmente a regolare la materia. Ed al riguardo appare convincente la lettura, già affiorata in dottrina, secondo cui la prima norma va riferita agli istituti del rapporto di lavoro di natura non retributiva e la seconda a quelli di natura retributiva: poiché, infatti, in materia retributiva il legislatore ha fissato (meglio: confermato), in generale, la competenza esclusiva della contrattazione collettiva[1498], si giustifica il vincolo, implicitamente ricavabile dalla formulazione della seconda norma, di proseguire nella ricerca di una soluzione negoziata[1499]. Ciò che più importa osservare in questa sede, peraltro, è che entrambe le previsioni sembrano ispirate dalla medesima logica: assegnare una posizione di forza negoziale al dirigente, conferendogli formalmente - qualora il periodo del confronto negoziale si concluda con un nulla di fatto, ovvero la negoziazione in materia retributiva ristagni per un tempo eccessivo - il potere (non negoziabile) di provvedere autonomamente alla regolazione di un istituto del rapporto di lavoro, nel primo caso (per materie non retributive) in via definitiva, nel secondo caso (per materie retributive) in via transitoria - dove, peraltro, la transitorietà, dipendendo dall'andamento del negoziato, potrebbe risultare, di fatto di durata estremamente incerta. Sul punto, nonostante il carattere perentorio delle due previsioni, va detto, comunque, che molto delle loro potenziali conseguenze sul piano delle relazioni contrattuali dipenderà dal tipo di interlocutore sindacale presente nello specifico luogo di lavoro. Ma di questo si dirà meglio nel seguito.

### 3.3 Le novità in materia di valutazione e meritocrazia

Indubbiamente, dal punto di vista strategico, un rilievo primario nell'ambito dell'intervento riformatore assumono le disposizioni in tema di valutazione. In verità, in precedenza non erano mancate, in numerose amministrazioni (ad. es. INPS, Agenzie fiscali, enti locali, etc.), interessanti esperienze di utilizzazione, ai fini organizzativo-gestionali, di sistemi, pure sofisticati, di valutazione delle performance individuali e di struttura, adottati in piena autonomia, specialmente in occasione di importanti processi di riorganizzazione degli uffici e del lavoro del personale addetto. Né era assente una normativa finalizzata a sottoporre l'operato dei dirigenti a valutazione, ai fini tanto retributivi che di carriera; anche se è notorio come i meccanismi da essa previsti non avessero funzionato in modo egregio (in particolare sia per la difficoltà di una precisa identificazione degli obiettivi assegnati ai dirigenti, sia per la tendenza a differenziare in misura solo minimale i

---

[1496] Art. 40, co. 3-*bis*, ultimo periodo, D. Lgs. n. 165/2001.

[1497] Art. 40, co. 3-*ter*, primo periodo, D. Lgs. n. 165/2001.

[1498] Cfr. nuovo co. 1, dell'art. 45, D. Lgs. n. 165/2001.

[1499] E d'altronde questa lettura appare confermata sia dall'art. 45, co. 1, nuova formulazione, che richiama solo l'art. 40, co. 3-*ter,* sia dal secondo periodo dell'art. 40, co. 3-*ter*, in base alla quale «agli atti adottati unilateralmente si applicano le procedure di controllo di compatibilità economico-finanziaria previste dall'art. 40-*bis*», la quale evidentemente conferma che si verte in tema di istituti di natura retributiva.

giudizi valutativi), rendendo, tra l'altro, del tutto astratte eventuali penalizzazioni relative alla retribuzione di risultato.

Orbene, il nuovo sistema di valutazione è ora concepito dal legislatore come strumento (obbligatorio) e generale di misurazione del funzionamento delle pubbliche amministrazioni e del personale, in quanto volto ad operare nei confronti delle performance non soltanto dei dirigenti, ma anche di tutti gli altri lavoratori, oltre che delle stesse strutture amministrative. La finalità precipua è di contribuire «al miglioramento della qualità dei servizi… nonché alla crescita delle competenze professionali, attraverso la valorizzazione del merito…»[1500]

La legge, al riguardo, ha descritto puntualmente il c.d. «ciclo di gestione della performance», che deve essere sviluppato dalle amministrazioni «in maniera coerente con i contenuti e con il ciclo della programmazione finanziaria e del bilancio», e che si compone di varie fasi: partendo dalla individuazione e assegnazione degli obiettivi e delle risorse, e passando attraverso la misurazione e valutazione delle performance organizzativa e individuale, si arriva alla distribuzione di incentivi e premi, oltre che la rendicontazione dei risultati ai vertici delle pp.aa. ed ai cittadini/utenti[1501]. Sempre in questa prospettiva, elementi rilevanti sono la programmazione su base triennale degli obiettivi, e quindi la loro specificazione prima dell'inizio del relativo esercizio[1502]; la predisposizione del c. d. *Piano della performance*[1503]; l'attività di monitoraggio in corso di esercizio, nonché quella di misurazione e valutazione delle performance organizzativa e individuale[1504]; ed ancora la predisposizione della *Relazione sulla performance*[1505].

In particolare, per quanto attiene al nuovo sistema di valutazione, esso viene delineato solo nei suoi tratti generali, dovendo poi essere disegnato più analiticamente, su piani diversi, dai vari soggetti che ne sono a vario titolo i gestori: in particolare, la legge prevede esplicitamente l'istituzione, in sede centrale, di una *Commissione per la valutazione*[1506], alla quale è affidato in generale il compito di *indirizzare*, *coordinare* e *sovrintendere* le concrete funzioni di valutazione degli *Organismi indipendenti* istituiti presso ogni amministrazione[1507]. Va sottolineato, tuttavia, che, a

---

[1500] Art. 3, co. 1 e 2, D. Lgs. n. 150/2009.

[1501] Art. 4, D. Lgs. n. 150/2009.

[1502] Attività di competenza degli organi di indirizzo politico-amministrativo, sentiti i vertici dell'amministrazione: art. 5, D. Lgs. n. 150/2009.

[1503] Si tratta di un documento di programmazione triennale, che deve essere predisposto entro il 31 gennaio di ogni anno dall'organo di indirizzo politico-amministrativo, in collaborazione con i vertici di ciascuna amministrazione, e che «individua gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi e definisce, con riferimento agli obiettivi finali ed intermedi e alle risorse, gli indicatori per la misurazione e la valutazione della performance dell'amministrazione, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori»: artt. 10, co. 1, lett. *a*, e 15, co. 2, let. *b*, D. Lgs. n. 150/2009.

[1504] Artt. 6 e 7, D. Lgs. n. 150/2009.

[1505] Si tratta di un documento annuale redatto dagli stessi soggetti entro il 30 giugno di ogni anno, «che evidenzia, a consuntivo, con riferimento all'anno precedente, i risultati organizzativi e individuali raggiunti rispetto ai singoli obiettivi programmati e alle risorse, con rilevazione degli eventuali scostamenti, e il bilancio di genere realizzato»: artt. 10, co. 1, lett. *b* e 15, co. 2, lett. *b*, D. lgs. n. 150/2009.

[1506] Che deve operare «in posizione di indipendenza di giudizio e di valutazione e in piena autonomia, in collaborazione con la Presidenza del Consiglio»: cfr. art. 13, co. 1, D. Lgs. n. 150/2009.

[1507] Art. 14, D. Lgs. n. 150/2009.

parte le funzioni valutative svolte da questi Organismi, in realtà ogni dirigente è chiamato a svolgere le funzioni di valutazione nei confronti del personale a lui assegnato.

Questa generale strategia fondata sulla valutazione delle performance è strettamente intrecciata con l'adozione del *principio meritocratico* come essenziale criterio gestionale, dato che il legislatore delegato ha collegato ai risultati della valutazione delle performance individuali (collegate anche ad obiettivi di gruppo[1508]), nonché delle strutture di appartenenza, la corresponsione ai singoli dipendenti, compresi i dirigenti, di quote di retribuzione incentivante (sulla base di una distribuzione rigorosamente vincolata - almeno in apparenza - a tre livelli, e relative graduatorie)[1509] e di premi, stabilendo altresì l'incidenza di tali risultati sulle progressioni economiche e di carriera, ma anche *la loro rilevanza in materia disciplinare*. Così, il dirigente è vincolato a far rispettare gli «standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione»[1510], nonché a «prevenire o contrastare … le condotte assenteistiche»[1511], a pena di subire sanzioni; ed il lavoratore deve essere parimenti sanzionato «quando cagiona un grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza, per inefficienza o incompetenza professionale»[1512], prevedendosi finanche il licenziamento nel caso in cui, nel corso di un arco temporale non inferiore al biennio, subisca una valutazione di «insufficiente rendimento», dovuto alla reiterata violazione degli obblighi legali (nonché regolamentari e provvedimentali) o contrattuali inerenti alla prestazione dovuta[1513]. Traspare già da queste previsioni, una concezione manageriale di tipo neo-autoritario, secondo la quale nel gestire il personale il dirigente/manager deve manifestare un 'rigore inflessibile'; una concezione questa, che, come si vedrà tra breve, si rivela con ancor maggiore evidenza in materia disciplinare.

### 3.4 Le novità in materia di trasparenza

Un ulteriore ambito dell'intervento legislativo - anch'esso strettamente connesso, come si è appena detto, con il ciclo di gestione della performance - riguarda poi la questione trasparenza. Vengono infatti potenziati i vincoli di pubblicità posti a carico delle pubbliche amministrazioni, alle quali viene imposto di pubblicare nei propri siti informatici - oltre ai dati di cui si è detto nel precedente parag. 1 - l'insieme «delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti»[1514]. Ed è significativo che esplicitamente la stessa legge colleghi siffatte forme di trasparenza «allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità», precisando altresì che la stessa trasparenza costituisce livello essenziale delle prestazioni pubbliche ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. *m*, Cost.[1515]. D'altro canto, si deve

---

[1508] Cfr. art. 9, co. 2, lett. *a*, D. Lgs. n. 150/2009.
[1509] Art. 19, D. Lgs. n. 150/2009.
[1510] Cfr. art. 21, co. 1-*bis*, D. Lgs. n. 165/2001.
[1511] Cfr. art. 55-*septies*, co. 6, D. Lgs. n. 165/2001.
[1512] Art. 55-*sexies*, co. 2, D. Lgs. n. 165/2001.
[1513] Art. 55-*quater*, co. 2, D. Lgs. n. 165/2001.
[1514] Cfr. ora in tema la Circolare di Funzione Pubblica n. 1/10 del 14.1.2010.
[1515] Art. 11, co. 1, D. Lgs. n. 150/2009.

rammentare che la tematica dell' 'apertura' delle amministrazioni all'esterno, anche mediante l'attivazione di canali diretti di comunicazione con i cittadini/utenti, al fine di consentire - sfruttando le potenzialità delle *ICT* - una loro diretta, pur se elementare, valutazione dell'azione amministrativa di cui sono destinatari, ha costituito un punto fermo dell'azione politica del governo in carica; di cui un'ulteriore significativa espressione è rappresentata dall'attuazione della delega prevista dalla L. n. 15/2009, in materia di azione individuale o collettiva dei cittadini/utenti, tramite un provvedimento delegato disciplinante - sul modello di analoghe azioni già presenti in altri paesi, anche europei - la c.d. *class action*, ma nei confronti delle pubbliche amministrazioni[1516].

Un passaggio di rilievo tutt'altro che trascurabile è comunque costituito dall'obbligo per l'organo di indirizzo politico-amministrativo di predisporre un *Programma triennale per la trasparenza e l'integrità*, da aggiornare annualmente, anch'esso destinato ad essere pubblicato nel sito istituzionale dell'amministrazione[1517].

Al di là delle critiche che sono state indirizzate nei confronti di alcune decisioni ministeriali, in ragione del profilo 'populistico' di alcuni meccanismi valutativi attivati via *internet*[1518], nonché di quelle rivolte, specialmente dalle associazioni dei consumatori, alla predetta azione collettiva nei confronti delle pp.aa., a causa della 'debolezza' delle tutele da essa garantite ai cittadini/utenti, non va sottovalutata l'aspirazione comunque 'educativa' di questo insieme di previsioni mirate, appunto, a promuovere la trasparenza dell'operato delle amministrazioni («anche a garanzia della legalità»)[1519] ed il controllo sociale su di esso (quest'ultimo dialogico con quello sviluppato attraverso i processi di valutazione del funzionamento e dei risultati delle strutture amministrative). In queste previsioni si traduce l'intento, da un lato, di stimolare, anche con elementari mosse fondate sullo strumento comunicativo, la presa di coscienza dei cittadini/utenti, tradizionalmente passivi ed inerti nei confronti degli abusi della 'famigerata' burocrazia o dei potenti, e, dall'altro lato, di creare un 'surrogato' plausibile del mercato, idoneo a sopperire alla mancanza, nell'esercizio delle attività amministrative, della concorrenza, strumento fustigatore degli operatori privati per la ricerca permanente di maggiore efficienza ed efficacia della propria attività economica. Si tratta, evidentemente, di meccanismi solo sperimentali di cui sarà necessario misurare l'efficacia; tuttavia sarebbe utile se, a ridosso dell'esperienza in atto, si sviluppasse una riflessione più avanzata che - facendo tesoro degli stimoli provenienti dal dibattito scientifico in corso tra sociologi e politologi - si concentrasse sulla possibilità di evolvere, a partire dalle comunità locali, verso forme più strutturate di partecipazione democratica diretta dei cittadini/utenti ai processi di modernizzazione virtuosa della p.a. - secondo il modello degli *stakeholders*, già teorizzato, ma anche concretamente praticato, in altri Paesi europei -, ulteriore rispetto a quella, tipicamente politica, del voto e della scelta dei propri rappresentanti.

È da sottolineare, poi, che l'insieme dei profili regolativi appena descritti trova un'unitaria ricongiunzione nella generale previsione secondo la quale «l'organo politico-amministrativo promuove

---

[1516] Cfr. D. Lgs. n. 198/2009.

[1517] Art. 11, co. 2 e art. 15, co. 2, lett. *d*, D. Lgs. B. 150/2009.

[1518] Ad es. il giudizio dei cittadini/utenti nei confronti delle pp.aa. da esprimere tramite l'utilizzazione di simboliche 'faccette'.

[1519] Art. 1, co. 2, D. Lgs. n. 150/2009.

la cultura della responsabilità per il miglioramento della performance, del merito, della trasparenza e dell'integrità»[1520]. Anche su questa aspettativa fiduciosa del legislatore in una nuova etica della politica si tornerà in sede di conclusioni.

### 3.5 Le novità in materia di dirigenza e poteri dirigenziali

Centralità assoluta assumono, nell'ambito del provvedimento riformatore, anche le previsioni in materia di poteri dirigenziali. Al riguardo, si è detto che tra gli obiettivi del D. Lgs. n. 150/2009 si colloca il riconoscimento, in capo al dirigente, di una maggiore autonomia nei confronti tanto della politica quanto del 'contropotere' sindacale, ed un rafforzamento delle sue prerogative manageriali (peraltro rigorosamente individuate e vincolate nell'esercizio); ma anche la sua sottoposizione ad un più efficace sistema di valutazione e la sua esposizione alle conseguenze di quest'ultima sul piano della responsabilità dirigenziale e su quello retributivo.

Per quanto attiene all'autonomia dalla politica, gli obiettivi del legislatore si sono tradotti in una serie di previsioni in materia di *incarichi* (tra cui merita segnalazione la riformulazione dei criteri su cui deve fondarsi l'attribuzione dell'incarico - al fine di assegnare maggiore rilievo al complessivo profilo professionale del soggetto interessato - e la riduzione dello *spoils system* ai soli incarichi di Segretario generale di Ministeri o di direzione di strutture articolate in uffici dirigenziali generali, ovvero agli incarichi di livello equivalente)[1521], di *progressione di carriera* (viene introdotto - entro il limite del 50% dei posti disponibili - il concorso per l'accesso alla qualifica di dirigente di prima fascia)[1522], di *responsabilità dirigenziale* (rispetto alla quale la legge collega, ancora più chiaramente del passato, l'accertamento del mancato raggiungimento degli obiettivi «alle risultanze del sistema di valutazione» previsto dal D. lgs. n. 150/2009)[1523] e di *incompatibilità* (si prevede che non possano essere attribuiti incarichi di direzione di strutture abilitate alla gestione del personale a soggetti che rivestano, o che nei due anni precedenti abbiano rivestito cariche in - ovvero abbiano avuto rapporti di collaborazione o consulenza con - partiti politici o organizzazioni sindacali)[1524].

In merito, invece, alla difesa dell'autonomia dirigenziale dall' 'invadenza' del sindacato, si è detto più sopra che il legislatore ha escluso la *disponibilità negoziale* dei poteri dirigenziali in materia organizzazione degli uffici e del lavoro (nell'ambito degli uffici).

Al riguardo va detto che, prima della riforma del 2009, in materia di disciplina dei rapporti di lavoro la legge era chiara nel prevedere la loro regolazione su base contrattuale (intendendosi con tale espressione riferirsi tanto al contratto individuale che a quello collettivo)[1525], ferma restando la possibilità, per la contrattazione integrativa, di intervenire a disciplinare gli istituti del rapporto (o anche solo alcuni aspetti di essi) solo nei limiti previsti dalle c.d. *clausole di* rinvio della contrattazione nazionale[1526]. E tale regime era stato tacitamente ritenuto applicabile, in assenza di un esplicito riferimento legislativo, pure all'esercizio del potere dirigenziale di *organizzazione*

---

[1520] Art. 15, co. 1, D. Lgs. n. 150/2009.
[1521] Cfr. art. 19, co. 1 e 8, D. Lgs. n. 165/2001.
[1522] Cfr. nuovo art. 28-*bis*, D. Lgs. n. 165/2001.
[1523] Cfr. nuovo art. 21, co. 1, D. Lgs. n. 165/2001.
[1524] Cfr. art. 53, co. 1-*bis*, D. Lgs. n. 165/2001.
[1525] Art. 2, co. 3, D. Lgs. n. 165/2001.
[1526] Art. 40, co. 3, D. Lgs. n. 165/2001, nella versione precedente alle modifiche introdotte dall'art. 54, co. 1, D. Lgs. n. 150/2009.

*del lavoro*, ammettendosi la possibilità di una regolazione contrattuale dei vari aspetti dello stesso da parte di clausole del contratto nazionale, o anche di quello integrativo (sempre nei limiti della relativa clausola di rinvio). In merito, invece, alla negoziabilità di un altro potere dirigente, quello di micro-organizzazione, o di *organizzazione degli uffici*, nonostante l'incertezza del dato legislativo, si era comunque ritenuto, alla luce del disposto dell'art. 9 (in combinato disposto con gli artt. 5, co. 2 e 40, co. 1) (tutti vecchia formulazione), del D. Lgs. n. 165/2001, che, ferma restando la totale esclusione di una negoziabilità del potere di organizzazione degli uffici, vi era peraltro spazio, per quanto riguardava gli «atti interni di organizzazione *aventi riflessi sul rapporto di lavoro*», per un intervento della contrattazione collettiva nazionale che li assoggettasse solo ed esclusivamente agli istituti della partecipazione.

Orbene, i risultati emergenti da numerose ricerche degli scorsi anni in materia di contrattazione collettiva del settore pubblico attestano con evidenza che, nei fatti, si è assistito ad una progressiva espansione della contrattazione verso le molteplici aree dell'organizzazione di uffici e strutture. E questo 'straripamento' della contrattazione integrativa non ha riguardato solo la materia dell'organizzazione degli uffici, ma anche quella dell'organizzazione del lavoro: se è vero, infatti, che per quest'ultima materia, la legge - come si è detto - non impediva alla contrattazione di intervenire a fissarne regole e limiti, è pur vero che anche per essa valeva il principio della vincolatività delle clausole di rinvio, onde risultava illegittimo trasformare una procedura di partecipazione sindacale (prevista dal contratto di comparto riguardo ad un aspetto del potere di organizzazione del lavoro) in una procedure negoziale.

Proprio la preoccupazione per questa progressiva 'invasione', ad opera della contrattazione collettiva, dell'area delle prerogative riguardanti l'organizzazione degli uffici e del lavoro, e la ferma intenzione di restituire al dirigente la piena autonomia decisionale anche rispetto all'interlocutore sindacale, sono state all'origine di un forte ripensamento da parte del legislatore del 2009 dell'assetto regolativo dei poteri dirigenziali. Di qui la decisione di sgombrare il campo da ogni incertezza normativa e di 'immunizzare' *in toto* i poteri dirigenziali di organizzazione degli uffici e del lavoro da una forte incidenza sindacale.

Le tre norme rilevanti continuano ad essere gli artt. 5, co. 2, 9 e 40, co,1, D. Lgs. n. 165/2001; solo che, nelle loro nuove formulazioni esse non sembrano lasciare più adito ad interpretazioni estensive. Ai sensi del nuovo art. 5, co. 2, «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'art. 9»; con l'aggiunta, poi, del chiarimento che «rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici». Il nuovo art. 9, poi, stabilisce «fermo restando quanto previsto dall'art. 5, co. 2, i contratti collettivi nazionali disciplinano le modalità e gli istituti della partecipazione». Ed infine, in forza del nuovo art. 40, co. 1, «la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro … Sono in particolare escluse dalla contrattazione collettiva le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'articolo 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17».

Al di là della formulazione talvolta insicura e della presenza di affermazioni forse ultronee, il combinato disposto di queste norme non sembra lasciare dare adito a dubbi: i poteri dirigenziali di

organizzazione degli uffici e del lavoro continuano ad essere di natura rigorosamente privatistica - in quanto le relative determinazioni sono assunte, appunto, «con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro» - ma, a differenza di quanto avviene nel settore privato, non è ammessa la loro disponibilità in sede di contrattazione collettiva, e tanto meno è ammesso, rispetto ad essi, che la contrattazione nazionale possa prevedere forme partecipative più evolute della *mera informazione*. Quest'ultima, dunque, costituisce - solo se espressamente prevista dai CCNL - l'unico strumento di 'interlocuzione sindacale' ammesso nei confronti del dirigente, al quale, viene in tal modo imposto di assumere, alla fine, unilateralmente - se si vuole, in responsabile solitudine - le proprie decisioni organizzative.

La disciplina appena riassunta è assistita da un apparato sanzionatorio di particolare robustezza. Infatti, ai sensi del nuovo art. 2, co. 3-*bis*, D. Lgs. n. 165/2001, cui si è accennato più sopra, «nel caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile»[1527]. Il legislatore richiama, dunque, la nullità relativa, accompagnata dalla inserzione di clausole legali; anche se, in realtà, è da notare che, nel caso di clausole contrattuali che violano il limite della non negoziabilità delle decisioni in materia di organizzazione degli uffici e del lavoro, alla loro nullità corrisponderà piuttosto la riespansione dell'originario potere dirigenziale, che potrà essere esercitato nuovamente scevro da vincoli[1528].

Accanto a queste previsioni, si collocano, poi, altre rilevanti disposizioni che attribuiscono formalmente al dirigente specifici poteri manageriali, ma anche responsabilità 'corrispettive'. Così, le prerogative dirigenziali sono anzitutto arricchite dell'importante aspetto relativo alla partecipazione alla determinazione delle risorse e dei profili professionali necessari per lo svolgimento dei compiti istituzionali delle strutture di appartenenza[1529]; a fronte di ciò viene, peraltro, introdotto, a carico del dirigente, un obbligo di rilevare la presenza di eccedenze di personale negli uffici di propria competenza, la cui violazione è valutabile ai fini della responsabilità per danno erariale[1530]. Anche se va detto che, in verità, l'effettivo rispetto di tale obbligo appare poco probabile, sia per l'obiettiva difficoltà di accertamento della sua violazione, sia per la resistenza quasi istintiva che, almeno nel breve periodo, prevedibilmente opporranno i dirigenti, tenuto conto della tradizionale concezione - che appare tuttora dominante nelle pubbliche amministrazioni - secondo cui all'autorevolezza di una posizione dirigenziale non è estraneo il numero di dipendenti assegnati

---

[1527] La previsione, di portata generale, si rispecchia in quella dell'art. 40, co. 3-*quinquies*, quinto periodo, D. Lgs. n. 165/2001, secondo cui «nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole [*dei contratti integrativi*: n.d.a.] sono nulle, non possono essere applicate, e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile».

[1528] Merita di essere ricordato che l'art. 65, D. Lgs. n. 150/2009 ha dettato una disciplina transitoria prevedendo che «entro il 31 dicembre 2010, le parti adeguano i contratti collettivi integrativi vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati, rispettivamente, alla contrattazione collettiva e alla legge, nonché a quanto previsto dalle disposizioni del Titolo III del presente decreto» (co. 1) (queste ultime sono quelle in materia di merito e di premi); e che «in caso di mancato adeguamento ai sensi del comma 1 *i contratti integrativi* vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto cessano la loro efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2011 e non sono ulteriormente applicabili» (co. 2). Come si vede, la disciplina transitoria offre alle parti la possibilità di eliminare autonomamente le norme in contrasto con il nuovo regime; ma decorso il periodo massimo concesso scatta la sanzione non più della nullità parziale, ma della nullità totale del contratto integrativo.

[1529] Cfr. nuovi artt. 16, co. 1, lett. *a-bis* e *l-bis*, e 17, co. 1, lett. *d-bis* ed *e*, D. Lgs. N. 165/2001.

[1530] Nuovo comma 1-bis, dell art. 33, D. Lgs. n. 165/2001.

alla relativa struttura.

Soprattutto di fondamentale importanza appare il riconoscimento al dirigente del potere/dovere di valutare il personale assegnato ai propri uffici, nonché la conseguente erogazione di incentivi e premi; potere al quale fa riscontro la previsione di una sua diretta responsabilità nel caso di «colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione»[1531].

Forti perplessità solleva, infine, dal punto di vista delle strategie di governo del personale (v. *infra*), l'obbligo, posto a carico del dirigente, di esercitare effettivamente e nei termini dovuti il potere disciplinare[1532] - a pena di esporsi a sua volta a sanzioni disciplinari, salvo che l'omissione o il ritardo non dipenda da giustificato motivo, o da non manifestamente infondate o non irragionevoli valutazioni sull'insussistenza dell'illecito (pur a fronte di «condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare») -, incentivandolo in questo anche attraverso un depotenziamento della sua responsabilità in relazione «a profili di illiceità nelle determinazioni concernenti lo svolgimento del procedimento disciplinare» (responsabilità che viene limitata per legge ai casi di dolo o colpa grave)[1533].

L'imposizione di questo vincolo, a ben vedere, fornisce ulteriore conferma di come il disegno riformatore del legislatore si sia ispirato ad una concezione neo-autoritaria della gestione del personale, nel convincimento che solo attraverso il ripristino di un rigoroso rispetto delle regole che disciplinano i rapporti di lavoro siano possibili recuperi significativi di efficienza. Tuttavia è indubbio che siffatta scelta legislativa sottrae al dirigente significativi spazi di discrezionalità che, nel settore privato, risultano essenziali dal punto di vista delle strategie manageriali di governo del personale: un aspetto, questo, sul quale sarà necessario soffermarsi più approfonditamente nel seguito.

### 3.6 Le novità in materia di disciplina del rapporto di lavoro

L'ultimo gruppo di disposizioni del D. Lgs. n. 150/2009 che deve essere preso in considerazione in questa generale ricognizione dei vari ambiti dell'intervento riformatore, attiene alla disciplina del rapporto di lavoro. Si tratta di una serie di previsioni che hanno modificato vari articoli del D. Lgs. n. 165/2001, o che ne hanno aggiunto di nuovi nel *corpus* del decreto. Vale la pena ricordare

---

[1531] Art. 21, co. 1-*bis*, D. Lgs. n. 165/2001. Ma v. anche l'art. 55-*septies*, co. 6, D. Lgs. n. 165/2001, in relazione all'obbligo d sanzionare le condotte assenteistiche. Si v. anche gli artt. 10 e 15 D. Lgs. n. 150/2009, dove si prevede la predisposizione, da parte dell'organo di indirizzo politico, in collaborazione con i vertici dell'amministrazione, del *Piano della performance*, di cui si è detto più sopra (nota 29), stabilendosi altresì, in mancanza della predisposizione dello stesso, da un lato, l'impossibilità per l'amministrazione di procedere all'assunzione di personale o al conferimento di incarichi di consulenza o di collaborazione, e dall'altro (art. 10, co. 5) la perdita della retribuzione di risultato «ai dirigenti che risultano avere concorso alla mancata adozione del Piano, per omissione o inerzia nell'adempimento dei propri compiti». Analoga sanzione è prevista per i dirigenti nel caso di mancata adozione del *Programma triennale per la trasparenza e l'integrità*, anch'esso comunque da redigere dall'organo di indirizzo politico-amministrativo: artt. 11, co. 2 e 9, e 15, co. 2, lett. *d*, D. Lgs. n. 150/2009.

[1532] Direttamente, nei limiti della sua competenza in materia, ovvero indirettamente, nel caso di competenza dell'ufficio per i procedimenti disciplinari (v. *infra* par. 3.6), cui deve trasmettere gli atti entro cinque giorni dalla notizia del fatto: art. 55-*bis*, co. 2 e 3, D. Lgs. n. 165/2001.

[1533] Art. 55-*sexies*, co. 3 e 4, D. Lgs. n. 165/2001.

brevemente alcune novità, in grado di dar conto della complessiva strategia seguita dal legislatore.

Al riguardo, si è già trattato della normativa in materia di valutazione, di merito e di premi, e delle sue implicazioni sugli aspetti retributivi, sulle progressioni economiche e di carriera dei singoli dipendenti, nonché sulla stessa disciplina del lavoro. Accanto a questa normativa vanno ora ricordate le previsioni in materia di concorsi, trasferimenti e mobilità, le quali sono volte ad assicurare una migliore distribuzione delle risorse umane tra le diverse amministrazioni - cercando di correggere irrazionalità nelle assegnazioni di personale e colmando carenze di organico, anche al fine di ottenere risparmi della spesa per il personale - oltre che a codificare il principio di derivazione giurisprudenziale secondo cui «le progressioni tra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando …la possibilità … di destinare al personale interno … una riserva di posti … non superiore al 50% di quelli messi a concorso»[1534]. Inoltre, si è previsto che per l'accesso alle posizioni economiche apicali una quota pari al 50% sia riservata a concorso pubblico bandito dalla Scuola Superiore della PA[1535]. È bene segnalare, peraltro, come l'attuazione delle nuove misure dovrà necessariamente coordinarsi con i poteri/doveri riconosciuti in capo al dirigente in relazione all'accertamento di eccedenze di personale, alla individuazione dei profili professionali necessari per il funzionamento delle strutture assegnategli, ed alla partecipazione alla programmazione triennale del fabbisogno di personale della propria amministrazione.

In materia di progressioni economiche e di carriera, poi, il legislatore ha eliminato alcune incertezze interpretative emerse in relazione alla precedente disciplina, chiarendo che le prime, avvenendo nell'ambito dell'area di appartenenza, non richiedono concorso pubblico, ma devono avvenire «secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito», laddove le seconde, avvenendo tra due diverse aree, richiedono un concorso pubblico, ferma restando la possibilità per le amministrazioni di riservare il 50% dei posti messi a concorso al personale interno[1536].

In materia di inquadramento professionale e di mutamento di mansioni, invece, non sembra riuscita fino in fondo l'analoga operazione di chiarificazione, mirata a meglio definire competenze e limiti della contrattazione collettiva. Ci si riferisce, in particolare, alla competenza della contrattazione in materia di equivalenza: la formulazione, invero infelice, del nuovo art. 52, co. 1, D. Lgs. n. 165/2001 sembra, infatti, lasciare aperto il dubbio se il lavoratore possa essere adibito a tutte le mansioni *dell'area* di inquadramento (in quanto da considerare tutte 'equivalenti), ovvero solo a quelle che *nell'area* di inquadramento possano essere considerate equivalenti (sulla base, evidentemente, di uno specifico giudizio fondato sui valori professionali). L'eliminazione del richiamo espresso alla competenza della contrattazione (presente nella precedente formulazione della disposizione), non sembra escluderne, d'altro canto, la sua incidenza sul punto, posto che

---

[1534] Cfr. art. 52, co. 1-*bis*, D. Lgs. n. 165/2001.

[1535] Cfr. art. 35, co. 1-*ter*, D. Lgs. n. 165/2001.

[1536] Cfr. art. 52, co. 1-*bis*, D. Lgs. n. 165/2001.

essa è sicuramente competente in materia di inquadramenti professionali. È comunque da segnalare - per quanto di scarso valore precettivo, data la conforme esperienza pregressa ed in atto - il limite (evidentemente apposto alla contrattazione collettiva) secondo cui non è ammessa la fissazione di meno di «tre distinte aree funzionali».

L'insieme di norme più corposo e significativo è, tuttavia, sicuramente quello in materia disciplinare[1537]. Il D. Lgs. n. 150/2009, infatti - oltre a riformulare interamente il procedimento disciplinare e a regolarne i rapporti con l'eventuale procedimento penale a carico del dipendente - ha assegnato formalmente una parte del potere disciplinare al dirigente (per le infrazioni più gravi si conferma, invece, l'istituzione in ciascuna amministrazione di un ufficio competente per i procedimenti disciplinari)[1538], ed ha introdotto nuove figure di illecito disciplinare, contemplando l'erogazione della sanzione massima del licenziamento in numerosi casi (aggiuntivi rispetto a quelli codificati dai contratti collettivi), anche connessi all'accertamento di violazioni della normativa in materia di assenze per malattia. In questo ambito, comunque, il profilo più significativo è rappresentato - come già si è accennato più sopra - dalla imposizione a carico dei titolari del potere disciplinare di un vero e proprio obbligo ad esercitarlo effettivamente, nel rispetto nelle norme sostanziali e procedurali previste dalla legge e dai contratti collettivi.

## 4. La 'riforma Brunetta' e la conservazione del precedente assetto strutturale del lavoro pubblico.

Cercando di tirare le somme dall'analisi condotta nel precedente paragrafo, pare si possa affermare anzitutto che l'intervento del legislatore del 2009 non ha alterato il preesistente assetto strutturale generale in materia di lavoro pubblico.

In effetti, ad un'attenta disamina dei punti nodali dell'intervento, ci si rende conto di come siano rimaste sostanzialmente inalterate le *caratteristiche fondamentali* della riforma del lavoro pubblico maturate nelle tante fasi della riforma iniziata nel 1992, costituite soprattutto: 1) dalla separazione tra decisioni politiche e gestione degli apparati amministrativi; 2) dall'attribuzione al dirigente pubblico di funzioni manageriali comparabili a quelle del dirigente privato e dalla corrispondente privatizzazione dei poteri dirigenziali di gestione degli uffici e del lavoro (restando in regime pubblicistico gli atti di macro-organizzazione, in quanto affidati alle scelte della politica); 3) dalla privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico e dal suo conseguente assoggettamento alla regola contrattualistica (individuale e soprattutto collettiva), specialmente in materia retributiva; 4) dalla razionalizzazione e dal contenimento del costo del lavoro attraverso l'introduzione di limiti e controlli all'autonomia della contrattazione collettiva.

Il legislatore del 2009, insomma, ha operato nel recinto dei principi e regole fondamentali che, a partire dal 1992, hanno definito il quadro generale di riferimento del lavoro pubblico, laddove - come si può dedurre anche da quanto si è detto più sopra in relazione alle finalità perseguite dalla L. n. 15/2009 e dal D. Lgs. n. 150/2009 - si è proposto soprattutto di correggere, rafforzare ed integrare dal punto di vista della disciplina giuridica gli aspetti che, nell'esperienza passata, si sono rivelati maggiormente deludenti e deficitari in relazione ai risultati raggiunti.

Non si può sottacere, tuttavia, come, sia pure entro questa prospettiva di coerenza con l'assetto

---

[1537] Norme che vengono esplicitamente definite come «imperative, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile» (art. 55, co. 1, D. Lgs. n. 165/2001; ma v. anche l'art. 40, co. 1, ultimo periodo).
[1538] Art. 55-*bis*, co. 2-4, D. Lgs. n. 165/2001.

pregresso, il nuovo intervento legislativo contenga varie *soluzioni forti* che sollevano molteplici perplessità, soprattutto per l'intensità del loro impatto sul predetto sistema complessivo del lavoro pubblico. Da questo punto di vista, è certo che soltanto dopo un congruo periodo di applicazione della nuova complessa disciplina si saprà se la direttrice prescelta dal legislatore del 2009 (che forse, descrittivamente, si potrebbe riassumere con sette locuzioni simboliche: *legge*, *autorità*, *responsabilità*, *valutazione*, *merito*, *trasparenza*, *controllo*) sia stata in grado di produrre i risultati attesi in termini di miglioramento dell'economicità, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa, dimostrando come fosse fondato il convincimento del legislatore riformatore della necessità di muovere in questa direzione. O se, invece, quest'ultimo, pur avendo individuati i giusti obiettivi, ha sbagliato, in tutto o in parte la mira, e quindi i colpi.

## 5. Alcuni motivi di preoccupazione e qualche considerazione critica.

L'attesa dei futuri risultati applicativi non può tuttavia esonerare lo studioso del processo riformatore appena avviato dall'esplicitare sin d'ora i più significativi elementi di preoccupazione che la nuova normativa solleva.

### 5.1 Una concezione della gestione del personale di tipo neo-autoritario.

Anzitutto, come si è avuto modo di segnalare nella precedente esposizione, emerge da più punti dell'intervento riformatore come il legislatore, nella definizione delle nuove regole del lavoro pubblico, sia stato guidato da una concezione della gestione del personale che si può definire di tipo 'neo-autoritario' (nonché formalistico-burocratico). Di tale concezione sono testimonianza soprattutto le nuove previsioni in materia di poteri dirigenziali e di *contrattazione integrativa*, e quelle in materia di *potere disciplinare*.

Quanto alle due norme (sopra esaminate) che prevedono che, decorso il periodo riservato alla contrattazione in sede decentrata, il dirigente possa assumere autonomamente - in via definitiva, per gli istituti non retributivi, o in via provvisoria, per quelli retributivi - le decisioni regolative[1539], si è accennato a come esse abbiano l'obiettivo di rafforzare il potere dirigenziale di negoziazione delle condizioni di lavoro (ovviamente nei limiti previsti dal CCNL), manifestando chiaramente l'intenzione del legislatore di dar vita ad una dirigenza più forte, in grado di svolgere autorevolmente il ruolo manageriale che la riforma gli assegna, anche nei confronti dei soggetti collettivi presenti nei luoghi di lavoro. E tuttavia tali disposizioni, a ben vedere, sono potenzialmente suscettibili di irrigidire eccessivamente il sistema di relazioni sindacali in sede decentrata. Soprattutto in una realtà come quella degli uffici delle pubbliche amministrazioni, sono obiettivamente elevati i rischi di inefficienza sottesi ad una gestione del sistema decentrato di relazioni sindacali fondata su basi esclusivamente autonomistico-discrezionali (e dunque, di fatto, neo-autoritarie), secondo la prospettiva indicata dalle disposizioni appena esaminate. Un buon dirigente/manager deve saper costruire buone relazioni sindacali e contrattuali nei luoghi di lavoro, ed è assai dubbio che tale capacità possa derivare 'solo' da un assetto legislativo di supporto, costituito da norme inderogabili che lo autorizzino, nonché vincolino ad operare in un certo modo: occorre, piuttosto, la diffusione ed il radicamento - anche sulla base di una strategia formativa di ampio respiro - di una cultura manageriale che renda effettivamente comparabile il dirigente pubblico a quello pri-

[1539] Artt. 40, co. 3-*bis*, ultimo periodo, e co. 3-*ter*, D. Lgs. n. 165/2001.

vato, pure sul piano delle competenze sindacali. Per altro verso, si deve riconoscere che, nonostante il carattere perentorio delle due previsioni, molto delle loro potenziali conseguenze sul piano delle relazioni contrattuali dipenderà dal tipo di interlocutore sindacale presente nello specifico luogo di lavoro. Per dirla in termini più chiari, la strategia negoziale del dirigente dipenderà soprattutto dal livello di conflittualità che i sindacati saranno in grado di esprimere nei luoghi di lavoro: quanto più basso sarà quest'ultimo, tanto maggiore sarà la sua capacità di resistenza alle pressioni negoziali, al fine di appropriarsi del diritto a decidere da solo.

Considerazioni non molto differenti possono effettuarsi in relazione ai limiti posti alla negoziabilità dei poteri dirigenziali in materia di organizzazione degli uffici e del lavoro, rispetto ai quali va subito detto che se l' 'immunizzazione' delle prerogative organizzative del dirigente pubblico dalla spinta sindacale può essere in qualche misura compresa alla luce dell'eccessiva compressione subita nell'esperienza pregressa ad opera della dinamica contrattuale, l'impressione è che la cura sia andata un po' oltre quanto necessario per ripristinare un corretto rapporto tra le parti. In particolare, la sterilizzazione contrattuale imposta in materia di organizzazione del lavoro appare, in verità, difficilmente contenibile: nella misura in cui restano assoggettati alla disciplina collettiva «i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro», è prevedibile l'inevitabile, forte spinta sindacale a far traboccare la contrattazione verso il piano dell'organizzazione del lavoro. Così come eccessivamente sacrificante appare l'impossibilità di andare oltre la mera informazione sindacale in materia di organizzazione degli uffici, quando il buon dirigente potrebbe saper trarre vantaggi gestionali dalla attivazione di forme più avanzate di partecipazione sindacale, come ad es. la consultazione con le r.s.u. nei luoghi di lavoro. Ove profili di rigidità di questa normativa sui poteri dirigenziali dovessero affiorare nell'applicazione pratica, sarà opportuno rimediarvi al più presto, anche utilizzando la possibilità prevista dall'art. 2, co. 3, L. n. 15/2009, in forza del quale «entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 1 [tra i quali rientra il D. Lgs. n. 150/2009: n.d.a.], il Governo può adottare eventuali disposizioni integrative e correttive, con le medesime modalità e nel rispetto dei medesimi principi e criteri».

Figlia di una concezione della gestione del personale di tipo neo-autoritario appare, poi - a parte il rigore forse eccessivo nella definizione di alcune specifiche sanzioni disciplinari - soprattutto la previsione che, come accennato più sopra, fissa a carico del dirigente, di un vincolo ad esercitare effettivamente il potere disciplinare nei confronti dei propri dipendenti. Una norma che si fonda sull'idea - emergente, come si è visto, anche dalle disposizioni che determinano un irrigidimento del sistema sanzionatorio - secondo cui il potere disciplinare costituisce la via maestra per il raggiungimento di maggiori livelli di efficienza del lavoro pubblico.

Indubbiamente questa soluzione costituisce una risposta 'forte' ai disdicevoli fenomeni di lassismo che sono proliferati in passato nell'esperienza delle nostre amministrazioni. Tuttavia non ci si può nascondere come tale scelta del legislatore rappresenti comunque un'anomalia rispetto a quanto avviene nel settore privato. Ciò anzitutto perché il dirigente privato gode sempre di un'ampia discrezionalità nell'esercizio del potere disciplinare, da lui esercitato su delega del datore di lavoro. E tale discrezionalità costituisce elemento costitutivo del medesimo potere, contribuendo di per sé a valorizzare anche la funzione dissuasiva di esso. In altre parole, la possibilità di minacciarne soltanto l'esercizio, rappresenta un carattere essenziale del potere disciplinare, poiché, nei fatti, talvolta la minaccia di sanzione può essere sufficiente, ed anzi funzionalmente più utile, della concreta applicazione della stessa, *specialmente di fronte ad infrazioni di scarso*

*peso*. Naturalmente, in linea di principio, anche l'imprenditore privato potrebbe, con una propria direttiva interna, obbligare il dirigente/manager ad esercitare *sempre e comunque* il potere disciplinare; ma è da dubitare che, nella logica della libertà di esercizio delle prerogative manageriali, un saggio imprenditore lo farebbe mai; e comunque è da ritenere che un buon manager assai difficilmente subirebbe un siffatto vincolo generale, che ne mortificherebbe l'autonomia. Ben diverso, naturalmente, è il caso in cui il dirigente decida a sua volta - eventualmente anche solo in via eccezionale, in situazioni di particolare tensione interna - di adottare una strategia di inflessibilità sanzionatoria: ciò avverrebbe, infatti, pur sempre in funzione di una sua scelta discrezionale. È proprio questa discrezionalità che viene, invece, sottratta al dirigente pubblico, il quale è obbligato, appunto, ad esercitare *sempre e comunque* (in via diretta o indiretta) il potere disciplinare, a prescindere dalla gravità dell'infrazione[1540], essendogli solo consentito - al fine di evitare di incorrere a sua volta in una sanzione - di provare che ha ritenuto in modo non irragionevole o non manifestamente infondato che l'infrazione del dipendente non sussisteva, ovvero di fornire un 'giustificato motivo' per aver omesso di esercitare, o per non aver esercitato nei termini dovuti, il predetto potere.

In realtà, al di là di quanto appena osservato, si deve registrare che, come ben insegnano gli esperti di organizzazione, nemmeno l'esercizio inflessibile del potere disciplinare può risultare, di per sé, idoneo e sufficiente a stimolare nei lavoratori quell'atteggiamento attivo e partecipativo necessario per trasformare la mera esecuzione della prestazione manuale o intellettuale in un *quid pluris* sul piano della produttività. Essere presenti sul luogo di lavoro, eseguire gli ordini per l'esecuzione del lavoro, lavorare sotto tema di sanzioni, non significa impegnarsi in termini cooperativi, assicurando valore aggiunto all'organizzazione del lavoro, nonché al 'prodotto' finale della struttura di appartenenza: in punta di diritto si può essere adempienti, pur restando passivi esecutori del mero lavoro indispensabile. Il coinvolgimento partecipativo dei lavoratori su obiettivi di miglioramento organizzativo e produttivo passa, insomma, per strade diverse dalla minaccia sanzionatoria.

Per altro verso, si è visto più sopra anche come lo stesso principio meritocratico sia stato declinato dal legislatore in modo forse un po' arcaico e grezzo, con l'adozione della regola elementare (ma, in verità, non sempre efficace) de' 'il bastone e la carota', e dunque facendo affidamento sul tradizionale binomio comando/autorità piuttosto che, secondo concezioni più moderne e sofisticate, su di una strategia composita connotata da un *mix* di trasparenza, coinvolgimento, motivazione, valorizzazione delle competenze e riconoscimento del potenziale.

In verità, quello dell'efficienza e della produttività è un problema che non può essere scaricato *solo* sui lavoratori, il cui scarso impegno e coinvolgimento nel lavoro è, frequentemente, l'effetto di una poco funzionale organizzazione degli uffici (anche per l'arretratezza delle strutture tecniche di supporto) e del lavoro, e dunque anche - è doveroso prenderne atto - della mediocre capacità gestionale di dirigenti(poco)manager. Come ricorda un noto detto di origine latina, *piscis a capite putet*; e dunque pensare di modernizzare e rendere più efficienti le amministrazioni *solo* sanzionando i comportamenti assenteisti e/o non collaborativi del personale dipendente è, come insegnano le scienze dell'organizzazione, puramente illusorio.

---

[1540] In effetti, una differenziazione, a tal fine, tra infrazioni e sanzioni di particolare gravità e quelle di minor rilievo disciplinare sarebbe stata una soluzione assai più ragionevole.

D'altronde, dal lato opposto, è altresì puramente illusorio pensare che gli organi politici diventino di punto in bianco capaci di indicare con precisione «obiettivi, priorità, piani e programmi da attuare» - art. 14, co. 1, D. Lgs. n. 165/2001 - delle amministrazioni di competenza e dei vertici amministrativi). Ma soprattutto è illusorio pensare che i dirigenti pubblici, nel loro insieme, possano improvvisamente trasformarsi in manager perfettamente *competenti* nella definizione degli obiettivi dei soggetti di riferimento (i dirigenti di prima fascia per quelli di seconda fascia, e questi ultimi per i dipendenti a loro assegnati), *efficienti* nelle strategie organizzative ed *efficaci* nell'assunzione delle decisioni operative, grazie esclusivamente a disposizioni legislative che dicano loro cosa fare, ed anzi impongano loro determinati comportamenti, pure attraverso un'ampia formalizzazione di procedure e decisioni.

Insomma, in questa delicatissima materia non ci sono bacchette magiche: occorre favorire il diffondersi di una cultura politica più istituzionale, volta alla definizione di concreti, puntuali programmi di governo, nonché, come si è accennato in precedenza, il passaggio, soprattutto attraverso adeguati processi formativi dei dirigenti attuali e futuri, da una gestione burocratico-verticistica ad una manageriale-collaborativa. Se si preferisce, occorre promuovere la maturazione di quella cultura manageriale, cui si è accennato più sopra, *che renda il dirigente in grado soprattutto di fare progetti e di attuarli*, coinvolgendo e motivando i propri dipendenti nel perseguimento degli obiettivi prefissati, e guidandoli con entusiasmo, rigore, equità, trasparenza, fiducia, etc. Anche un buon sistema tecnico-organizzativo fondato su valutazione e merito può funzionare in modo efficiente solo su queste fondamentali premesse.

Tutto ciò, inoltre, sia ben chiaro, senza che si debba mai assolutamente abdicare al perseguimento del generale interesse pubblico, il quale deve continuare a permeare l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione nel suo complesso. Ma su quest'ultimo fondamentale aspetto si tornerà tra breve.

### 5.2 Altri motivi di preoccupazione: le irrisolte tensioni tra centralizzazione e decentramento, uniformità ed autonomia, nonché tra interesse pubblico/etica ed economicità/efficienza.

Ulteriori ragioni di preoccupazione innescate dall'intervento del legislatore del 2009 riguardano profili più generali, comunque collegati con la riforma del lavoro pubblico e delle pubbliche amministrazioni. Ad esse si può fare solo cenno, anche in ragione del fatto che hanno implicazioni non soltanto giuslavoristiche.

Anzitutto il nuovo provvedimento legislativo ha fissato regole unilaterali tendenzialmente rigide ed omologanti (in quanto imperative e quindi non derogabili) a fronte, da un lato, di opposte tendenze verso la diversificazione localistica e settoriale e, dall'altro lato, di una sempre più evidente specificità delle varie amministrazioni pubbliche, oggettivamente bisognose di trovare - in un ponderato bilanciamento tra politica e tecniche organizzative, nonché tra poteri manageriali ed istanze sindacali e del lavoro presenti nelle singole strutture - il *proprio* equilibrio nella definizione dei metodi e degli strumenti per perseguire incrementi della qualità e quantità tanto del lavoro quanto dell'attività degli apparati amministrativi nel loro complesso. E ciò anche grazie a delle buone dinamiche contrattuali, le quali dipendono pure dalla capacità strategica di parte pubblica.

Orbene, anche riguardo a questi problemi non marginali saranno i mesi futuri a dirci se l'intervento riformatore, costruito al fine di ottenere un miglioramento della produttività e del rendimento delle strutture amministrative e del personale in esse operante, abbia avuto successo, o

se abbia trovato gravi difficoltà di applicazione, scontrandosi con le difficoltà intrinseche di riforma del sistema amministrativo italiano, in permanenza afflitto da spinte contrastanti simbolicamente espresse dai due binomi centralizzazione-decentramento (da identificare anche, ma non solo, nel federalismo regionale) e uniformità-autonomia.

Altra preoccupazione sollevata dall'intervento riformatore attiene, poi, al rischio che un'eccessiva esaltazione del modello di efficienza manageriale sotteso alla nuova complessa disciplina in materia di valutazione possa provocare una sostanziale obliterazione dei valori pregnanti che devono ispirare l'azione delle pp.aa. La trasposizione nel settore pubblico di meccanismi di misurazione e valutazione dell'efficienza della performance delle strutture derivati dall'esperienza privata - ovviamente adattati alla specificità organizzativa delle pubbliche amministrazioni - non deve impedire, in altre parole, che resti sempre ben stagliato all'orizzonte l'interesse pubblico alla cui soddisfazione devono tendere le varie strutture amministrative, da intendersi soprattutto come aspettativa dei cittadini all'attuazione dei propri diritti costituzionali. Specialmente a fronte dell'erogazione di servizi essenziali per il soddisfacimento di questi diritti, quei meccanismi non devono essere concepiti nella prospettiva di un'efficienza puramente economicistica, bensì come strumenti adottati in funzione di un migliore perseguimento di quell'interesse. E in ciò essi possono ben essere coadiuvati da quelli messi in campo per garantire la massima trasparenza e l'integrità dell'azione amministrativa, di cui si è detto più sopra,

In questo senso, si può affermare che qualunque intervento riformatore che riguardi la pubblica amministrazione va non solo *concepito*, ma anche *interpretato* ed *attuato* nell'ambito di un sistema di assi cartesiani di cui l'economicità, intesa come efficiente allocazione delle risorse pubbliche, rappresenta pur sempre solo una delle coordinate; e dove le altre due sono costituite dall'efficacia dell'azione pubblica, intesa come piena soddisfazione del cittadino (non solo in qualità di contribuente, ma soprattutto) come soggetto titolare di diritti costituzionalmente protetti, e dalla legalità, intesa (non solo come rispetto puramente formale della norma, ma soprattutto) come eticità dell'agire politico e gestionale. Si tratta di principi di fondamento costituzionale che non vanno considerati in modo astratto e generico, bensì come essenza imprescindibile dell'azione amministrativa quotidiana, e questo a maggior ragione quando - come nella fase storica che stiamo vivendo - l'intervento protettivo pubblico assume un ruolo indispensabile di salvaguardia degli stessi equilibri democratici. Proprio nelle situazioni di grave crisi economica e sociale, infatti, emerge, con ancor maggiore evidenza, la necessità di ottimizzare, in termini di efficienza ed efficacia, l'erogazione di servizi e funzioni amministrative - in particolare al fine di soddisfare i bisogni dei più deboli - e di adottare meccanismi di trasparenza che diano garanzia dell'assoluta correttezza, integrità ed imparzialità tanto dei politici quanto degli amministratori; due categorie di soggetti che sono chiamati - sia pure a titolo diverso - a rispondere delle loro azioni dei confronti dei cittadini: i primi in quanto 'rappresentano la nazione' (art. 67 Cost.), i secondi in quanto 'sono al servizio esclusivo della nazione' (art. 98 Cost.).

Da questo punto di vista, non si può negare che il D. Lgs. n. 150/2009 ha indicato che tra le proprie finalità principali v'è il perseguimento di «elevati standard qualitativi ed economici delle funzioni

e dei servizi»[1541]; che «la misurazione e la valutazione della performance sono volte al miglioramento della qualità dei servizi offerti dalle amministrazioni pubbliche»[1542]; che «le amministrazioni pubbliche adottano metodi e strumenti idonei a misurare, valutare e premiare la performance individuale e organizzativa, secondo criteri connessi al soddisfacimento dell'interesse del destinatario dei servizi e degli interventi»[1543]; che gli obiettivi programmati dalle amministrazioni devono essere «rilevanti e pertinenti rispetto ai bisogni della collettività …», nonché «tali da determinare un significativo miglioramento della qualità dei servizi erogati e degli interventi», etc.

È auspicabile che queste affermazioni non restino di mero principio e che si coniughino, nella concreta individuazione degli obiettivi dell'azione amministrativa, con la piena consapevolezza dei valori costituzionali sottesi alle aspettative dei cittadini.

## Bibliografia essenziale


AA.VV. (2009), *Lavoro Pubblico*, Sezione III, in Cinelli M. - Ferraro G., *Lavoro, competitività, welfare*, t. II, Utet, Torino, 227;

BELLAVISTA (2009), *La figura del datore di lavoro pubblico*, Relazione al Convegno dell'A.I.D.La.S.S. su "La figura del datore di lavoro - Articolazione e trasformazioni", Catania 21-23 maggio 2009, in *http://www.aidlass.org/attivita/Relazione_Bellavista_2009.pdf*;

BORDOGNA (2009), *Per una maggiore autonomia dell'alta dirigenza pubblica: una proposta,* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 92/2009;

BOSCATI (2009), *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, *LPA*, 13;

CARABELLI (2009), *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, in *RU*, 29;

CARINCI F. (2009), *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 88/2009;

CARRIERI-NASTASI (a cura di) (2009), *spazi e ruolo delle autonomie nella riforma della contrattazione collettiva, il Mulino, Bologna*;

D'AURIA G. (2009), *I "nuovi" controlli della Corte dei conti (dalla "legge Brunetta" al federalismo fiscale, e oltre)*, *LPA*, 469;

ID. (2009), *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *G.D.A.*, 5 ss.;

GENTILE (a cura di) (2009), *Lavoro pubblico: ritorno al passato?*, Ediesse, Roma;

MAINARDI (2009), *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici dopo il d.lgs. n. 150/2009*, *LPA*, in corso di stampa;

NICOSIA (2008), *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la "buona" amministrazione*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 81/2008;


[1541] Art. 1, co. 2, D. Lgs. n. 150/2009.
[1542] Art. 3, co. 1, D. Lgs. n. 150/2009.
[1543] Art. 3, co. 4, D. Lgs. n. 150/2009.

OLIVERI (2009), *La riforma del lavoro pubblico*, Maggioli, Rimini;

PATRONI GRIFFI A. (2009), *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, *LPA*, 27;

SALOMONE (2009), *Il lavoro pubblico regionale e locale nella "Riforma Brunetta"*, *LPA*, 1;

SOLOPERTO (2010), *La riforma della contrattazione collettiva*, in Tiraboschi M. - Verbaro F., *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffré, Milano, in corso di pubblicazione;

TALAMO (2009), *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico,* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 90/2009;

ID. (2009), *Gli interventi sul costo del lavoro nelle dinamiche della contrattazione collettiva nazionale ed integrativa*, *LPA*, 497;

ID. (2010), *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/talamo_n96-2010it.pdf*;

ZOPPOLI L. (a cura di) (2009), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Ed. Sc., Napoli.

# Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le *liaisons dangereuses*[*]

Lorenzo Zoppoli

1. La tormentata "modernizzazione" del diritto del lavoro. 424

2. Certificazione e dogmatica giuslavoristica. 424

3. I problemi irrisolti nella disciplina della certificazione: polifunzionalità dell'istituto e rapporti con la stipulazione del contratto di lavoro. 427

4. Segue: oggetto, tempi ed ambito di applicazione della certificazione. 429

5. Segue: natura giuridica della certificazione. 431

6. Segue: effetti della certificazione. 432

7. Segue: rapporti tra contratto certificato e sindacato del giudice. 433

8. Le prospettive della certificazione. 434

9. Certificazione e arbitrato nel ddl AS 1167-B (c.d. "collegato lavoro", approvato il 3 marzo 2010). 436

10. Le *liaisons dangereuses* e l'incerto rilancio dell'arbitrato nelle controversie di lavoro. 438

[*] Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 102/2010

## 1. La tormentata "modernizzazione" del diritto del lavoro.

Da oltre dieci anni il diritto del lavoro italiano vive un processo di incalzante "modernizzazione", senza che alla materia sia risparmiata nessuna delle ambiguità – semantiche e concettuali - insite nel vocabolo, che rinvia a riforme sempre incombenti (e spesso incompiute) quando si tratta di discipline giuridiche a stretto contatto con processi socio-economici caratterizzati da un dinamismo in vertiginosa crescita. In particolare la modernizzazione sembra aver avuto un'accelerazione a partire dai primi anni del 2000, con la riforma del mercato del lavoro maturata intorno al 2003 – con il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, seguito da un serrata sequenza di integrazioni,correzioni e ampliamenti – che ha profonde ripercussioni, innanzitutto, sulla tipologia contrattuale riguardante l'utilizzazione del lavoro altrui, e, in secondo luogo, sull'equilibrio tra legislazione, contrattazione collettiva e contrattazione individuale. Il baricentro della riforma del 2003 gravita intorno alle nuove tecniche giuridiche per bilanciare tutele del lavoro e flessibilizzazione delle regole; tra esse un particolare rilievo avrebbe dovuto avere la certificazione dei contratti di lavoro, istituto del tutto nuovo diretto ad "accompagnare" sia l'arricchimento della tipologia contrattuale sia il ridimensionamento del tasso ordinamentale di eteronomia delle tutele.

Più o meno parallelamente si è assistitito – un po' più distrattamente, per la verità, almeno in ambito lavoristico – all'incedere di un'altra linea di riforma legislativa, riguardante istituti processuali più che sostanziali. Tale linea affonda le sue radici nella riforma del lavoro pubblico del '97-'98, che vede il legislatore impegnato a rilanciare in ogni modo misure di deflazione del contenzioso lavoristico. Questa legislazione riguarda anche il lavoro alle dipendenze dei privati: infatti, da un lato, forte è la preoccupazione per l'impatto organizzativo complessivo dell'attribuzione di gran parte delle controversie in materia di lavoro pubblico all' autorità giudiziaria ordinaria; dall'altro lato, nulla impedisce che le misure deflattive – incentrate sul rilancio di istituti come la conciliazione, l'arbitrato, l'accelerazione e la concentrazione delle procedure – riguardino pubblico e privato insieme. Questa linea riformatrice, in modo piuttosto tortuoso ed opaco, genera un progressivo ridimensionamento di diffidenze e cautele che hanno sempre circondato il ricorso all'arbitrato per le controversie di lavoro. Fino al punto da ammettere, secondo i pochi lavoristi che hanno affrontato il tema, anche il ricorso all'arbitrato secondo equità, purchè filtrato dalla legge o dai contratti collettivi. Già questo profilo impone di interrogarsi sui nessi e sulle coerenze tra le riforme del mercato del lavoro del 2003 e la crescente valorizzazione dell'arbitrato in materia di lavoro. Alle porte però c'è un'ulteriore innovazione, contenuta nell'art. 31, comma 9° ddl AS 1167-B, approvato il 3 marzo 2010 (già varato in seconda lettura alla Camera il 28 gennaio 2010 con il n. 1441-quater-B), che delinea un nesso particolare proprio tra certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato di equità. Si tratta di un profilo tecnicamente interessante e, per ovvi motivi, del tutto inedito; da esso però mi sembra che emergano anche delle *liaisons dangereuses*, da cui possono derivare seri rischi sia per gli assetti di fondo del diritto del lavoro sia per la reale incisività delle riforme "modernizzatrici".

## 2. Certificazione e dogmatica giuslavoristica.

Per mettere a fuoco i vari aspetti problematici, conviene innanzitutto fare il punto sul nuovo istituto della certificazione. Riguardo ad esso si è ben presto affermata l'opinione secondo cui si tratterebbe di un' "occasione sprecata" o, più benevolmente, di un primo passo verso l'introduzione nel nostro ordinamento di un istituto molto complesso, ancora bisognoso di consistenti assestamenti teorici, regolativi ed applicativi. Quasi nessuno dei commentatori, fatta eccezione

per chi è stato coinvolto direttamente nella stesura della riforma del 2003([1544]), ha manifestato particolare apprezzamento per la configurazione attuale della certificazione. Essa infatti appare ai più come una procedura amministrativa - peraltro dai contorni assai ibridi quanto ad oggetto, soggetti verificatori e solidità della fasi procedurali([1545]) - diretta a modificare le tecniche di qualificazione giuridica del tipo di contratto di lavoro scelto dalle parti([1546]) o di alcuni negozi abdicativi di diritti del lavoratore, ma dalla quale deriva un effetto assai debole di consolidamento giudiziario dei rapporti generati dai negozi certificati. In breve un istituto senz'altro nuovo per il diritto del lavoro italiano, ma molto, troppo complicato e di scarsissa utilità pratica. Al punto che non pochi hanno contestato alla radice questa innovazione, ritenendo che esprima una "filosofia" della regolazione agli antipodi rispetto a quella che ha nutrito il nostro diritto del lavoro dalle origini fino alle sue sofferte evoluzioni attuali([1547]).

Potrebbe trattarsi di un caso, un po' grave per la verità, di misoneismo collettivo o di valutazione assai influenzata da ostilità di carattere politico. Ma sarebbe egualmente strano, perché, come molti rilevano, questa novità non giunge all'improvviso. Essa è anticipata da un dibattito che risale almeno a cinque anni prima e da proposte che possono trovare padri in tutto l'arco delle forze politiche italiane (persino in un ddl del 1999, conosciuto con il nome di Carlo Smuraglia e prodotto da una coalizione politica opposta a quella che ha condotto in porto la riforma del 2003). Dunque le spiegazioni devono essere altre. Esse attengono, a mio parere, a due aspetti molto interni alla teoria ed alla tecnica giuridica del diritto del lavoro. Il primo riguarda la profonda rivisitazione teorica del diritto del lavoro italiano che la certificazione, già solo come "idea riformatrice", ma ancor più come prima concreta realizzazione, induce o, addirittura, dà per avvenuta. Il secondo attiene ad alcune caratteristiche di fondo della disciplina varata: innanzitutto l'oggettiva lacunosità ed approssimazione delle regole e lo squilibrio tra mezzi da approntare per far funzionare la certificazione e finalità concretamente perseguibili.

Cominciando dal primo aspetto, c'è da capire dove e perché si può registrare una sorta di deficit di teoria a monte della certificazione. Senza troppo indugiare su questioni astratte, occorre avere

---

([1544]) V. M. Tiraboschi**,** *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Padova 2003.

([1545]) Su oggetto e procedure ci si intratterrà in seguito. Quanto ai soggetti, alquanto numerosi, è bene ricordare subito che sono previsti ben quattro tipi di "organi di certificazione" (art. 76), ciascuno dei quali è suscettibile di un'ampia articolazione territoriale. Essi sono: a) gli enti bilaterali, organi di natura sindacale definiti come "organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentativi" (art. 2, lettera h) d.lgs. n. 276/2003). Oltre a costituire commissioni di certificazione nell'ambito territoriale di riferimento di enti bilaterali periferici è possibile costituire commissioni a livello nazionale "nell'ambito di organismi bilaterali a competenza nazionale" (art. 76, lettera a)[1545]; b) le Direzioni provinciali del lavoro e le Province, secondo quanto disposto da un d.m. 21 luglio 2004.Vi è qui una duplicazione degli organi amministrativi presso cui possono costituirsi commissioni di certificazione (potrebbero esservene centinaia). Bisogna inoltre aggiungere le specifiche commissioni di certificazione dei regolamenti interni delle cooperative riguardanti i rapporti di lavoro (art. 83, comma 2° d.lgs. n. 276/2003); nonché la Commissione costitutita presso il Ministero del lavoro, alla quale possono rivolgersi i datori di lavoro che abbiano più sedi in almeno due provincie anche di regioni diverse o che, avendo un'unica sede, aderiscano ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto a livello nazionale una convenzione certificata dalla commissione ministeriale (art. 1, comma 256, lettera c-bis) l. 23 dicembre 2005, n. 266, legge finanziaria 2006); c) le Università pubbliche e private, comprese le Fondazioni, registrate in uno speciale albo, poi istituito con d.m. 14 giugno 2004; d) i consigli provinciali dei consulenti del lavoro di cui alla l. 11 gennaio 1979, n. 12, esclusivamente per i contratti instaurati nell'ambito territoriale di riferimento senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica (art. 1, comma 256, lettera c-ter) l. n. 266/2005).

([1546]) Nel d.m. 21 luglio 2004 si parla di procedimento funzionale alla "verifica della correttezza del contratto scelto dalle parti" (art. 3, comma 4°).

([1547]) V, per tutti, M. Rusciano, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli 2003, 343 ss.

ben chiaro che la certificazione, per come è emersa nel dibattito dottrinale e nelle diverse proposte formulate, non è soltanto uno strumento per dare ad imprese e lavoratori una maggiore certezza del diritto o, meglio, una garanzia di relativa intangibilità giudiziaria dei contratti stipulati – con conseguente effetto di deflazione dell'imponente contenzioso in materia di lavoro e previdenza – ma è anche una delle linee di intervento sulla disciplina dei rapporti di lavoro che va a toccare corde assai sensibili e di fondo: le loro vibrazioni mettono in discussione molti equilibri e interessi di vari soggetti e ruoli istituzionali. Attraverso la certificazione si incide infatti sul ruolo del giudice come del sindacato, delle amministrazioni pubbliche come delle molte professioni specializzate in materia di lavoro (soprattutto avvocati e consulenti del lavoro); ma, quel che qui più conta, la certificazione incrocia proprio i nodi teorici maggiormente coinvolti nella recente evoluzione del diritto del lavoro e ancora lontani da una compiuta metabolizzazione.

A voler fare un breve inventario la certificazione va a toccare almeno dieci aspetti cruciali del diritto del lavoro: a) la questione del ruolo della volontà delle parti nella qualificazione del contratto; b) la rilevanza dell'esecuzione rispetto alla conclusione del contratto; c) l'indisponibilità del tipo contrattuale anche da parte del legislatore, in considerazione di veri o presunti vincoli costituzionali; d) la derogabilità a livello individuale della disciplina di legge o contratto collettivo; e) la disponibilità dei diritti, per i profili di intreccio tra certificazione del tipo negoziale e certificazione dei negozi abdicativi; f) le tecniche probatorie; g) la collocazione dei contratti collettivi nel sistema delle fonti, segnatamente rispetto ai decreti ministeriali; h) la natura giuridica e l'attività delle organizzazioni sindacali; i) la statualità delle funzioni amministrative e la loro sottrazione a logiche di gestione negoziale (quali potrebbero verificarsi per la certificazione all'interno degli enti bilaterali); l) la questione dell'opportunità di una disciplina comune – o dai tratti comuni - a lavoro autonomo (nella disciplina del d.lgs. n. 276/2003 soprattutto sub specie di lavoro a progetto) e lavoro subordinato.

Questi dieci aspetti cruciali, sui quali la certificazione interviene con innovazioni ardite, non sempre possono avvalersi di un adeguato supporto teorico, in quanto entrano in rotta di collisione con la dogmatica lavoristica. Tale dogmatica – pur non essendo chiusa ed astratta ed avendo anzi da tempo imboccato la via dell'ammodernamento dei modelli teorici, anche al di là del prevedibile - ha una nobile tradizione da rispettare, di stampo civilistico e continentale, che la rende diffidente dinanzi a finalità che sembrano radicarsi in ordinamenti con concetti ed equilibri diversi, come quello anglosassone([1548]).

Dinanzi a questo ampio spettro problematico, vi è chi ha previsto un futuro della certificazione assai circoscritto, diretto essenzialmente a proteggere meglio le imprese contro le "incursioni" delle amministrazioni pubbliche in materia di irregolarità contributive, fiscali e gestionali([1549]). Forse è realistico (un altro piccolo passo avanti si è fatto con le modifiche all'art. 51, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 apportate dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106, in materia di asseverazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza sul lavoro([1550])) e persino "europeo" (non poche le suggestioni derivanti dal sistema tedesco dello *Statusfestellungsverfahren,* che riguarda essenzialmente la sfera previdenziale), ma allo stato attuale mi pare un percorso segnato da una notevole

---

([1548]) V. A. Tursi, *Le riforme del mercato del lavoro: "estremismo neo-liberista", "astuzia volpina" o "riformismo preterintenzionale"?*, in *Stato e mercato* 2005, n. 74, 324 ss.

([1549]) L. Nogler**,** *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 2004, 15 ss.

([1550]) L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 2010.

ipocrisia istituzionale. Avremmo infatti un ordinamento che, da un lato, pone norme di tutela (o ne promuove la posizione) e, dall'altro, si affanna ad attenuarne gli effetti applicativi.

Più plausibile, ma anche molto più problematico, sarebbe uno sviluppo della certificazione che si collocasse su un terreno di migliore raccordo tra sistemi amministrativi partecipati e sistema giudiziario, finalizzando le nuove tecniche di qualificazione a rendere più stringente il controllo sulla correttezza argomentativa del giudice di merito da parte del giudice di legittimità([1551]).

Già solo queste due "diagnosi" sul futuro della certificazione rendono l'idea del suo problematico innesto nell'ordinamento vigente. Una maggiore percezione di tale problematicità si ha approfondendo appena un poco alcuni aspetti della configurazione legislativa dell'istituto.

## 3. I problemi irrisolti nella disciplina della certificazione: polifunzionalità dell'istituto e rapporti con la stipulazione del contratto di lavoro.

Il primo attiene alle funzioni cui l'istituto può assolvere. Naturalmente qui c'è da distinguere funzioni di carattere più squisitamente tecnico-giuridico e funzioni di politica sociale e del lavoro. Non sempre i due piani del discorso vengono tenuti distinti (anche perché spesso è difficilissimo farlo); ma proprio la certificazione richiede grande chiarezza sui rapporti tra mezzi tecnico-giuridici e fini perseguiti con determinate politiche, se non si vogliono affastellare confusamente le finalità perseguite da un progetto riformatore, senza procedere di un centimetro nella configurazione della funzione giuridica di un determinato istituto (nuovo o vecchio che sia)([1552]). Tanto la relazione di accompagnamento al d.lgs. 276/2003 quanto il successivo dibattito dottrinale hanno infatti collegato alla certificazione un'infinità di funzioni o pseudo-funzioni: dall'elevare la certezza del diritto([1553]) alla valorizzazione dell'autonomia individuale([1554]); dalla dissuasione del contenzioso giudiziario([1555]) al perseguimento di una deflazione "cattiva" (cioè con sacrifico unilaterale dei diritti dei lavoratori) del sovraccarico giurisprudenziale([1556]); dall'emersione del lavoro sommerso nella "zona grigia" tra subordinazione e autonomia ([1557]) alla diffusione della nuova tipologia di lavoro flessibile([1558]). Selezionando in tutto ciò che è emerso gli elementi giuridicamente rilevanti per costruire la funzione giuridica del nuovo istituto, si può dire che dalla concreta esperienza di regolamentazione si ricava che la certificazione, intesa come procedura negoziale che si svolge dinanzi a e con l'assistenza di un organo esterno alle parti del contratto individuale,

---

([1551]) V. G. Perone, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in G. Perone, A. Vallebona (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Torino 2004, 420.

([1552]) Per alcune considerazioni generali sulla cultura riformatrice di questa fase v. A. Tursi, *cit.*, 324 ss.

([1553]) A. Vallebona, *La riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata*, in *Dir. lav*. 2003, 3, 191, e *La riforma dei lavori*, Padova 2004, 136; dello stesso a. v., in precedenza, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. lav.* 1992, 479.

([1554]) G. Ferraro, *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, in *Riv. giur. lav.* 2005, I, 695 ss.

([1555]) L. Nogler, cit.

([1556]) L. De Angelis, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.* 2004, n. 2; M. Rusciano, cit., 347-348; V. Speziale, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.* 2003, 2; G. Ricci, *La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità e limiti*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), cit., 329 ss.

([1557]) E. Ghera**,** *La certificazione nei contratti di lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), cit., 278.

([1558]) U. Romagnoli, *Radiografia di una riforma*, in *Lav. dir.* 2004, 1 ss.

può assolvere almeno a quattro funzioni: a) qualificazione "rafforzata" del negozio stipulato; b) assistenza nella definizione dei contenuti contrattuali; c) derogabilità negoziale assistita della disciplina lavoristica inderogabile; d) disponibilità assistita dei diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore.

Nel dibattito pre-riforma del 2003, nonostante le diffusissime ostilità, molto si era insistito sull'utilità di introdurre la terza delle funzioni indicate (derogabilità assistita), che pareva mancare nella legislazione lavoristica italiana. Risulta invece che proprio questa funzione sia del tutto assente dalla normativa fino a ieri vigente([1559]).

Dunque in questa disciplina possono essenzialmente rinvenirsi le altre tre funzioni. Di esse la seconda (assistenza alla conclusione del contratto: v. art. 81) può essere considerata come un'innovazione potenzialmente di grande interesse per superare le persistenti asimmetrie fattuali ed informative che ancora (o di nuovo) caratterizzano le parti che stipulano un contratto di lavoro([1560]).

Rispetto alle altre due funzioni, quella qualificatoria risponde certo ad un problema di stabilizzazione delle scelte contrattuali, rese più complesse proprio dalla riforma del 2003([1561]), che con la moltiplicazione della tipologia contrattuale ha appesantito i "costi transattivi"([1562]); ma l'esigenza in qualche modo preesisteva e non vi erano procedure dirette a soddisfarla. Man mano che la certificazione ha assunto connotati normativi più precisi, si è però capito che delineare nuovi istituti e soggetti per lo svolgimento della funzione qualificatoria non è tutto: rimane la cruciale questione del rapporto con l'intangibile principio *iura novit curia*([1563]). Dunque l'individuazione di una funzione non assolta (qualificazione non interamente lasciata ai privati, ma "garantita" da un intervento terzo) segnala più che altro l'opportunità di anticipare un intervento qualificatorio ponendolo al riparo da successive revisioni o demolizioni giurisprudenziali. Se poi la funzione del nuovo istituto sia configurabile in concreto dipende da quanto esso possa essere delineato in via alternativa rispetto all'intervento giudiziario: e questo è un punto sul quale si deve registrare un'evoluzione della riforma tanto sofferta quanto insoddisfacente, direttamente proporzionale alla caduta dell'illusione di onnipotenza del neo-legislatore([1564]).

L'ultima funzione (disponibilità assistita: v. artt. 68, 81 e 82) è già assolta da altri istituti presenti

---

([1559]) Residua solo un dubbio con riguardo al lavoro a progetto (v. art. 68): peraltro un contratto che il legislatore colloca con nettezza nell'ambito del lavoro autonomo e dunque rispetto al quale – se si prende per buona la configurazione formale - non si pone il problema tradizionale di una normativa presuntivamente inderogabile in senso unilaterale, rispetto alla quale introdurre margini di derogabilità assistita (v. V. Brino**,** *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita,* in *Lav. dir.* 2006, n.1, 383 ss).

([1560]) V. A Gentili, *La certificazione dei rapporti di lavoro: tra verità e accordo*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova 2005, 803 ss.; C. Faleri, *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, in *Dir. lav. merc.* 2004, 75 ss.; A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 35/2004; R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari 2007; C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, e P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, entrambi in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 2008, risp. 386 ss. e 449 ss.

([1561]) M. Rusciano, cit., 345.

([1562]) A. Gentili, cit., 807.

([1563]) L. Nogler, cit., 209; Perone, cit., 415 ss.

([1564]) A. Tursi, cit.

nel nostro ordinamento, come le conciliazioni giudiziaria, amministrativa e sindacale: essi possono essere potenziati o ampliati o incentivati e migliorati quanto ad effettività, ma non si vede perché aggiungerne altri con le medesime finalità di quelli esistenti([1565]).

Resta da dire che la ambiziosa, condivisibile e persino nobile([1566]) finalità di "ridurre il contenzioso" in materia di lavoro con cui il legislatore ha caratterizzato la disciplina in esame (v. l'*incipit* dell'art. 75) è un obiettivo di politica del diritto che va perseguito *in sedes materiae* e non può essere preso alla larga, scommettendo su un istituto giuridico che nasce sul terreno delle forme in cui si manifesta l'autonomia negoziale (seppure certificata o assistita)([1567]). Qualche probabilità di ridurre il contenzioso c'è soltanto se si opera in modo diretto sul diritto del lavoro sostanziale - eliminando norme azionabili a difesa dei diritti (cioè eliminando tutele) - o processuale – introducendo termini di decadenza brevi o rendendo assai più celeri o solide le procedure del contenzioso stesso (la seconda strada è stata perseguita, con qualche successo, nella riforma del pubblico impiego). Il dibattito che si è svolto intorno alla certificazione introdotta nel 2003 sembrava esser pervenuto ad una conclusione abbastanza netta (e per nulla nuova): in uno Stato di diritto che voglia mantenere il fondamentale diritto ad agire in giudizio a tutela delle proprie posizioni giuridiche (art. 24, Cost.) non esistono strumenti privatistici o amministrativistici in grado di *garantire* la riduzione del contenzioso in materia di lavoro.

### 4. Segue: oggetto, tempi ed ambito di applicazione della certificazione.

Considerevoli problemi si addensano anche intorno all'oggetto della certificazione. Esso, dopo la modifica apportata con il d.lgs. n. 251/2004, può essere costituito da atti piuttosto eterogenei:

a) tutti i contratti di lavoro (art. 75, d.lgs. n. 276/2003, che però nella versione originaria limitava la procedura ad alcuni dei contratti introdotti dalla medesima riforma([1568]));

b) il contenuto dei regolamenti interni delle cooperative riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare a norma dell'art. 6, l. 3 aprile 2002, n. 142 (art. 83);

c) contratti di appalto ex art. 1655 c.c. "ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto ai sensi delle disposizioni di cui al Tit. III" del d.lgs. n. 276/2003 (art. 84);

d) negozi abdicativi o transattivi dei diritti dei lavoratori, limitatamente però alle certificazioni effettuate dalle commissioni costituite presso gli enti bilaterali (art. 82). Le altre commissioni possono certificare tali negozi limitatamente al lavoro a progetto (art. 68); oppure possono prestare attività di consulenza e assistenza "con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti" (art. 81).

---

([1565]) Se non per spostare la conciliazione dalle Direzioni provinciali del lavoro alle varie commissioni di certificazione: così G. Ricci, cit., 333.

([1566]) G. Ricci, cit., 331.

([1567]) G. Ferraro, cit.

([1568]) L'art. 75 menzionava solo i contratti di lavoro intermittente, a tempo parziale, a progetto e i contratti di associazione in partecipazione. V. però, di recente, Ministero del Lavoro, interpello n. 81/2009, oggetto: art. 9, D.Lgs. n. 124/2004 – certificazione del rapporto di somministrazione di lavoro ai sensi degli artt. 75 e ss. del D.Lgs. n. 276/2003.

Già così ricostruito l'oggetto appare subito disomogeneo (ad esempio non si tratta solo di contratti, ma anche di regolamenti) e dai contorni sistematici tutt'altro che chiari (perchè certificare i negozi abdicativi e transattivi([1569]), che non hanno un'ampia varietà tipologica?). Bisogna poi aggiungere che per alcuni degli atti indicati si ricava abbastanza agevolmente la possibilità che la certificazione abbia ad oggetto non solo la stipulazione del contratto, ma anche la "fase dell'attuazione" del programma negoziale: così l'art. 81, per l'attività di consulenza ed assistenza fornita dalle commissioni di certificazione, e l'art. 84 per il contratto di appalto. Non di facile interpretazione è anche l'art. 68, pur nella versione corretta dal d.lgs. n. 251/2004, là dove prevede che nella riconduzione dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincoli di subordinazione, di cui all'art. 409, c.p.c., al lavoro a progetto (artt. 61 ss., d.lgs. n. 276/2003) "i diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere possono essere oggetto di rinunzie e transazioni tra le parti in sede di certificazione". Tutte queste norme ingenerano un enorme dubbio sull'oggetto della certificazione, che potrebbe non essere limitato al contratto stipulato, ma riguardare anche l'esecuzione del contratto. Dall'oggetto si passa così a dubitare del momento della certificazione e, inevitabilmente, della stessa funzione "certificatoria"([1570]). Soprattutto in tema di appalti, l'art. 84, modificando l'oggetto, incide chiaramente sulla funzione dell'istituto, perché lo orienta non solo a qualificare un contratto o ad assistere volontà abdicative e transattive, ma a verificare l'attuazione del programma negoziale, stabilendo in concreto la sussistenza dei criteri in base ai quali si distingue l'appalto dalla somministrazione (art. 29, d.lgs. n. 276/2003: "organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'imprenditore, che può anche risultare…dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto" e "assunzione …del rischio di impresa"). E non va trascurato che alcuni commentatori hanno dedotto proprio da queste indicazioni normative la possibilità di certificare qualunque contratto nella fase esecutiva([1571]).

Altra questione di fondo opinabile è la totale esclusione dei contratti di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalle procedure di certificazione. Essa deriva in modo indubitabile dall'art. 1, comma 2° d. lgs. n. 276/2003 ed è frutto della particolare storia sindacale che ha consentito l'approvazione della controversa riforma del mercato del lavoro([1572]); ed è in qualche modo spiegabile per il fatto che alle pubbliche amministrazioni non trova applicazione proprio la più rilevante delle innovazioni del d. lgs. n. 276/2003, cioè il lavoro a progetto([1573]), che è anche "il territorio elettivo" della certificazione([1574]). Al riguardo si sono avanzate proposte interpretative piuttosto

---

([1569]) Rispetto all'art. 82 si potrebbe enfatizzarne il significato, ritenendo che la certificazione di rinunzie e transazioni possa aggiungere una qualche ulteriore efficacia giuridica agli atti dismissori del lavoratore. A me pare per la verità che la norma si limiti a prevedere una certificazione "a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti", senza modificare in nulla il regime giuridico degli atti di disposizione del lavoratore. Se dunque questi avranno ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili della legge o dei contratti collettivi resteranno invalide e impugnabili entro sei mesi a norma dell'art. 2113, c.c., nonostante la certificazione. A che serve allora certificare la volontà abdicativa? Serve, a mio parere, anche qui unicamente a rafforzare, specie nei confronti dei terzi, la qualificazione di un determinato negozio in termini di rinuncia o transazione, senza che ciò si rifletta sul regime giuridico di tali atti con un ampliamento dei margini di derogabilità consentiti dall'art. 2113, c.c. e dalla legislazione lavoristica in genere.

([1570]) V., per tutti, U. Gargiulo, *Natura ed effetti del negozio certificato,* in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli, cit., 321 ss.

([1571]) V. Brino, cit.

([1572]) V., per tutti, L. Zoppoli, *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, cit., 1803 ss.

([1573]) Su questo c'è totale accordo.

([1574]) L. Nogler, cit., 223.

coraggiose dirette a consentire l'adesione volontaria delle pubbliche amministrazioni al lavoro a progetto e a ritenere praticabile anche la conseguente certificazione dinanzi a Commissioni amministrative o universitarie([1575]). Non si tratta però di proposte convincenti, sebbene si debba riconoscere che escludere la certificazione per il lavoro pubblico fa sorgere oggi consistenti dubbi di incostituzionalità.

## 5. Segue: natura giuridica della certificazione.

Anche sulla natura giuridica della certificazione non c'è sufficiente chiarezza. Che l'atto di certificazione sia un atto di natura amministrativa non c'è dubbio([1576]). Però ben poco chiaro è il tipo di attività amministrativa che si esprime attraverso la certificazione e, conseguentemente, la natura giuridica dell'atto *quoad ad effectum*. Si è detto dai più certazione([1577]) perché con essa l'organo competente attesta che una determinata attività è stata svolta con certe forme rilevanti giuridicamente. Questo però è vero solo per alcuni degli oggetti da certificare, come si è visto nel precedente paragrafo. E inoltre è vero fino ad un certo punto, perché si è giustamente rilevato che la certificazione consiste piuttosto nel validare una certa qualificazione giuridica. Per questo verso si tratterebbe di attività più assimilabile a quella qualificatorio-giudiziale([1578]). Questa ricostruzione sarebbe a mio parere inconfutabile se si ritenesse che l'oggetto della qualificazione si estende alla fase di esecuzione del contratto, perché in tal caso la qualificazione giungerebbe ad abbracciare vicende che non si svolgono dinanzi al certificatore, ma che invece occorre accertare sulla base di un'istruttoria prima di procedere alla qualificazione. Se così non è, e per i casi di certificazione in cui questo è a mio parere da escludere, può dirsi che la certificazione è attività confermativa di una volontà negoziale già espressa dalle parti, magari con l'assistenza del *certifier*([1579]), ma che conferisce a tale volontà un valore aggiunto. Perciò si può concludere nel senso che si è essenzialmente in presenza di attività di certazione, in cui si ha esercizio di una discrezionalità tecnica da parte dell'organo competente, cui la legge attribuisce la "potestà di immettere nel mondo giuridico delle realtà solo giuridiche imponendone l'uso a tutti"([1580]). Per tornare alle classificazioni amministrativistiche più utilizzate (in cui non troppo si distingue in verità tra certazione e certificazione), la certificazione è dunque il provvedimento che chiude un procedimento dichiarativo, da ricondurre ai procedimenti di conoscenza, nei quali prevale il momento della dichiarazione rispetto a quello dell'acquisizione([1581]). Da non trascurare è che autorevole dottrina

---

([1575]) V. P. Rausei, cit., 651.

([1576]) Il d.m. 21 luglio 2004 prevede lapidariamente che "l'atto di certificazione ha natura di provvedimento amministrativo" (art. 6, comma 1°). Sulla natura provvedimentale di simili atti sotto il profilo strettamente teorico si potrebbe dubitare: v. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1984, 617 ss.

([1577]) V. per tutti E. Ghera, cit., 283.

([1578]) Così, ad esempio, A. Tursi, cit., 640; A. Vallebona, *La riforma del mercato del lavoro*, cit.

([1579]) L'attività di assistenza è ovviamente ben diversa, anche giuridicamente, da quella di certificazione, configurando un servizio più che la mera produzione di un provvedimento amministrativo.

([1580]) M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano 1993, 485. Nel caso di specie la certificazione non si impone "a tutti", ma solo ad alcuni terzi ex art. 79, d.lgs. n. 276/2003; resta però vero che con la certificazione prevista dal d.lgs. 276 viene a mutare la situazione in cui "i soggetti di autonomia privata possono creare delle qualificazioni giuridiche di elementi del mondo reale, ma non possono imporle ad altri che non prestino o non abbiano, almeno inzialmente, prestato il proprio consenso in modo volontario" (ibid.).

([1581]) V. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano 1997, 383

amministrativistica ritiene le certificazioni "adempimenti gravosi e non strettamente necessari"([1582]), frutto di procedimenti per cui "non vi sono discipline uniformi, sì che ogni singolo procedimento ha le sue regole e il suo iter"([1583]).

## 6. Segue: effetti della certificazione.

Un altro aspetto che rimane problematico attiene agli effetti che la certificazione produce tra le parti del contratto e nei confronti dei terzi. Al riguardo l'art. 79, rubricato "efficacia giuridica della certificazione", non disciplina gli effetti del provvedimento di certificazione, ma ne fissa la permanenza nel tempo, precisando che essa si estende "fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari". Ciò vuol dire che gli effetti vanno dedotti dalla natura dell'atto: trattandosi in linea di massima, come s'è detto, di certazione, gli effetti sono quelli di conferire una particolare certezza giuridica alla qualificazione del contratto. Tale certezza non è però tale da porre l'atto amministrativo o il contratto al riparo da qualsiasi contestazione: anzi il successivo art. 80 prevede un'ampia casistica di impugnative dinanzi al giudice ordinario o amministrativo. Dunque le reale certezza giuridica derivante dalla certificazione va dedotta implicitamente dalle limitazioni apposte alla sua impugnabilità giudiziaria: limitazioni assai relative, come si vedrà. È per questo dunque che l'art. 79 fissa una regola di efficacia giuridica pre-giudiziale per la certificazione, garantendo soprattutto le parti nei confronti di terzi interessati a sminuire la portata degli "effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro". A ben guardare, non aggiungendo questa norma granchè quanto all'efficacia della certificazione tra le parti contrattuali (anche un contratto non certificato, se regolarmente stipulato, produce i suoi effetti fino a che non vi sia un diverso pronunciamento del giudice([1584])), si può ritenere che l'art. 79 sia diretto soprattutto ad impedire che la certificazione possa venir considerata un atto caducabile ad opera di un diverso atto amministrativo, adottato, ad esempio, dall'INPS o dall'Ispettorato del lavoro (iscrizione a ruolo di cartelle esattoriali, adozione di ordinanze-ingiunzioni, ecc.)([1585]). Si crea così una sorta di "gerarchia" tra atti amministrativi in grado di incidere sulla qualificazione dei rapporti di lavoro, gerarchia grazie alla quale le Commissioni di certificazione – nella loro variegata tipologia - sono una sorta di scudo contro ingerenze "esterne" alle parti nella gestione del contratto, almeno nel caso in cui quelle ingerenze siano basate su una diversa qualificazione del contratto([1586]). In virtù dell'art. 79 la qualificazione certificata può essere "superata" solo da un provvedimento cautelare del giudice o da una sentenza di merito, la cui efficacia è precisata dall'art.

---

([1582]) S. Cassese, cit., 307.

([1583]) S. Cassese, cit., 383.

([1584]) Diversa però è la situazione sotto il profilo della tutela squisitamente processuale là dove si ritenesse che l'impugnazione della certificazione costituisce una peculiare condizione di un'azione diretta a far valere un diritto basato sulla tacita contestazione della qualificazione certificata: sul punto v. *infra*.

([1585]) Terzi potrebbero essere anche privati. Si fa l'esempio di soggetti interessati ad agire ex art. 2049, c.c. verso il datore di lavoro (escludendosi la necessità di preventiva impugnazione della certificazione, in quanto la qualificazione del contratto sarebbe vera e propria questione pregiudiziale) o quella dell'ex coniuge che voglia agire direttamente verso il datore di lavoro per esigere il suo diritto al 40% del TFR maturato nel periodo di coincidenza tra matrimonio e rapporto di lavoro (art. 12 bis l. sul divorzio).

([1586]) Anche se è corretto precisare che la certificazione non vale a paralizzare le attività ispettive, utili anche ad acquisire materiale probatorio per impugnare eventualmente la certificazione: v. P. Rausei, in C. Enrico - M. Tiraboschi (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Milano 2005, 130 ss.

80, comma 2°([1587]). Se questo sistema riduca o incentivi il ricorso al giudice è tutto da verificare: certo è che anche per gli apparati pubblici preposti al controllo si innalzano i costi e i rischi della contestazione della qualificazione dei contratti certificati. Questo non vuol tanto dire che si esclude la funzione di controllo amministrativo sulla gestione dei rapporti di lavoro, ma che, in qualche misura, anche questa funzione viene affidata ad un filtro preventivo costituito dalle Commissioni di certificazione, il cui rigore nella valutazione degli elementi contrattuali può essere determinante([1588]).

C'è però un profilo che inquieta tanto sotto il profilo teleologico che sistematico. Infatti la certificazione paralizza altri accertamenti amministrativi anche se questi non riguardano la stipulazione del contratto ma fasi della sua esecuzione, sulle quali le Commissioni di certificazione ben poco possono garantire([1589]). Ciononostante anche la difformità tra programma negoziale certificato e sua successiva attuazione deve essere fatta valere in via giudiziaria (art. 80, comma 1°): ciò equivale a dire che ogni accertamento amministrativo riguardante un contratto certificato dovrà passare dinanzi ad un giudice. In tal modo però, più che ad una deflazione giudiziaria, ci si trova dinanzi ad uno scoraggiamento vero e proprio dell'attività di controllo sull'applicazione della legislazione lavoristica e previdenziale. Si può persino avanzare il dubbio di conformità di questa legislazione con il principio del buon andamento amministrativo (art. 97, Cost.)([1590]): può il legislatore rendere così gravosa ed onerosa una funzione amministrativa necessaria ed anzi formalmente rafforzata da altri provvedimenti (si pensi alla riforma dell'ispettorato del lavoro)? Soprattutto poi se tale aggravio viene realizzato in modo del tutto irrazionale dal momento che la certificazione in linea di massima, come prima s'è detto, non riguarda la fase di esecuzione del contratto ma solo la sua qualificazione al momento della stipulazione.

## 7. Segue: rapporti tra contratto certificato e sindacato del giudice.

Com'è chiaro il punto di snodo decisivo dell'istituto sta nella sua "tenuta giudiziaria". Abbandonata qualunque pretesa di evitare il controllo del giudice, l'art. 80 d.lgs. n. 276/2003 prevede l'impugnazione dell'atto di certificazione sia dinanzi al giudice ordinario, previo espletamento di un tentativo di conciliazione dinanzi alla commissione di certificazione che ha adottato l'atto, sia dinanzi al giudice amministrativo. In entrambi i casi la legittimazione attiva spetta tanto alle parti quanto ai terzi "nella cui sfera giuridica l'atto stesso è destinato a produrre effetti". Dinanzi al

---

([1587]) P. Tullini, *Certificazione dei contratti di lavoro, Artt. 75-81,* in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e nuovi modello contrattuali*, Padova 2004, 79.

([1588]) Opinione parzialmente diversa è espressa M.G. Garofalo*, La certificazione dei rapporti di lavoro*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari 2006; A. Tursi, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. Magnani, P. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino 2005, 663 ss. In particolare Tursi insiste su un "effetto preclusivo" che non riguarderebbe il "piano sostanziale, privando l'autorità del potere di autotutela fino alla pronuncia giudiziaria di merito che rimuova la certificazione", ma rileverebbe "sul piano dell'attuazione effettiva del diritto, inibendo non già il potere amministrativo, ma solo la sua esecutorietà" (p. 664). Proprio però l'ablazione dell'automatica esecutorietà vale a depotenziare l'autotutela amministrativa e a costringerla all'interno di un filtro/controllo necessariamente giudiziario.

([1589]) Dello stesso avviso pare P. Rausei, cit., 138, nt. 33.

([1590]) V. già L. Nogler, *Il nuovo istituto della certificazione*, in *Studi Ghezzi*, cit., 746; A. Tursi, op. ult. cit., 655. Contra G. Franza-P. Pozzaglia, *L'impugnazione della certificazione*, in G. Perone – A. Vallebona (a cura di), cit., 381, nt. 46; V. Speziale, *Commento al titolo VIII*, in P. Bellocchi, F. Lunardon, V. Speziale (a cura di), *Tipologie contrattualia progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro. Commentario al d.lgs. n. 276/2003*, Milano 2003, 186.

giudice ordinario i motivi di impugnazione sono: a) erronea qualificazione del contratto; b) difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione; c) vizi del consenso. In tutti e tre i casi sussistono consistenti perplessità sull'idoneità di tale disciplina a realizzare un ridimensionamento del controllo giudiziario sulla certificazione([1591]).

L'impugnazione dinanzi al TAR, in un primo momento ignorata, è stata poi introdotta con un'ampiezza apparentemente limitata rispetto a quanto previsto in linea generale. Abbastanza diffusa è però la convinzione che non si possa escludere l'impugnativa per violazione di legge, a pena di incostituzionalità. D'altronde, se è vero che la certificazione può essere uno strumento per aumentare la conformità a criteri legali delle operazioni di qualificazione dei rapporti di lavoro([1592]), sembrerebbe del tutto contraddittorio escludere il controllo di legittimità dell'operato delle Commissioni ad opera del giudice amministrativo. È anche vero però che l'erronea qualificazione della certificazione – che, in quanto imputabile alla Commissione, si dovrebbe tradurre in una violazione delle categorie legali di inquadramento del contratto - è specifico motivo di impugnazione dinanzi al giudice ordinario.

L'impugnativa per eccesso di potere, condizionata dalla dubbia ampiezza discrezionale dell'attività certificatoria([1593]), può senz'altro fondarsi su alcune tipiche forme sintomatiche, come il travisamento dei fatti, il difetto o la contraddittorietà della motivazione, il contrasto con i precedenti e la disparità di trattamento di casi uguali([1594]). In ogni caso il giudice amministrativo può solo annullare, non avendo giurisdizione sulla qualificazione del contratto([1595]). Aver previsto però specificamente l'impugnativa dinanzi al giudice amministrativo è una chiara conferma della natura di atto amministrativo della certificazione. Ne consegue che il giudice ordinario può, in virtù della disciplina generale, disapplicare la certificazione illegittima anche senza pronuncia del giudice amministrativo

Come si vede, molte sono le strade che possono condurre il contratto certificato a controllo giudiziario. Sotto questo aspetto l'istituto è apparso deludente proprio là dove se ne sarebbe voluta apprezzare la maggiore utilità pratica: garantire la certezza di un assetto contrattuale rispetto a possibili "aggressioni" di una delle parti in sede giudiziaria.

## 8. Le prospettive della certificazione.

Al termine di questa sintetica ma densa analisi credo risulti abbastanza chiaro quanto si è all'inizio anticipato: un istituto con elevato potenziale innovativo è stato introdotto nel diritto del lavoro italiano, ma con una significativa forzatura rispetto allo stato dell'elaborazione teorica di alcuni fondamenti del medesimo diritto del lavoro e attraverso scelte regolative piuttosto tortuose, sovrabbondanti e costellate da dubbi interpretativi ed incertezze sistematiche. Il tutto con un solo effetto sicuro: rendere più difficoltoso l'accertamento della normativa di tutela dei lavoratori ad

---

([1591]) V., per tutti, G. Ferraro, cit.; E. Ghera, cit., 291 ss.; V. Speziale, op.ult.cit. Parzialmente diversa mi pare l'impostazione di M. Tremolada, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attviità amministrativa e giurisdizione*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008, 1730 ss.; B. Grandi, *La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie genreali del diritto*, in *Dir.rel.ind.* 2008, 339 ss.

([1592]) G. Perone, cit., 420.

([1593]) V. E. Ghera, cit., 291; V. Speziale, op.ult. cit., 210 ss.

([1594]) V. A. Tursi, op. ult. cit., 659.

([1595]) V. V. Speziale, op.ult.cit., 290.

opera di un apparato ispettivo già piuttosto debole.

Ce n'è abbastanza per nutrire un certo pessimismo sull'assestamento del nuovo istituto della certificazione. Si tratta, ad essere benevoli, di un veicolo-prototipo che ha incrociato e incrocerà ancora varie turbolenze.

Superato lo stadio prototipale, non è però affatto da escludere che l'esperienza di regolazione della certificazione tentata con il d.lgs. 276/03 risulti per molti versi utile. Si sono segnalati alcuni aspetti interessanti legati alla nuova disciplina e alle riflessioni da essa scaturite. L'attenta considerazione della, pur limitata, prassi[1596] può fornire indicazioni preziose per assicurare un maggiore sviluppo dell'istituto. Mi pare, ad esempio, abbastanza chiaro che occorrerebbe intervenire con modifiche legislative ben mirate che potrebbero riguardare: a) una più precisa individuazione dell'oggetto e del momento della certificazione; b) la riduzione di tipo e numero di Commissioni abilitate alla certificazione; c) il ruolo della contrattazione collettiva, che andrebbe meglio strutturata, anche riguardo agli agenti negoziali e all'efficacia soggettiva, e che potrebbe essere incoraggiata ad aperture verso forme di certificazione derogatoria assistita dagli enti bilaterali[1597]; d) la tenuta giudiziaria della certificazione, che, senza stravolgimenti, potrebbe essere consolidata, almeno quando è riferita esclusivamente a determinati contratti o negozi (e non riguarda la fase di esecuzione del contratto ovvero il rapporto di lavoro), attraverso l'uso di termini di decadenza, come già in altri casi di impugnativa di atti per i quali l'ordinamento richiede una particolare certezza giuridica (licenziamento, rinunzie e transazioni), oppure attraverso un procedimento di cognizione urgente ed abbreviato, diretto a verificare correttezza e tenuta attuativa delle certificazioni contestate (procedimento per il quale si potrebbe prevedere un accesso privilegiato per determinati soggetti amministrativi o collettivi).

Con le più recenti iniziative di riforma (cioè il già citato ddl AS 1167-B) il legislatore sembra invece aver imboccato una strada parzialmente diversa rispetto a quella suggerita dalle modifiche appena indicate, rilevanti ma dirette essenzialmente a rafforzare le funzioni della certificazione apparse utili, praticabili e sicuramente compatibili con lo stato attuale del diritto del lavoro. In particolare ciò che sembra assere tornato in auge è proprio la funzione di "derogabilità assistita" che può essere garantita dall'attività certificatoria, che si cerca nuovamente di sottrarre ad un controllo penetrante da parte dell'autorità giudiziaria (tra l'altro generalizzandone l'applicabilità anche alle pubbliche amministrazioni: v. art. 30, commi 1° e 8°). Si vedano al riguardo innanzitutto l'art. 30, comma 4°, che rende ancor più generico l'oggetto della certificazione, attraverso la riformulazione dell'art. 75 d.lgs. n. 276/2003([1598]); in secondo luogo l'art. 31, comma 15, che modifica l'art. 79 d.lgs. n. 276/2003, estendendo l'ambito della certificazione anche all'esecuzione del contratto([1599]). L'art. 30, comma 3° prescrive poi che il giudice: a) "nella qualificazione del contratto e nell'interpretazione delle relative clausole … non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di cui al titolo VIII d. lgs. n. 276/2003, e

---

([1596]) Sulla quale v. lo speciale Dossier dell'Adapt del 4 ottobre 2007, e, più di recente, C. Bizzarro, F. Pasquini, M. Tiraboschi, D.Venturi, *Certification of Labour Contracts: a legal instruments for Labour Market Regulation in Italy*, comunicazione al XIX *World Congress dell'International Scoietu for Labour and Social Security Law*, settembre 2009, Sydney, Australia, entrambi in www.adapt.it.

([1597]) Su un effettivo potenziamento del ruolo della contrattazione collettiva v. da ultimo, anche per ulteriori citazioni, M. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Milano 2009, 429 ss.

([1598]) V. G. Ferraro, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, Welfare*, Torino 2009, 555 ss.

([1599]) V. C. A. Nicolini, *Conciliazione ed arbitrato*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), cit., 578.

successive modificazioni, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione" (comma 2°); b) "nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento…tiene conto, oltre che delle fondamentali regole del vivere civile e dell'oggettivo interesse dell'organizzazione, delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi *ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione* di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, e successive modificazioni" (comma 3°).

È evidente che in tal modo si rilancia una delle idee primigenie della riforma del 2003, dirette a fare della certificazione una via di fuga dalla rigidità della disciplina lavoristica e, soprattutto, dal controllo esterno sull'organizzazione. Con un'aggravante: che la flessibilizzazione delle tutele verrebbe a gravitare ancora di più nella fase del contenzioso, che non attiene certo alla fisiologia della regolazione delle relazioni di lavoro.

Neanche questa volta però siamo in presenza di una legislazione che apporta granitiche certezze: basti notare che, nella norma più esplicita (art. 30, comma 3°), il giudice è obbligato solo "a tener conto" delle tipizzazioni contenute nei contratti collettivi e individuali (forse perché questi ultimi non sono neanche "certificati", ma solo stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione).

Più penetrante appare il divieto per il giudice di interpretare le clausole negoziali in difformità dalle valutazioni delle parti espresse nei contratti certificati: ma la disposizione appare troppo ampia e generica, non potendo certo la valutazione delle parti, per quanto certificata, violare diritti fondamentali e/o indisponibili, norme costituzionali o imperative e inderogabili, quand'anche previste da leggi o contratti collettivi.

Sembra perciò che anche in questa nuova versione la certificazione non sia messa al riparo da un controllo severo ed occhiuto da parte dei giudici togati, con le loro logiche e i loro metodi. Da questo ineludibile vincolo di sistema, nasce probabilmente l'idea di collegare l'istituto della certificazione con quello dell'arbitrato, immaginando che da due "fragilità" possa nascere una nuova solidità.

## 9. Certificazione e arbitrato nel ddl AS 1167-B (c.d. "collegato lavoro", approvato il 3 marzo 2010).

Il collegamento è alquanto semplice e si basa su tre passaggi regolativi. Nel primo il legislatore, fugando eventuali dubbi interpretativi, precisa quanto già intuibile dalla novella dell'art. 808, c.p.c. realizzata con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40: cioè che per i rapporti di lavoro è possibile pattuire clausole compromissorie che autorizzino gli arbitri a decidere secondo equità (in precedenza esplicitamente ritenute nulle)([1600]). Nel secondo passaggio si consente tale pattuizione "solo ove ciò sia previsto da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul

([1600]) Sulla riforma del 2006 v. D. Borghesi, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2006, p. 821 ss.; M.G. Garofalo, *Note sull'arbitrato nelle controversie individuali di lavoro pubblico*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, cit., 639; C. Cester, cit., 393; P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti*, cit., 458 ss.; M. Novella, cit, 400 ss. In precedenza A. Pizzoferrato, *Giustizia privata del lavoro. Conciliazione ed arbitrato*, Padova 2003; M. Grandi, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel diritto italiano*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.* 2000, 369 ss.; M. Magnani, *Conciliazione e arbitrato in Italia alla luce dei recenti interventi legislativi*, in G. Loy (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, Padova 2000, 13 ss.

piano nazionale": anche in questo confermando, almeno in apparenza, il principio di cui all'art. 806, comma 2°, c.p.c. Nel terzo passaggio si prevede che la clausola compromissoria, a pena di nullità, deve essere certificata in base alle disposizioni di cui al titolo VIII d.lgs. n. 276/2003 e successive modificazioni. Riguardo a quest'ultimo passaggio si è molto discusso in Parlamento di una disciplina *ad hoc*, riguardante due punti di tutto rilievo: a) l'attribuzione dell'ulteriore potere certificatorio solo ad alcuni dei soggetti previsti dall'art. 76 d.lgs. n. 276/2003, con esclusione cioè delle Commissioni costituite presso i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro; b) la precisazione che le commissioni di certificazione accertano l'effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le controversie che dovessero insorgere in relazione al rapporto di lavoro. Questa specifica disciplina, seppur generica, rende l'idea di come il riformatore sia ben consapevole della delicatezza del terzo passaggio regolativo: tant'è che in uno degli ultimi testi approvati (cioè il ddl 1167, licenziato dal Senato il 26 novembre 2009) si escludeva dai soggetti certificatori proprio quello più discutibile e discusso([1601]). Nonostante tale consapevolezza, non si attribuisce però una particolare valenza all'attività certificatoria, che resta di mera attestazione della "effettiva volontà" delle parti (cioè il contenuto minimo della relativa attività amministrativa), indicata tra l'altro in modo alquanto generico. Se ne deduce agevolmente che l'oggetto della clausola compromissoria è estremanente ampio, potendo riguardare qualsiasi "controversia che dovesse insorgere in relazione al rapporto di lavoro certificato". Più plausibile appare invece un'interpretazione diretta ad integrare la norma con riguardo al consenso prestato dalle parti, richiedendo almeno che la certificazione debba attestare specificamente la piena e consapevole volontà delle parti – ma soprattutto del lavoratore – di inserire nel contratto una clausola compromissoria basata sull'equità.

Già i tre passaggi descritti delineano una mezza rivoluzione del contenzioso del lavoro. Non si deve però trascurare che l'art. 31, comma 9° si chiude con un'ultima precisazione, di carattere transitorio e quindi apparentemente neutro, che rende la certificazione il vero puntello di tutta l'operazione di rilancio dell'arbitrato per le controversie di lavoro. Infatti l'art. 31, comma 9° prevede che, decorsi 12 mesi dall'entrata in vigore della riforma senza che vi sia nessun intervento della contrattazione collettiva, la clausola compromissoria possa comunque essere inserita nel contratto individuale secondo modalità previste da un decreto del Ministro del lavoro, adottato

---

([1601]) Le Commissioni costituite presso i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro sono state viste come un considerevole ampliamento dei certificatori, che per vero sembra poter incidere notevolmente anche sulla qualità delle certificazioni: non nel senso, naturalmente, di un minore contenuto professionale dell'attività certificatoria, quanto piuttosto nel senso che la funzione pubblica della certificazione dei contratti viene affidata ad organismi di autogoverno di una categoria professionale che non danno alcuna garanzia di valutazioni imparziali o comprensive di interessi diversi e contrapposti, come, seppure con qualche forzatura, sembrano essere le valutazioni effettuate dagli altri certificatori. Basti al riguardo rilevare che non si può affatto escludere che delle Commissioni destinatarie di una determinata istanza di certificazione possa far parte un consulente del lavoro cui normalmente ricorre l'impresa che stipula il contratto da certificare; ed il parere espresso in sede collegiale, presumibilmente coincidente con il parere fornito al proprio cliente, non è destinato istituzionalmente a confrontarsi con nessun altro punto di vista se non quello di colleghi che dovrebbero sollevare obiezioni basate unicamente sulle proprie diverse convinzioni. Naturalmente non è lecito dubitare della professionalità e della deontologia della categoria dei consulenti del lavoro: ma nemmeno si può nascondere che si tratta di materia complessa e per molti versi nuova, che non si presta a divergenze di opinioni risolvibili in modo chiaro ed oggettivo. È dunque plausibile immaginare che un determinato punto di vista, reso più solido da un preciso rapporto professionale, difficilmente potrebbe essere contrastato e ribaltato in seno ad un organo collegiale monocategoriale. Con questo non si vuole sostenere che la certificazione affidata ai Consigli provinciali dei consulenti del lavoro sia necessariamente viziata da "parzialità professionale": ma è indubbio che la presenza nel Consiglio che effettua la certificazione di un professionista che svolge più o meno abitualmente la sua attività per l'impresa che chiede la certificazione potrebbe gravemente inficiare l'imparzialità dell'attività amministrativa affidata dal legislatore.

dopo aver sentito le parti sociali. Ferma restando la necessità di conoscere i contenuti di questo eventuale decreto, mi pare abbastanza evidente che l'assetto legislativo è tale per cui la certificazione, anche senza alcuna previsione da parte della contrattazione collettiva, può diventare l'unica vera base legale minima per consentire l'arbitrato di equità in materia di lavoro. Nel giro di qualche anno, si è così passati da vietare tassativamente l'arbitrato di equità per le controversie di cui all'art. 409, c.p.c. a consentirne la previsione anche solo attraverso una clausola del contratto individuale. L'autonomia individuale – fumosamente avvolta in un procedimento amministrativo dalle incerte fattezze – diviene così il canale per far transitare la disciplina di un rapporto di lavoro dall'universo della norma inderogabile a quello della regolamentazione affidata all'equità arbitrale (seppure rafforzata con una più marcata professionalizzazione e proceduralizzazione della giurisdizione privata, che però non risolve al meglio problemi molto seri, come la maggiore onerosità del processo per le parti([1602])). Può la certificazione, istituto nuovo dai fragili contorni, fungere da solido legame tra due assetti sistematici così distanti tra loro?

## 10. Le *liaisons dangereuses* e l'incerto rilancio dell'arbitrato nelle controversie di lavoro.

In definitiva, pur comprendendosi come l'ansia modernizzatrice possa aver indotto alla soluzione descritta, a me pare che molti, troppi siano i pericoli in essa racchiusi. Vediamone i principali:

a) la contrattazione collettiva può facilmente essere messa fuori causa da un circuito regolativo di tipo amministrativo (decreto ministeriale) che incide autoritativamente su un diritto individuale costituzionalmente protetto. Con ogni probabilità la contrattazione collettiva, dovendosi concludere entro dodici mesi, sarà indotta ad eludere i problemi che derivano dalla diversità di posizioni – marcate sul punto([1603]) - tra le varie organizzazioni sindacali "comparativamente più rappresentative sul piano nazionale". Ciò può produrre sia contratti lacunosi, in quanto affrettati; sia vere e proprie lacune contrattuali per talune categorie; sia accordi separati, cioè non sottoscritti da sindacati anche consistenti (come la Cgil), con conseguente incertezza sull'efficacia giuridica dei contratti. Allo stato è davvero difficile prevedere quali possano essere le dinamiche negoziali che si svilupperanno nei dodici mesi previsti in tutti gli ambiti interessati. Né appare da trascurare che la eventuale scarsa qualità o lacunosità della contrattazione collettiva si ripercuoterà in modo specifico almeno su uno dei circuiti della certificazione, cioè quello affidato agli enti bilaterali, che hanno pur sempre una matrice sindacale, indebolendo proprio il soggetto certificatore più a diretto contatto con i contesti socio-organizzativi come con i lavoratori da assistere. Ciò vuol dire rinunciare ai percorsi socio-istituzionali che potrebbero innervare le riforme legislative su corpi socialmente più coesi, presupposto indispensabile per attrarre vera fiducia nei nuovi e delicati istituti giuridici. Insomma fare a meno di un solido ponte contrattuale è una scelta che potrebbe mettere di nuovo a rischio il rilancio dell'arbitrato;

b) puntare in modo prevalente sul contratto individuale certificato costituisce comunque un azzardo sistematico. I motivi sono almeno due. Il primo è che non sembrano sussistere sufficienti garanzie istituzionali affinchè l'attività amministrativa delle commissioni di certificazione configurino un effettivo rafforzamento di manifestazione della consapevole volontà individuale con un

---

([1602]) C.A. Nicolini, cit., 578.

([1603]) Si veda emblematicamente, la posizione CISL espressa da G. Santini, *Controversie di lavoro: più spazio alla contrattazione collettiva*, in www.Adapt.it del 10 febbraio 2010; e l'appello del 22 gennaio 2010 contro il ddl 1441-quater *"Fermiamo la controriforma del diritto del lavoro"*, in www.cgil.it

oggetto tanto delicato da mettere a rischio l'intero edificio della normativa di tutela del lavoratore. Il secondo motivo è che tale certificazione avverrà probabilmente al momento dell'assunzione del lavoratore oppure, più plausibilmente, della "transizione" da un contratto precario/flessibile ad uno a tempo indeterminato, cioè in relazione a vicende negoziali in cui più accentuato è lo squilibrio tra le due parti contrattuali.

Se si valutano attentamente questi delicatissimi aspetti, non si può affatto escludere che, seppure con l'intervento delle commissioni di certificazione, la clausola compromissoria diventi una sorta di clausola di stile, sulla quale il lavoratore non sarà posto in condizione di esprimere neanche un vero e proprio dissenso. Una volta inserita nel contratto, soprattutto se a tempo indeterminato, la clausola diverrà però a tutti gli effetti vincolante per le parti, determinando la possibile devoluzione di ogni controversia che dovesse successivamente insorgere ad arbitri che decideranno secondo equità. Inoltre - non essendo con linearità applicabile alla clausola del contratto individuale l'art. 5, comma 1°, l. n. 533/1973, nella parte in cui impone ai *contratti collettivi* di non pregiudicare la facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria - non vi è nessun limite certo alla configurazione negoziale del ricorso all'arbitrato: cioè si "lascia intendere che…il ricorso alle commissioni (di certificazione) consentirà di vincolarsi sin dal momento della stipula del contratto"([1604]). Se non ci si arresta al dato puramente giuridico-formale – come impone la migliore tradizione culturale del giurista del lavoro - non può non vedersi in questo assetto normativo il rischio che l'inserimento della clausola arbitrale sia frutto di un'imposizione fattuale nella quale non è poi così strambo rinvenire i tratti dell'arbitrato obbligatorio, che la Corte Costituzionale ritiene, com'è noto, in contrasto con l'art. 24, Cost. (v. la nota sentenza 4 luglio 1977, n. 127);

c) infine, non è ben chiaro come concretamente l'arbitrato secondo equità vada ad incidere sul sistema giuridico di riferimento. L'opinione maggioritaria esclude infatti che "equità" possa significare creazione arbitrale della *regula iuris*; d'altronde, se così fosse, torneremmo davvero alle origini del diritto del lavoro, ritrovandoci, dopo oltre un secolo, ad affidare la regolamentazione di uno dei più importanti e standardizzati rapporti giuridici a dei novelli probiviri([1605]). Con la sensibile differenza, però, della persistente vigenza di un diritto positivo ricco e complesso da destrutturare prima di poter ricostruire: operazione tutt'altro che facile e, comunque, sottoposta al

---

([1604]) C.A. Nicolini, cit., 578. Questa opinione è stata espressa con riguardo ad una diversa formulazione della norma del ddl 1167-b (si trattava dell'art. 24, comma 6° ddl 1167); allo stato l'art. 31, comma 9 contiene un rinvio "alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli articoli 412 e 412 quater, c.p.c."; e l'art. 412 quater, comma 1°, modificato dall'art. 31, comma 7° ddl 1167-B, per un verso ripete la nota formula "ferma restando la facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria", mentre, per altro verso, non contiene più l'inciso finale secondo cui "è nulla ogni clausola del contratto individuale di lavoro o comunque pattuita che obblighi una parte o entrambe a proporre le controversie… al collegio di conciliazione e arbitrato o che ponga limitazioni a tale facoltà". Resta perciò assai dubbio che con il rinvio del comma 9 "alle modalità di espletamento" si voglia esplicitamente salvaguardare la facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria anche con riferimento alla clausola compromissioria certificata. Una risposta negativa a tale dubbio accentuerebbe molto i profili di incostituzionalità rilevati nel testo.

([1605]) Anche se, per la verità, neanche i probiviri "creavano" la norma, ma dovevano "costruirla" tenendo conto dei principi di diritto, degli usi, dei concordati di tariffa. Efficace al riguardo una citazione di Carlo Lessona che invitava le giurie "a sfruttare il più possibile il diritto vigente che è pieno di risorse svariate e quasi inesauribili, prima di abbandonarsi alle ande malfide di una equità vaporosa e tutta soggettiva": in P. Passaniti, *Storia del diritto del lavoro. I. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Milano 2006, 371. Sembrerebbe poi che sia andata proprio così, con sensibili differenze tra regole sui rapporti individuali e regole sui rapporti collettivi: v., pur con opinioni diverse, L. Castelvetri, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano 1994, 193 ss.; U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna 1995, 89 ss.; I. Piccinini, *Equità e diritto del lavoro*, Padova 1997, 45 ss.

controllo giudiziario per quanto riguarda il rispetto di principi e norme costituzionali e diritti indisponibili([1606]). Se invece si accedesse all'opinione maggioritaria, secondo cui l'equità fonda essenzialmente un potere arbitrale di "correggere" la norma da applicare alla luce di "valori oggettivi, già emersi nel contesto sociale di cui si tratta, ma non ancora tradotti in termini di legge scritta"([1607]), il rilancio dell'arbitrato per le controversie di lavoro si incamminerebbe su un terreno assai sdrucciolevole per la certezza del diritto, reso ancor più infido dall'aver indebolito o affrettato anche la contrattazione collettiva, che potrebbe utilmente orientare la discrezionalità delle correzioni arbitrali. Insomma forte è il rischio di alimentare, anziché contenere, il contenzioso anche giudiziario con tutte le relative incertezze e di allontanare ancora una volta il tempo di un serio rilancio dell'arbitrato in materia di lavoro.

---

([1606]) V. G. Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2006, 143 ss.

([1607]) F. Galgano, *Dialogo sull'equità*, in G. Alpa (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino 1999, 385.

# La gestione della performance dei dirigenti pubblici: *an, quando, quis e quomodo* della "misurazione" e "valutazione" individuale*

Gabriella Nicosia

1. Premessa. 442

2. *(an)* La valutazione della dirigenza: la centralità della performance individuale. 443

3. (*quando*) L'obbligo di implementazione della valutazione. 448

3.1 La condizione della erogazione della retribuzione di risultato. 448

3.2. La gestione del conferimento degli incarichi di funzione dirigenziale. 449

3.3. L'addebito della responsabilità dirigenziale. 450

4. Il ciclo di gestione della performance dirigenziale: i soggetti preposti alla valutazione (*quis*). 452

5. Il *quomodo* della valutazione. 456

6. Brevi considerazioni conclusive. 458

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 103/2010

## 1. Premessa.

L'introduzione nel nostro ordinamento di un consistente *corpus* di nuove regole - compiuta con la legge delega n. 15/2009 e con il successivo D.lgs n. 150/2009 - ha attribuito al sistema di valutazione della dirigenza pubblica un ruolo centrale nel rilancio di una strategia di riforma fondata sul merito e sulla qualità delle prestazioni.

Non che questa impostazione fosse estranea al precedente assetto normativo, espresso dal D.lgs. 165/2001, ma con la riforma Brunetta[1608] è verosimile affermare che la medesima abbia acquisito un rinnovato vigore.

È stato, per l'appunto, osservato che il vero dato innovativo che qualifica il decreto in commento è ravvisabile nella "forte volontà"[1609] di obbligare le amministrazioni all'applicazione sostanziale della riforma.

In effetti, già con la riforma degli anni 1997- 98, nota ai più come "la seconda privatizzazione del lavoro pubblico"[1610], il legislatore aveva provato ad assegnare alla valutazione delle prestazioni dirigenziali un ruolo sostanziale all'interno di un sistema dichiaratamente volto ad accrescere l'efficienza e la produttività nell'ambito delle pubbliche amministrazioni. Sotto l'egida di tale primo tentativo di riforma era mancato, però, un effettivo "decollo"[1611] della valutazione della dirigenza e del restante personale[1612]. Il D.lgs. 150/2009, collocandosi in una linea di ideale continuità con la precedente disciplina in materia, pare muoversi nella direzione di introdurre elementi di effettività nel sistema, in grado di produrre un circuito virtuoso di attivazione di concreti meccanismi di monitoraggio, misurazione e valutazione della gestione amministrativa.

Prima di esaminare compiutamente la disciplina in questione è opportuno un chiarimento terminologico preliminare che tuttavia apparirà ancor più chiaro nel prosieguo della trattazione.

L'oggetto della valutazione è oggi "la performance".

La flessibilità cui si presta la locuzione "performance" è il vero punto di snodo dell'intero sistema di valutazione. Sull'argomento ci si soffermerà, però, più avanti. Per il momento, appare necessaria una premessa di carattere generale, per comprendere le ragioni del profondo mutamento sistemico che hanno condotto all'ampliamento dell'ambito di interesse del sistema di valutazione

---

[1608] Fra i primi commenti alla riforma Brunetta si vedano almeno, AA.VV, *La dirigenza*, Quad. Dir. Lav. Rel. Ind, 2009; AA.VV in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009; U. Carabelli, *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 101/2010, in www.lex.unict.it; Id, *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, in Ris. Um., 2009, p. 29; M. V. Ballestrero, "*Modello fannullone": il lavoratore pubblico secondo Brunetta*, in M.V. Ballestrero, G. De Simone (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Giappichelli, 2009, p. 15 ss.; AA. VV in U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di), *Il Lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010; sul tema specifico della riforma della dirigenza e dei relativi poteri v. pure A. Bellavista, *La figura del datore di lavoro pubblico*, Relazione al Congresso A.I.D.L.A.S.S., Catania 21-23 maggio 2009, http://www.aidlass.org/attivita/Relazione_Bellavista_2009.pdf.

[1609] M. Barbieri, A. Francesconi, E. Guarino, in F. Carinci, S. Mainardi (a cura di), La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, Commentario al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, Ipsoa 2010, in corso di stampa.

[1610] Cfr. le sempre attuali considerazioni di Massimo D'Antona (1998b oggi 2000), *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini",* in B. Caruso e S. Sciarra (a cura di), *Opere*, vol. IV, Giuffrè, p. 233.

[1611] R. Santucci, P. Monda, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in L. Zoppoli (a cura di) Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico, Editoriale Scientifica, 2009, p. 279-280.

[1612] In molti hanno osservato come prima della riforma del 2009 la prevalente prassi applicativa fosse tale per cui la retribuzione di risultato veniva erogata in assenza di una preventiva valutazione o a seguito di percorsi di valutazione per lo più fittizi e meramente strumentali.

presente nelle diverse P.A.

Il legislatore ricorre ad un concetto assai elastico (la performance) in cui possono rientrare, come indicatori significativi, elementi tanto di carattere oggettivo quanto soggettivo (si pensi, solo per fare un esempio, alla predisposizione all'aggiornamento del dirigente valutato).

Ai fini di questo scritto, si farà, allora, ricorso alla terminologia usata dal legislatore come sinonimo della complessiva gestione dirigenziale sottoposta a valutazione, avendo, però, la consapevolezza che i confini della medesima, nonché gli effettivi contenuti, saranno individuati dalla prassi applicativa.

Sarà quest'ultima, in buona sostanza, a dovere esplicitare, da qui a breve, cosa possa ricadere sotto l'egida del termine performance, ai fini della verifica prospettata dal legislatore.

L'attuale assetto ordinamentale conferma la duplice funzione del sistema di monitoraggio, misurazione e valutazione della gestione dirigenziale, già ricavabile dal precedente dettato normativo: una di incentivazione ed una di controllo.

a) Per un verso, infatti, la valutazione della performance dirigenziale rappresenta la parte del sistema - dalla quale non si può prescindere - attraverso cui il datore di lavoro pubblico assume la decisione se possa, o meno, erogare al dirigente la parte di retribuzione correlata alla buona gestione; ma anche un segmento essenziale del complesso processo di conferimento dell'incarico di funzione dirigenziale. Questa esprime, allora, la funzione fisiologica della procedura di valutazione.

b) Per altro verso, invece, la procedura di valutazione è la sede in cui può essere osservata, e rilevata, una condotta passibile di addebito sotto il profilo della responsabilità dirigenziale. Questa rappresenta, viceversa, la dimensione patologica della valutazione del dirigente.

Un aspetto di vera novità della riforma è ravvisabile, quindi, nella scelta compiuta dal legislatore delegato di attribuire ampio rilievo non soltanto alla *performance* dell'organizzazione considerata nel proprio complesso bensì a anche a quella dei singoli individui.

Ciò è pianamente desumibile dalle previsioni di cui agli artt. 7 e 9 del D.lgs. 150/2009.

D'altro canto, è opinione ormai ampiamente diffusa che la "buona" amministrazione[1613], intesa come amministrazione in grado di erogare servizi efficienti alla collettività, dipende in gran parte da una adeguata responsabilizzazione di tutti gli attori del sistema, e della dirigenza in particolare, attuata anche attraverso funzionanti meccanismi di misurazione e valutazione delle relative prestazioni gestionali.

Nei paragrafi che seguono si proverà a verificare la centralità del sistema di valutazione della performance individuale del dirigente, cercando, a tal fine, di osservare un ordine nella narrazione mutuato dalla sequenza della retorica classica latina: *an, quando, quis e quomodo.*

## 2. *(an)* La valutazione della dirigenza: la centralità della performance individuale.

La prima questione che pare opportuno affrontare, riguarda l'*an* della valutazione: se sia, cioè,

[1613] Sia consentito il rinvio a G. Nicosia, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la buona amministrazione*, in Quad. dir. Lav. Rel ind, 2009, p. 65.

necessario ricorrere alla valutazione della dirigenza pubblica. La risposta all'interrogativo appena prospettato è di certo positiva. La *ratio* sottesa all'intera riforma è ravvisabile in gran parte nel rilancio del merito e della valorizzazione dell'attività di ciascun dipendente e dirigente, sperimentati attraverso effettivi strumenti di verifica e rendicontazione.

L'art. 3 del D.lgs 150/2009 individua[1614], infatti, per ciascuna amministrazione, il dovere di adottare un sistema di misurazione e valutazione in grado di evidenziare e premiare i comportamenti gestionali virtuosi; e questo in funzione del soddisfacimento dell'interesse dei destinatari dell'azione amministrativa, ma di questo si dirà meglio più avanti.

Si è detto, poi, che al centro del complessivo ripensamento normativo e organizzativo, contenuto nella riforma Brunetta, appare collocato l'individuo con la propria perfomance. Per lungo tempo il *focus* del sistema è stato incentrato prima genericamente – e complessivamente - sugli obiettivi e sulle prestazioni, poi solo sull'obiettivo, adesso sembra espressamente rivolto alla performance individuale dei dirigenti (art. 9 D.lgs. 150/2009).

La differenza non è di poco momento, se solo si riflette su cosa abbia implicato, per esempio, l'eliminazione dalla prima versione dell'art. 21 del D.lgs 165/2001 della enumerazione delle buone prestazioni prima inserite, invece, fra le causali in grado di integrare gli estremi della responsabilità dirigenziale.

Sembra opportuno rammentare brevemente che nella versione precedente l'emanazione della legge Frattini (l. 145/2002), l'art. 21 del D.lgs 165/2001 prevedeva l'addebito per responsabilità dirigenziale rispetto ai "risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione o il mancato raggiungimento degli obiettivi". In tale contesto normativo, i risultati negativi dell'attività amministrativa venivano ponderati sull'analisi delle prestazioni dirigenziali.

Con la legge Frattini, sopra menzionata, venne in seguito eliminato, dal disposto dell'art. 21 sopra citato, il riferimento ai "risultati negativi dell'attività dirigenziale", e mantenuto solo quello relativo al mancato raggiungimento dell'obiettivo.

Questa modifica apparentemente insignificante ha determinato, invece, sul piano della prassi applicativa, un sostanziale disinteresse per il complessivo *modus gerendi* del dirigente.

In questo modo, l'intero sistema di valutazione pareva ruotare attorno all'asse del mero raggiungimento (o mancato conseguimento) dell'obiettivo; prescindendo, il più delle volte, dalla verifica (e da un effettivo interesse) delle buone prestazioni dirigenziali eseguite nel corso dell'attività protesa al raggiungimento dell'obiettivo medesimo.

Con la riforma Brunetta parrebbe recuperare importanza l'analisi della complessiva prestazione individuale del dirigente, coniugata con il raggiungimento dell'obiettivo prefissato, ma pure con un *quid pluris* che proprio il ricorso ad un termine così elastico come "performance" consente di contemplare. Di questo, però, si dirà più avanti.

---

[1614] Cfr. in particolare il comma 2, ai sensi del quale "[…] ogni amministrazione è tenuta a misurare e valutare[…]"; ma pure il comma 4 che espressamente dispone che "[…] le amministrazioni pubbliche adottano metodi e strumenti idonei a misurare, valutare e premiare […]".

Per il momento, è opportuna un'ulteriore riflessione relativa all'*an* della valutazione. È stato osservato, infatti, che le disposizioni contenute nel titolo II del D.lgs 150/2009 rappresentano la "chiave di volta"[1615] per la "ridefinizione sistemica della *governance* interna delle pubbliche amministrazioni, consentendo di riportare ad unitarietà (logica, prima ancora che giuridica) tanto i diversi microsistemi normativi (in particolare quelli in materia di retribuzione e responsabilità, ma anche quelli riguardanti la contrattazione collettiva e la gestione dei relativi flussi finanziari), quanto i differenti ed ambiziosi obiettivi del legislatore riformatore"[1616].

Fra questi obiettivi è possibile annoverare la valorizzazione della stessa ragion d'essere delle pubbliche amministrazioni e cioè il soddisfacimento dell'interesse dei fruitori ultimi dell'azione amministrativa; interesse che non si esaurisce nell'assicurare la mera qualità organizzativa pubblica, ma si spinge sino a contemplare il bisogno di "buoni" comportamenti all'interno e verso l'esterno delle amministrazioni medesime[1617].

A fronte del nuovo quadro normativo, non appaiono più sufficienti comportamenti utili, ma è opportuno che questi siano pure morali, etici e corretti.

La valutazione (ma pure la misurazione) pare sviluppare questa importante funzione di proiezione dell'agire pubblico all'attuazione di un mix virtuoso di *best practies* che tengono conto delle aspettative della collettività. Ciò è dimostrato dalle previsioni, per la verità un po' confuse, di almeno due norme, e cioè l'art. 3 comma 4 e l'art. 8 comma 1 lett. a), del D.lgs 150/2009.

Questi articoli dispongono rispettivamente che "le amministrazioni adottano metodi e strumenti idonei a misurare, valutare e premiare la performance individuale e quella organizzativa secondo criteri strettamente connessi al soddisfacimento del destinatario dei servizi e degli interventi" e che "il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa concerne l'attuazione delle politiche attivate sulla soddisfazione finale dei bisogni della collettività".

Entrambe le norme appena citate, contemplano, allora, i bisogni della collettività come vincolo di scopo essenziale dell'azione amministrativa.

Si potrebbe affermare che la riforma Brunetta abbia implementato le disposizioni di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali che sancisce il diritto ad una "buona" amministrazione[1618]. Ove il concetto di buona amministrazione "riguarda pur sempre il risultato dell'agire amministrativo, ma assume ad oggetto la singola decisione, considerata dal punto di vista del suo destinatario, il quale ha titolo per pretendere che essa sia imparziale, equa e sollecita"[1619].

Collocando sullo sfondo questa chiave di lettura, diventa indispensabile riempire di contenuti la

---

[1615] A. Viscomi, Il sistema di valutazione delle performance delle strutture, della dirigenza e del personale nella riforma della pubblica amministrazione, in U. Carabelli, M.T. Carinci, (a cura di), Il lavoro pubblico in Italia, Cacucci, Bari, 2010.

[1616] A. Viscomi, op. cit.

[1617] Per l'analisi di questi aspetti e più in generale del passaggio dal paradigma efficientistico degli anni 90 al paradigma personalistico del XXI secolo, sia consentito rinviare allo studio svolto in G. Nicosia, *Il polimorfismo* …op. cit.

[1618] Tanto più che, ormai, l'art. 6, n. 1, TUE, versione consolidata dopo Lisbona, enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

[1619] F. Trimarchi Banfi, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, p.49 ss.

locuzione "risultato" che ricorre ogni qual volta si faccia menzione della retribuzione che spetta al dirigente in rapporto alla propria performance[1620].

A questo proposito, è opportuno chiarire che è riduttivo intendere l'espressione "retribuzione di risultato" in senso meramente letterale, come retribuzione collegata esclusivamente agli obiettivi raggiunti, ovvero alle buone prestazioni erogate. Con la locuzione "risultato" il legislatore intende piuttosto riassumere il complesso delle attività dirigenziali[1621] che, di volta in volta, esprimono l'incarico di funzione dirigenziale (performance individuale), come del resto è desumibile dall'art. 9, I comma, del D.lgs n. 150/2009[1622], il quale fa esplicito riferimento ad una serie di voci quali: gli indicatori di performance relativi all'ambito organizzativo di competenza; il raggiungimento di specifici obiettivi individuali; la qualità del contributo dato alla performance generale; le competenze professionali e manageriali; la capacità di valutazione dei propri collaboratori, dimostrata tramite una significativa differenziazione di giudizi.

Appurato che la performance dirigenziale contempla tutte le variegate modalità di esplicazione dell'incarico di funzione dirigenziale, diventa, allora, condizione essenziale, per il buon funzionamento delle procedure di verifica e valutazione, l'effettiva costruzione della *mission* istituzionale di cui all'art. 5 del D.lgs 150/2009.

A fronte del nuovo dettato normativo, sembra indispensabile che le pubbliche amministrazioni si mostrino in grado di attivare un efficace ciclo di gestione della performance a partire dal primo anello di tale circuito virtuoso di verifica: la definizione e assegnazione di obiettivi[1623].

Obiettivi che devono contemplare per un verso i bisogni della collettività e, per l'altro, le priorità politiche e le strategie dell'amministrazione medesima[1624].

Nella vigenza della precedente normativa, fra le principali critiche rivolte al sistema di valutazione, rilevava quella espressa con riguardo all'incapacità della parte datoriale pubblica di individuare obiettivi chiari e realmente tarati sul virtuoso connubio tra i bisogni della collettività e la *mission* istituzionale.

---

1620 Cfr. le disposizioni di cui all'art. 19 del D.lgs 150/1999.

1621 Il documento ministeriale esplicativo della riforma Brunetta – dal titolo "il decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, Istruzioni per l'uso" e consultabile all'indirizzo internet www.riformabrunetta.it - chiarisce, infatti, che "[…]il concetto di performance (che appare più di novanta volte nel decreto) non è la versione inglese del rendimento o della produttività, ma è un concetto che rappresenta il passaggio fondamentale della logica di mezzi a quella di risultato. La produttività è collegata all'efficienza, la performance è collegata ad un insieme (efficienza, efficacia, economicità e competenze)[…]".

1622 La dottrina ha osservato un maldestro coordinamento tra l'art. 19, III comma, D. Lgs n. 150/2009, che ricollega la "retribuzione di risultato" alla implementazione della valutazione dirigenziale, e l'art. 9, I comma, del medesimo decreto, che si preoccupa di declinare dettagliatamente cosa debba intendersi per "performance individuale" ai fini della valutazione medesima. Si veda in tal senso A. Zoppoli, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, p. 127. In effetti, come si è detto in testo, la parola "risultato" nell'ambito di quella espressione ha un valore riassuntivo di tutto quello che nei fatti sostanzia l'attività dirigenziale nelle diverse amministrazioni. La prassi applicativa ha del resto dimostrato, pure nella vigenza del precedente dettato normativo, che, in molte amministrazioni, le schede di valutazione della performance dirigenziale, finalizzate all'erogazione della retribuzione di risultato, già contemplavano, come indicatori, molti dei profili di valutazione di cui all'art. 9 citato.

1623 Art. 5, comma 2 lett. b) del D.lgs 150/2009.

1624 Cfr. il combinato disposto degli artt. 4, comma 2 lett. a), del D.lgs 150/2009 e 5, comma 2 lett. a) del D.lgs 150/2009.

L'individuazione degli obiettivi da raggiungere, intesi pure come precipitato della *mission* istituzionale, esprime - come del resto accadeva pure sotto l'egida della previgente disciplina - un punto si snodo cruciale dell'intero ciclo di gestione della performance dirigenziale.

Per tale ragione, appare ancor più problematica la relativa determinazione per provvedimento (datoriale) unilaterale, piuttosto che attraverso un percorso di condivisione negoziata (contratto). L'unico spazio che il legislatore della riforma pare riconoscere ai dirigenti è quello ravvisabile nell'art. 5, comma 1, del D.lgs 150/2009 il quale espressamente dispone che "gli obiettivi sono programmati su base triennale e definiti, prima dell'inizio del rispettivo esercizio, dagli organi di indirizzo politico-amministrativo, sentiti i vertici dell'amministrazione che a loro volta consultano i dirigenti o i responsabili delle unità organizzative". In buona sostanza, ai dirigenti rimane solo la prerogativa di essere consultati nella fase di individuazione dei macro obiettivi triennali.

Probabilmente se a livello micro - e cioè nella fase del conferimento dell'incarico di funzione dirigenziale - fosse stato riconosciuto, in capo ai dirigenti, il potere di negoziare, e quindi condividere, gli obiettivi, ciò avrebbe assicurato maggiori margini di successo all'intero ciclo di gestione della performance[1625]. È plausibile, tuttavia, che il dirigente, in sede di audizione consultiva, possa eventualmente eccepire che gli obiettivi programmati non presentino i requisiti imposti dalla legge, e cioè che non siano rilevanti, sfidanti, realizzabili, tempificati almeno su base annuale, specifici e misurabili, oltre che correlati alla qualità delle risorse realmente messe a disposizione della dirigenza medesima.

Allo stesso modo è verosimile prevedere, come già osservato dai primi commentatori della riforma[1626], che il dirigente che rilevi scostamenti tra l'obiettivo tracciato e le disposizioni imperative di legge, possa adire il giudice ordinario per l'eventuale tutela.

Sul punto, vale la pena osservare che, in sede di implementazione del ciclo di gestione della performance dirigenziale, sarà necessario coordinare le previsioni apparentemente contrastanti contenute nel decreto in commento.

Per un verso, infatti, si dispone una programmazione triennale a livello macro, ma, per altro verso, si prevede che l'obiettivo sia riferibile ad un arco temporale determinato di almeno un anno.

Sul piano applicativo occorrerà, allora, che il macro obiettivo triennale possa essere frazionato in micro obiettivi annuali.

Questi ultimi formeranno il vero oggetto della valutazione contemplata nel ciclo di gestione della

---

[1625] Chi scrive, da tempo, ritiene possibile una lettura della disciplina contenuta nel D.lgs 165/2001, che consente, appunto, di interpretare in chiave negoziale (di scambio proposta/accettazione) pure il momento del conferimento dell'incarico di funzione dirigenziale. Si ritiene ammissibile, oltre che auspicabile, lo scambio contrattuale dei consensi pure rispetto all'obiettivo. Per l'esposizione dell'intero percorso argomentativo sia consentito il rinvio a G. Nicosia, *La dirigenza statale tra fiducia, buona fede ed interessi pubblici*, in Giorn. Dir. Lav. Rel ind., 2003, p. 253 ss. Nel senso che è "consigliabile che almeno per l'assegnazione degli obiettivi annuali, venissero utilizzati atti consensuali" v. L. Zoppoli, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, Quad. Dir. Lav. Rel. Ind., 2009, p. 159; nella medesima direzione R. Santucci, P. Monda, op. cit., p. 285; Cfr., altresì, le osservazioni di S. Mainardi, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in Lav. Pubbl. amm, 2010, p. 729 ss.

[1626] Cfr. R. Santucci, P. Monda, op. cit., p. 288. Gli autori osservano pure che tale soluzione interpretativa apre scenari non proprio conformi allo spirito del decreto, laddove rischia di produrre dinamiche organizzative di matrice giudiziaria e quindi etero indotte.

performance e saranno, poi, indicati nel Piano della performance (PP) che, appunto, ha la funzione di individuare sia gli obiettivi finali che quelli intermedi. L'indicazione su base annuale degli obiettivi (intermedi) nell'ambito del PP appare attività talmente importante per ciascuna amministrazione, da indurre il legislatore a prevedere una presunzione *iuris et de iure* di valutazione negativa nel caso in cui il dirigente abbia contribuito a determinare la mancata adozione del PP[1627].

## 3. (*quando*) L'obbligo di implementazione della valutazione.

Volendo provare a rispondere al secondo degli interrogativi prospettati in premessa, e cioè *quando* – ma soprattutto in quali ambiti del rapporto di lavoro dirigenziale - la valutazione appare imprescindibile, è possibile svolgere le considerazioni di seguito descritte.

A fronte del nuovo impianto normativo, l'implementazione di un corretto sistema di valutazione diviene necessaria almeno nelle seguenti occasioni:

a) erogazione della retribuzione di risultato;

b) distribuzione degli incarichi di funzione dirigenziale che si siano resi disponibili nelle diverse amministrazioni.

c) rilevazione dei profili di addebito della responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 del D.lgs 165/2001, nuovo testo.

Di seguito si proverà sinteticamente ad illustrare le ragioni sottese alla inevitabilità della valutazione nelle circostanze ora enumerate.

### 3.1 La condizione della erogazione della retribuzione di risultato.

Quanto al primo punto, sopra prospettato, il legislatore della riforma è stato chiaro nel subordinarne l'erogazione della retribuzione di risultato al preventivo esperimento di una procedura di valutazione[1628]. Per un verso l'art. 18 del D.lgs 150/2009 dispone, infatti, che "è vietata la distribuzione in maniera indifferenziata o sulla base di automatismi di incentivi e premi collegati alla performance in assenza delle verifiche e attestazioni sui sistemi di misurazione e valutazione adottati ai sensi del presente decreto" e, per l'altro, l'art. 24, co. 1-*quater*, D.Lgs n. 165/2001, prevede che "la parte di retribuzione collegata al raggiungimento dei risultati della prestazione non può essere corrisposta al dirigente responsabile qualora l'amministrazione di appartenenza […] non abbia predisposto il sistema di valutazione[…]".

Si tratta di disposizioni che finalmente chiariscono l'illegittimità di alcune pratiche negoziali in sede decentrata che prevedevano l'erogazione anticipata, nel corso dell'anno, di una percentuale di retribuzione correlata al risultato, senza preventiva valutazione delle prestazioni dirigenziali, se non, addirittura, la distribuzione (a pioggia) dell'intera retribuzione di risultato senza preventiva

---

[1627] L' art. 10, co. 5, D. Lgs n. 150/2009, espressamente dispone che "in caso di mancata adozione del Piano della perfomance è fatto divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti che risultano avere concorso alla mancata adozione del Piano, per omissione o inerzia nell'adempimento dei propri compiti[…]".

[1628] Il preventivo (necessario) esperimento di una procedura di valutazione conclusa con esito positivo, quale condizione per l'erogazione della retribuzione di risultato, esprime la *ratio* generale sottesa a tutte le norme, relative a questo tema, contenute nel decreto; ratio desumibile dalle previsioni, citate nel testo, di cui all'art. 18, co. 2, D. Lgs. n. 150/2009, ma pure dall'art. 45 del D.lgs citato che introduce il co. 1-*quater* nell'art. 24, D.lgs n. 165/2001.

valutazione.

Sotto questo profilo, è possibile sostenere che il legislatore della riforma ha elaborato meccanismi di efficacia endogeni all'intero impianto normativo che, con tutta probabilità, assicureranno un efficace funzionamento sul piano dell'implementazione da parte delle diverse amministrazioni.

A conferma della necessaria co-implicazione tra valutazione ed erogazione della retribuzione di risultato, va pure osservato che, ai sensi dell'art. 19 del D. lgs. 150/2009, in ogni amministrazione l'Organismo indipendente di valutazione delle performance (OIVP su cui vedi *infra*) "compila" una graduatoria delle valutazioni individuali dei dirigenti, distinti per livello generale e non, raggruppandoli in tre differenti fasce (corrispondenti a diversi livelli di performance), secondo percentuali prestabilite: 25% nella fascia di merito alta, 50% nella fascia di merito intermedia, 25% nella fascia di merito bassa. La collocazione dei dirigenti nelle fasce di merito è funzionale alla attribuzione di una retribuzione di risultato effettivamente variabile in funzione del merito, tenendo conto che alla collocazione nella fascia bassa «non corrisponde l'attribuzione di alcun trattamento accessorio collegato alla performance individuale», e quindi della retribuzione di risultato. È opportuno osservare, peraltro, che la contrattazione può prevedere deroghe del 5% alla percentuale della fascia di merito alta, nonché alla composizione percentuale delle altre due fasce e alla distribuzione tra le medesime fasce delle risorse destinate ai trattamenti accessori collegati alla performance individuale[1629].

### 3.2. La gestione del conferimento degli incarichi di funzione dirigenziale.

Per quanto riguarda il secondo punto, cioè la valutazione come condizione per la distribuzione degli incarichi di funzione dirigenziale, è possibile osservare che, ai sensi del nuovo art. 19, comma 1, del D.lgs 165/2001, la scelta dei dirigenti cui conferire l'incarico discende pure dalla ponderazione dei risultati conseguiti in precedenza, dai medesimi, nell'amministrazione di appartenenza, e dalla relativa valutazione. Questo significa che i risultati prodotti dal sistema di valutazione, costruito dal legislatore della riforma, si riflettono inesorabilmente sul delicato momento del conferimento dell'incarico di funzione dirigenziale.

D'ora in poi, sarà improbabile che la parte datoriale pubblica possa, ad esempio, rinnovare l'incarico al dirigente che nel corso della precedente valutazione abbia riportato esiti non particolarmente brillanti, al cospetto della contestuale candidatura di altro dirigente titolare, invece, di una "buona pagella", conseguita nel corso della precedente valutazione.

Si tratta, in effetti, di un nuovo criterio oggettivo di considerazione di tutte le candidature presentate con riguardo ai diversi incarichi dirigenziali disponibili presso una determinata amministrazione.

L'inciso introdotto nell'art. 19 comma 1 del D.lgs. 165/2001 si pone, allora, quale ulteriore strumento in grado di rilanciare la trasparenza e la correttezza comportamentale con riguardo al dibattuto momento della scelta del dirigente cui conferire l'incarico *ad tempus*.

Del resto, il successivo art. 25 del D.lgs 150/2009 dispone espressamente che "la professionalità sviluppata e attestata dal sistema di misurazione e valutazione costituisce criterio per l'assegnazione di incarichi e responsabilità secondo criteri oggettivi e pubblici".

---

[1629] Art. 19, D. Lgs. n. 150/2009.

Questa previsione conferma il tentativo del legislatore della riforma di agganciare il complessivo sistema del conferimento degli incarichi a criteri trasparenti di meritocrazia; meritocrazia, a propria volta, misurata e provata attraverso gli strumenti del sistema di monitoraggio e controllo del ciclo di gestione della performance. Nel novero di questi criteri, il vero cuore pulsante appare di certo la valutazione.

### 3.3. L'addebito della responsabilità dirigenziale.

Con riguardo all'ultima delle circostanze, sopra descritte, in cui appare obbligatorio il ricorso alla procedura di valutazione, e cioè l'addebito per responsabilità dirigenziale, è possibile sviluppare il ragionamento di seguito descritto.

La valutazione delle prestazioni costituisce l'occasione per verificare la sussistenza di profili eventuali di addebito della responsabilità dirigenziale. Se, infatti, a seguito della procedura di monitoraggio ed esame dell'attività dirigenziale emergono distonie gestionali tali da integrare gli estremi di cui all'art. 21, D. Lgs. n. 165/2001, è previsto l'avvio della procedura di addebito della responsabilità dirigenziale[1630].

All'avvio di tale procedura (a seguito di una procedura di valutazione) corrisponde il riconoscimento di alcune garanzie procedurali quali la preventiva contestazione dell'addebito, il rispetto del principio del contraddittorio e la procedimentalizzazione prevista dalla legge o dai contratti collettivi nazionali.

La legge non precisa se si possa, o meno, sospendere una procedura di valutazione, laddove ricorrano i presupposti per l'addebito della responsabilità dirigenziale, in modo da attivare una procedura tipicamente sanzionatoria[1631]. Nel silenzio della legge è probabile che altre fonti provvedano a colmare il vuoto normativo. Tralasciando se possa, o meno, la contrattazione collettiva candidarsi come fonte deputata a disciplinare la materia, è prevedibile che nelle amministrazioni dotate di potere normativo sub primario sia più agevole attivarsi in tal senso. Negli enti locali, ad esempio, i regolamenti potrebbero reintrodurre tale utile disposizione.

Una considerazione al riguardo sembra, però, opportuna.

A fronte del nuovo quadro normativo, la responsabilità disciplinare è fattispecie ben distinta dalla responsabilità dirigenziale. La prima sanziona gli inadempimenti delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro, la seconda l'incapacità del dirigente di svolgere la funzione datoriale conferita con l'incarico dirigenziale.

Senza volere esaminare dettagliatamente le differenze che passano fra le due fattispecie di responsabilità - per le quali si rinvia ai ragionamenti prospettati in altra sede[1632] - sembra qui indispensabile rammentare che la responsabilità dirigenziale possa essere azionata, come si è visto,

---

1630 Artt. 21 e 22, D. Lgs. n. 165/2001.

1631 Al contrario, questo aspetto era previsto dall'art. 5, D. Lgs. n. 286/1999, che come si è detto, è stato abrogato dal D. lgs. n. 150/2009.

1632 Sia consentito rinviare a G. Nicosia, La valutazione della prestazione dirigenziale e le connesse responsabilità. La responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare, in U. Carabelli, M.T. Carinci, (a cura di), Il lavoro pubblico in Italia, Cacucci, Bari, 2010, p. 137 ss.

solo a seguito dell'esperimento di una procedura di valutazione che ne rappresenta l'antecedente procedimentale necessario, mentre la responsabilità disciplinare può essere contestata al dirigente in qualunque momento della esecuzione della propria prestazione lavorativa.

Pur a fronte di questa chiara distinzione concettuale, il legislatore ha inserito nella rubrica della responsabilità dirigenziale una fattispecie di evidente natura disciplinare: la *culpa in vigilando* di cui all'art. 21 comma 1bis del D.lgs 165/2001, nuovo testo[1633].

Rispetto a tale caso particolare, si pone il problema di comprendere le ragioni dell'apparente sovrapposizione e confusione di piani (l'uno attinente alla responsabilità dirigenziale, e l'altro a quella disciplinare).

Volendo assolvere il legislatore dall'accusa di ingenuità tecnica, è forse ipotizzabile che abbia, piuttosto, voluto ripristinare la disposizione di cui all'art. 5 del D.lgs 286/1999 - ora abrogata - che, a fronte del rischio grave di risultato negativo, permetteva di sospendere la procedura di valutazione affinché si procedesse all'addebito per responsabilità dirigenziale.

La ragione dell'inserimento di un peculiare caso di responsabilità disciplinare nell'ambito della norma che prevede, invece, la tipica forma di responsabilità dirigenziale è ravvisabile, probabilmente, nella precisa scelta di consentire di avviare la procedura di addebito (per *culpa in vigilando*) senza che sia necessario attendere la conclusione del procedimento di valutazione, al pari di quanto accade per le fattispecie *stricto sensu* disciplinari.

A conferma della ricostruzione appena prospettata – e cioè la natura disciplinare dell'addebito di cui all'art. 21 comma 1 bis che determina, proprio perché tale, l'avvio del procedimento di addebito di cui al medesimo art. 21 senza attendere l'esito della valutazione - si pone, poi, la previsione contenuta nello stesso D.lgs 165/2001, testo novellato dal D.lgs 150/2009.

L'art. 55 *septies*, comma 6[1634], infatti, nel prevedere la responsabilità disciplinare del dirigente che non abbia controllato e contrastato le condotte assenteistiche fa espresso rinvio all'art. 21 del D.lgs 165/2001.

Questo significa che il legislatore ha considerato la mancata sorveglianza di cui all'art. 55 septies comma 6, quale espressione della *culpa in vigilando* prevista dall'art. 21, comma 1 bis, del D.lgs 165/2001, riconoscendo, in questo modo, la natura sostanzialmente disciplinare della fattispecie.

A fronte di questo quadro normativo, è assai probabile che per l'addebito in questione non sarà necessario attendere la conclusione della procedura di valutazione eventualmente intrapresa.

Il problema che si porrà sul piano della prassi applicativa, e sul quale non è possibile soffermarsi

---

[1633] La norma prevede che "Al di fuori dei casi di cui al comma 1, al dirigente nei confronti del quale sia stata accertata, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio secondo le procedure previste dalla legge e dai contratti collettivi nazionali, la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, conformemente agli indirizzi deliberati dalla Commissione di cui all'articolo 13 del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, la retribuzione di risultato è decurtata, sentito il Comitato dei garanti, in relazione alla gravità della violazione di una quota fino all'ottanta per cento".

[1634] La norma prevede testualmente che "Il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora nonché il dirigente eventualmente preposto all'amministrazione generale del personale, secondo le rispettive competenze, curano l'osservanza delle disposizioni del presente articolo, in particolare al fine di prevenire o contrastare, nell'interesse della funzionalità dell'ufficio, le condotte assenteistiche. Si applicano, al riguardo, le disposizioni degli articoli 21 e 55-sexies, comma 3".

in questa sede, riguarderà casomai il tipo di procedura di addebito da applicare. Un conto, infatti, è il procedimento previsto nell'art. 21, altro conto quello previsto con riguardo all'art. 55 *septies* comma 6.

Anche rispetto a tale vicenda sarà necessario attendere l'implementazione sul piano della prassi applicativa, oltre che l'interpretazione che delle norme daranno i giudici del lavoro.

In ogni modo, per tutte le altre fattispecie di responsabilità dirigenziale la valutazione costituisce un passaggio obbligato per avviare il relativo procedimento di addebito.

Sotto il profilo strettamente temporale il legislatore ha, poi, dettato regole molto precise.

Il segmento di riferimento temporale è, infatti, individuato per legge su base annuale.

In questo modo, viene esplicitamente chiarito un altro passaggio incerto[1635], rilevato sul piano della prassi applicativa, sotto l'egida della previgente disciplina.

La valutazione dei dirigenti deve avvenire alla scadenza di un arco temporale di riferimento di almeno un anno. Ciò induce a prospettare la seguente riflessione di carattere generale rispetto alla *vexata quaestio* della durata minima degli incarichi di funzione dirigenziale.

Accanto allo sbarramento prospettato nell'art. 19 del d.lgs 165/2001, nuovo testo, che fissa la durata minima degli incarichi dirigenziali in 3 anni, si colloca pure la previsione di un tempo minimo, necessario per l'implementazione della procedura di valutazione. Non è possibile, allora, a fronte del nuovo dettato normativo, conferire incarichi che scendano al di sotto della soglia annuale di durata; viceversa, non sarebbe possibile predisporre una procedura di valutazione conforme alla disciplina vigente. Le amministrazioni tenute a conformare i propri ordinamenti a tali principi dovranno necessariamente tenere conto di tali limiti temporali.

## 4. Il ciclo di gestione della performance dirigenziale: i soggetti preposti alla valutazione (*quis*).

Fra le questioni interpretative più delicate con le quali occorre misurarsi in questa fase di prima applicazione del D.lgs 150/2009, va di certo annoverata quella relativa alla individuazione del soggetto deputato alla valutazione della dirigenza. Prima di esaminare analiticamente la questione interpretativa sollevata dalla normativa in commento, pare opportuna una premessa.

È questo il momento storico/istituzionale in cui appare ancora più significativa e appropriata l'affermazione giusta la quale la dirigenza pubblica è figura scissa e a funzione doppia: per un verso datore di lavoro e per l'altro lavoratore subordinato, Giano Bifronte secondo l'ormai ben nota metafora[1636].

Le riforme dell'ultimo ventennio sottendono tutte il denominatore comune di ampliare ora l'uno, ora l'altro corno dell'alternativa organizzativa.

---

[1635] Come osservano pure R. Santucci, P. Monda, op. cit., p. 281, il D.lgs 286/1999 e la contrattazione collettiva consentivano di distinguere una valutazione annuale da una valutazione realizzata al termine degli incarichi.

[1636] Usata già da F. Carinci, Una riforma conclusa fra norma scritta e prassi applicativa, in Lav. Pubbl. amm, 2004, p. 349; più di recente, v. pure L. Bordogna, Per una maggiore autonomia dell'alta dirigenza pubblica: una proposta, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 92/2009, p. 6.

È forse questa la fase storico/istituzionale in cui, senza giungere a reintrodurre nel sistema la sovra ordinazione gerarchica, sono state diffuse regole che indirizzano fortemente l'autonomia dirigenziale, o più precisamente di una consistente parte della dirigenza, risucchiandola verso la condizione di lavoratore subordinato.

La disciplina prevista nel D.lgs 150/2009 è evidentemente costruita sul modello di alta dirigenza statale, talché nel nuovo assetto la dirigenza di vertice (alta dirigenza) e la dirigenza di base appaiono sempre più disgiunte[1637], separate nella intima struttura morfologica e destinate l'una ad esprimere sempre più la propria veste datoriale e l'altra, invece, a mostrare il proprio ruolo di lavoratore subordinato.

Fatta questa necessaria premessa, è possibile osservare che, adesso, per espressa previsione del legislatore della riforma, è il Sistema di misurazione e valutazione della performance (SVMP)[1638], adottato con provvedimento da ciascuna amministrazione, a dovere contemplare, sviluppare e disciplinare la valutazione individuale dei dirigenti[1639].

Si tratta di un atto di macro organizzazione - eventualmente conoscibile, in quanto tale, dal giudice amministrativo - con il quale le singole amministrazioni individuano le coordinate dell'attività di misurazione e valutazione della performance dei propri dirigenti.

Il SVMP contempla, infatti, le fasi, i tempi, le modalità, i soggetti e la responsabilità dell'intera procedura nonché le modalità di raccordo[1640] con i sistemi di controllo esistenti, residui del retaggio della precedente disciplina del D.lgs 286/1999.

Il legislatore ha abrogato, come si è avuto modo di osservare, l'art. 5 del D.lgs 286/1999 che disciplinava la valutazione nelle amministrazioni dello Stato e, contestualmente, provvedeva a sostituire i servizi di controllo interno con "l'Organismo indipendente di valutazione della performance" (OIVP) al quale vengono affidati pure i compiti di controllo strategico[1641]. Questo Organismo è, pertanto, il soggetto deputato a sviluppare la valutazione della dirigenza di vertice, come del resto si evince dalle disposizioni di cui all'art. art. 7 comma 2 lett. a) del D.lgs 150/2009. La norma citata attribuisce, infatti, all'OIVP la competenza relativa alla "proposta di valutazione annuale dei dirigenti di vertice". La specifica menzione solo della dirigenza di vertice apre una questione interpretativa di non poco momento, evidenziata, peraltro, già dai primi commentatori della riforma[1642].

Il decreto delegato in commento non pare, infatti, preoccuparsi di dettare regole riguardo la valutazione della dirigenza di base (*rectius* dirigenza non di vertice). Per questa, allora, si pongono dubbi interpretativi soprattutto con riguardo al *quis* della misurazione e valutazione della relativa performance individuale.

---

[1637] B. Caruso parla di dirigenza "frammentata", *Le finalità e i contenuti delle modifiche alla disciplina della dirigenza pubblica*, Milano, 23 ottobre 2009, dattiloscritto.

[1638] Art. 7, comma 1, D.lgs 150/2009.

[1639] Sul tema v. S. Battini, S. Cimino, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, p. 259 ss.

[1640] Oltre al raccordo con i documenti di programmazione e bilancio (art. 7 comma 3 lett. d) del D.lgs 150/2009).

[1641] Cfr. art. 14 del D.lgs 150/2009.

[1642] Cfr. G. D'Alessio, Osservazioni sul decreto legislativo attuativo della legge delega n. 15/2009, con specifico riferimento alle disposizioni sulla dirigenza, in http://www.astrid-online.it/Riforma-de1/Valutazion/Atti-parla/Schema-di-/D_-Alessio---Audizione-CD-17_06_09.pdf; A. Viscomi op. cit., p. 5; S. Mainardi, op. cit.

Non è operazione interpretativa di poco momento individuare il soggetto deputato alla valutazione della dirigenza di base.

Le amministrazioni, soprattutto quelle locali, si troveranno da qui a breve impegnate a risolvere questa delicata questione.

È possibile, in questa sede, provare soltanto ad ipotizzare quali possano essere le soluzioni praticabili sul piano della prassi applicativa.

A questo fine è, però, opportuno sviluppare un ragionamento diverso a seconda che si consideri la dirigenza delle amministrazioni dello Stato ovvero quella delle amministrazioni locali.

1) Per quanto concerne proprio queste ultime amministrazioni, la soluzione parrebbe prospettata già dal legislatore delegante.

L'art. 4 comma 2 lett. g della Legge delega n. 15/2009 dispone, infatti, fra i principi che devono guidare il legislatore delegato quello di "prevedere che i sindaci e i presidenti delle province nominino i componenti dei nuclei di valutazione cui è affidato il compito di effettuare la valutazione dei dirigenti, secondo i criteri e le metodologie stabiliti dall'organismo[…]".

Parrebbe, in questo modo, confermata la sopravvivenza dei nuclei di valutazione come organismi preposti alla verifica della performance di tutta la dirigenza (di vertice e non) delle amministrazioni locali[1643]. I recenti lavori della Commissione di valutazione nazionale neo insediata, sembrerebbero confortare questa lettura interpretativa.

La delibera n. 4 del 2010[1644] della Commissione, con riguardo alla disciplina applicabile agli EELL, infatti, per un verso rinvia a futuri protocolli da siglare con Anci e Upi e, per l'altro, attribuisce ai propri contenuti un valore di mero indirizzo – e quindi non vincolante – per la futura armonizzazione della normativa destinata a tali amministrazioni[1645].

2) Rimane aperta la questione riguardante la valutazione della dirigenza non di vertice delle altre amministrazioni e di quelle statali in particolare.

Rispetto a queste ultime, è stata avanzata l'ipotesi di estendere la competenza dell'OIVP anche alla valutazione della dirigenza non di vertice. Appare, però, condivisibile l'obiezione di chi osserva che il legislatore delegato ha considerato la competenza di tale organismo espressamente rivolta all'alta dirigenza di modo che, per il noto principio *ubi lex voluit dixit ubi nolui tacuit*, non sembra

---

[1643] In questa direzione, condivisibilmente, cfr. S. Mainardi, op. cit.

[1644] Consultabile sul sito della Commissione al seguente indirizzo internet www.civit.it.

[1645] La Commissione in questo documento ha testualmente disposto che "La presente delibera trova quindi applicazione immediata per le aziende e le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie di cui al decreto legislativo n. 300/1999, con esclusione dell'Agenzia del Demanio, e gli altri enti pubblici nazionali. Costituisce linea guida per l'adeguamento degli ordinamenti di Regioni, enti locali ed amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, da realizzarsi entro il 31 dicembre 2010. A tali affermazioni si aggiungono, ad ulteriore conferma dell'interpretazione prospettata in questa sede, quelle riportate qualche rigo sopra del medesimo documento che si esprimono nel senso che "l'articolo 16 impone alle Regioni, anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, ed agli enti locali, di procedere all'adeguamento dei rispettivi ordinamenti. Questa Commissione si attiverà inoltre per definire, d'intesa con la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, l'Anci e l'Upi i protocolli di collaborazione, ai sensi dell'articolo 13, comma 2". Sembra, allora, evidente che la medesima Commissione ritenga non direttamente applicabili agli enti locali le norme in materia di OIVP.

accettabile attribuire significati ultronei ad una norma chiarissima nel delimitare la competenza di tale organismo alla sola dirigenza di vertice.

D'altro canto, non può sottacersi il fatto che il complesso di norme che si preoccupa di descrivere il ruolo ed i compiti dell'OIVP ne evidenzi più la funzione di sovrintendenza della correttezza del processo valutativo - in stretta connessione con la Commissione per la valutazione - che il ruolo collaborativo[1646]. All'OIVP sono, infatti, riconosciuti compiti di monitoraggio della correttezza dei procedimenti valutativi come pure, a valle dell'intera procedura, la compilazione (notarile) della relativa graduatoria ma non è espressamente sancita la competenza a gestire concretamente la misurazione e valutazione della dirigenza non di vertice.

Al più è ipotizzabile un controllo dinamico dell'OIVP. È possibile cioè immaginare che, in futuro, a fronte di un evidente scollamento fra l'obiettivo assegnato e la performance dirigenziale, registrata nel corso della relativa misurazione e valutazione annuale, l'OIVP possa agire in senso correttivo dei dati erronei.

Ed allora o si accede alla soluzione di far sopravvivere gli organismi di controllo esistenti[1647] - tenendo sempre ben presente, sullo sfondo, il nuovo contesto regolativo che attribuisce al SVMP il compito per un verso di determinare "le fasi, i tempi, le modalità, i soggetti e le responsabilità del processo di misurazione e valutazione della performance[…]"[1648] e, per l'altro, di individuare "le modalità di raccordo e di integrazione con i sistemi di controllo esistenti" - ovvero, come preferibile, si accoglie la tesi della riconoscibilità in capo alla dirigenza di vertice del potere di gestire la misurazione e valutazione della performance della dirigenza media o di base. Ciò sempre - accogliendo la tesi che qui si intende sostenere della riconoscibilità in capo all'OIVP di un mero potere di controllo dinamico - con l'avallo finale di tale organismo.

Quest'ultima opzione interpretativa, solo apparentemente si pone a presidio di una ri-gerarchizzazione dei rapporti fra alta dirigenza e dirigenza non di vertice[1649].

In effetti, pure il precedente assetto normativo - che apertamente aveva superato il modello gerarchico a vantaggio del modello per direzione – con riguardo al sistema di valutazione, che veniva fondato sulle disposizioni dell'abrogato art. 5 del D.lgs 286/1999, contemplava un assetto piramidale[1650] dei rapporti fra i diversi livelli di dirigenze assai similare a quello proposto, oggi, dal decreto in commento.

Del resto, come più sopra osservato, è ormai accertato che la dirigenza è caratterizzata da una complessa struttura morfologica: quella datoriale e quella di lavoratore subordinato. Per tale ragione, l'ipotetico riconoscimento di una competenza aggiuntiva, nell'ambito del processo valutativo, non appare incompatibile con la *ratio* sottesa all'intera disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale. Attribuire all'alta dirigenza pure il compito (datoriale) di valutatore della dirigenza di

---

[1646] Così R. Santucci, P. Monda, *Valorizzazione del merito op. cit.*, p. 284.

[1647] Cfr. la lettura interpretativa di S. Mainardi, op. cit.

[1648] Cfr. art. 7, comma 3, lett. a) e lett. c).

[1649] Ma sul punto cfr. la posizione di S. Mainardi, op cit.

[1650] Su cui v. R. Santucci, P. Monda, *Valorizzazione del merito op. cit.*, p. 282.

base[1651], consente di sviluppare alcune delle potenzialità e inclinazioni gestionali di questa peculiare parte della dirigenza, senza per questo doverle riconoscere poteri di sovra ordinazione gerarchica.

Il problema che si pone, rispetto a siffatta soluzione empirica, riguarda, casomai, il rispetto di un requisito essenziale per il buon funzionamento dell'intero processo di valutazione: la terzietà dei soggetti valutatori. Elemento, quest'ultimo, che appare esiziale per l'intera tenuta del sistema.

Tale importante condizione potrebbe essere assicurata, comunque, dalla predisposizione di un meccanismo di necessaria co-implicazione fra i risultati del controllo di gestione, appannaggio esclusivo di un ufficio terzo rispetto al dirigente valutatore, e la formulazione del giudizio valutativo.

Ciò sempre nella piena osservanza dei compiti di verifica e raccordo esplicati dalla SVMP ai sensi dell'art. 7 sopra menzionato. Nell'ambito del sistema medesimo potrebbero, infatti, essere messi a punto meccanismi di monitoraggio e raccolta dei dati oggettivi della performance annuale della dirigenza, non di vertice (di base), con l'ausilio della indispensabile funzione del controllo di gestione, per riservare, invece, all'alta dirigenza solo il compito di sviluppare i dati raccolti e adottare concretamente la valutazione medesima che verrà, poi, tradotta nella graduatoria compilata dall'OIVP. A quest'ultimo organismo spetterebbe, in ogni modo, il compito di controllo dinamico sopra descritto.

## 5. Il *quomodo* della valutazione.

Dopo avere individuato le soluzioni prospettabili riguardo la questione relativa a "chi" debba svolgere la valutazione della dirigenza, è possibile occuparsi del "*quomodo*" della valutazione individuale del dirigente, o, volendo utilizzare il linguaggio del legislatore, delle modalità con cui si sviluppa il ciclo di gestione della performance dirigenziale, di cui la valutazione individuale costituisce un segmento procedurale essenziale.

La misurazione e valutazione del modo in cui dirigente ha interpretato e svolto il proprio incarico di funzione dirigenziale avviene, infatti, all'interno di un precorso di verifica che consta di sei fasi indicate dal legislatore nell'art. 4 comma 2[1652].

---

[1651] A conferma della plausibilità di una tale letteratura interpretativa è possibile, poi, richiamare le recenti modifiche in tema di accesso alla qualifica dirigenziale. Il sistema sembra allontanarsi a grandi passi dell'idea originaria - introdotta sotto l'egida della seconda privatizzazione – della funzione unica della dirigenza per abbracciare, invece, l'opzione organizzativa del doppio canale funzionale della dirigenza. Parrebbe incentivata, infatti, una netta cesura fra dirigenza di prima fascia (alta dirigenza) e dirigenza di seconda fascia (dirigenza media o di base) che ridimensiona l'idea della fluidità all'interno di una qualifica unica che aveva, invece, costituito uno dei pilastri su cui si reggeva la riforma degli anni 1997/98. Sul tema cfr. le osservazioni critiche di P. Matteini, *La dirigenza pubblica. Quadro d'insieme e principi generali*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca, *Commentario, Il diritto del lavoro, Il lavoro pubblico,* 2010, di prossima pubblicazione; In dottrina, riguardo alla validità della scelta relativa del ruolo unico e della unica funzione, fra i molti commenti alla riforma di quegli anni, v. almeno C. Meoli, *Qualifica dirigenziale unica, fasce dirigenziali e ruolo unico dei dirigenti*, in F. Carinci, M. D'Antona, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario, Giuffrè, 2000.

[1652] Si rammenta brevemente che la norma prevede: *a)* definizione e assegnazione degli obiettivi che si intendono raggiungere, dei valori attesi di risultato e dei ispettivi indicatori; *b)* collegamento tra gli obiettivi e l'allocazione delle risorse; *c)* monitoraggio in corso di esercizio e attivazione di eventuali interventi correttivi; *d)* misurazione e valutazione della performance, organizzativa e individuale; *e)* utilizzo dei sistemi premianti, secondo criteri di valorizzazione del merito; *f)* rendicontazione dei risultati agli organi di indirizzo politico-amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ai competenti organi esterni, ai cittadini, ai soggetti interessati, agli utenti e ai destinatari dei servizi. In dottrina fra i primi commenti, oltre ai contributi contenuti in questo volume, v. R. Santucci, P. Monda, *Valorizzazione del merito op. cit.*; A. Viscomi, op. cit.

Non è possibile nell'economia di questo lavoro esaminare minuziosamente ciascuna di queste fasi; nel rinviare, pertanto, *infra* al relativo commento, saranno prospettate solo alcune brevi considerazioni a margine di tale circuito virtuoso di monitoraggio e verifica.

Il legislatore accanto al momento relativo all'individuazione dell'obiettivo, ed al collegamento degli obiettivi alle risorse rese disponibili, ha previsto una fase di monitoraggio in corso d'esercizio - con possibilità di correzione degli eventuali percorsi intrapresi - nonché l'utilizzo dei sistemi premianti, secondo criteri di valorizzazione del merito; provvedendo, contestualmente, a prospettare la rendicontazione dei risultati rispetto sia agli organi di indirizzo politico amministrativo, sia ai vertici dell'amministrazione, sia ai destinatari ultimi dell'azione amministrativa (utenti, cittadini, soggetti interessati).

Nulla è detto rispetto alla metodologia di coinvolgimento del valutato nel percorso di valutazione individuale. Il vuoto lasciato dall'abrogazione dell'art. 5 del D.lgs 286/1999 non pare sia stato colmato da specifiche disposizioni del decreto in commento.

Tuttavia, vale la pena di rammentare che la novella dell'art. 21 del D.lgs 165/2001 ha previsto, invece, una puntuale procedimentalizzazione dell'addebito per responsabilità dirigenziale, che contempla pure la contestazione dell'addebito e, nei casi più gravi, il contraddittorio con il dirigente interessato. Ciò induce a ritenere che tale ultimo importante segmento procedurale possa essere anticipato, in funzione di garanzia, già nel corso della valutazione medesima.

Ragioni di opportunità si pongono, allora, a presidio di una soluzione interpretativa che convinca ad anticipare la soglia del coinvolgimento del dirigente già nella fase prodromica all'addebito e cioè in quella della valutazione della performance.

La stretta connessione che viene a determinarsi fra valutazione e addebito di responsabilità, nei termini sopra prospettati, rende necessario un ulteriore chiarimento.

La previsione di un ciclo di gestione della performance, comprensivo pure del segmento della valutazione, rende ancor più visibile la struttura sequenziale del sistema.

La valutazione della performance dirigenziale, qualora si chiuda con esito negativo, determina una risposta fisiologica del sistema che si traduce nel divieto di erogazione della retribuzione di risultato.

Se, però, a conclusione di tale percorso di verifica, emergono profili di addebito della responsabilità dirigenziale, ecco che può essere azionato un ulteriore ingranaggio (del tutto eventuale) del ciclo di gestione che ne rappresenta, appunto, il naturale prosieguo. L'art. 21 del D.lgs 165/2001, nuovo testo, individua, se si vuole, la "settima" fase del percorso di verifica di cui all'art. 4 comma 2 del decreto in commento.

Questo è il momento del sistema in cui il controllo (fisiologico) si fa sanzione ed in cui si applicano altre regole di tutela del dirigente sottoposto al relativo procedimento.

La sequenza così tracciata rende chiara la natura di alcune statuizioni disseminate nel decreto in commento, ma pure nel D.lgs 165/2001, nuovo testo.

Si intende far riferimento a tutte quelle disposizioni che presumono già svolto e chiuso con esito negativo il ciclo di gestione della performance, tanto da vietare l'erogazione della retribuzione di

risultato[1653].

In tutti questi casi, non appare ancora oltrepassata la soglia che conduce alla "settima" fase sopra delineata - e cioè alla fase patologica di addebito della responsabilità dirigenziale - arrestandosi, piuttosto, il sistema, nella fase preliminare (ancora fisiologica) di verifica della performance con esito negativo e consequenziale sospensione della retribuzione di risultato.

Avendo così scandito i singoli passaggi del sistema di verifica della perfomance dirigenziale, appare ancor più plausibile la ragione, sopra enunciata, che induce a ritenere ammissibile l'estensione della garanzia del coinvolgimento del valutato già nella fase precedente l'addebito di responsabilità (la valutazione *stricto sensu* considerata): tale ragione è ravvisabile nella opportunità di creare omogenei percorsi di procedimentalizzazione in entrambe le fattispecie (valutazione e addebito).

Del resto, alle amministrazioni è riconosciuta l'autonomia di definizione, sempre negli ambiti prestabiliti dalla normativa, delle coordinate del SMVP di cui si è detto più sopra. È questa, allora, la sede previsionale opportuna per il ripristino della garanzia del coinvolgimento del valutato nella procedura di valutazione.

## 6. Brevi considerazioni conclusive.

Nel provare a svolgere alcune brevi riflessioni, a margine della ricostruzione esposta nelle pagine precedenti, è possibile prospettare il ragionamento di seguito descritto.

Il sistema sembra volgersi in maniera sempre più spinta verso modelli di effettiva responsabilizzazione dei pubblici agenti, e dei dirigenti in particolare, ciascuno secondo la propria posizione peculiare di dirigenza alta o di base.

A fronte delle riforme degli ultimi anni alcune previsioni costituzionali paiono trovare concreta attuazione tanto sul piano della legislazione nazionale che su quello, consequenziale, della prassi applicativa.

Nel provare a formulare degli esempi, è possibile osservare come sia l'art. 54 - che impone ai cittadini che svolgono funzioni pubbliche il "dovere di adempierle con disciplina ed onore[…]"[1654] - sia l'art. 28 della Costituzione - che dispone il dovere di *rendere pubblico conto* ravvisabile in

---

[1653] Si intende far riferimento alle seguenti disposizioni:
a) art. 36, comma 3, D. Lgs. n. 165/2001, il quale prevede che "al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato";
b) art. 7, comma 6, D. Lgs. n. 165/2001, il quale prevede che a fronte di un uso illegittimo dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa che "si applicano le disposizioni previste dall'art. 36, comma 3 del presente decreto": al dirigente responsabile non può, pertanto, essere erogata la retribuzione di risultato;
c) art. 10, comma 5, D. Lgs n. 150/2009, il quale dispone che "in caso di mancata adozione del Piano della perfomance è fatto divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti che risultano avere concorso alla mancata adozione del Piano, per omissione o inerzia nell'adempimento dei propri compiti[…]";
d) art. 11, co. 9, D. Lgs n. 150/2009, il quale prevede che "in caso di mancata adozione e realizzazione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità o di mancato assolvimento degli obblighi di pubblicazione di cui ai commi 5 e 8 è fatto divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti preposti agli uffici coinvolti".

[1654] Sul tema v. per tutti B. G., Mattarella, *Le regole dell'onestà*, Il Mulino, 2007.

capo ai funzionari pubblici - trovano, alla luce della riforma Brunetta in tema di valutazione e verifica (sia delle perfomance individuali, sia delle strutture), ampia e articolata implementazione.

Sembrano, allora, superate le osservazioni di insigne dottrina[1655] che considerava le disposizioni di cui all'art. 28 della Costituzione sostanzialmente prive di una vera portata applicativa, essendo ridotte ad ipotesi di attuazione marginale[1656].

La responsabilità diretta dei funzionari, e in special modo dei dirigenti, è oggi realtà giuridica assai più concreta di quella ravvisabile negli anni immediatamente successivi alla seconda privatizzazione.

Ciò è particolarmente vero a fronte dell'intera rivisitazione del sistema di misurazione, verifica e valutazione dell'attività dirigenziale, colta in ciascuna delle relative modalità di espressione.

Attraverso il circuito delle responsabilità che nascono direttamente dal contratto di lavoro dirigenziale si giunge, infatti, a dilatare la risposta sanzionatoria dell'ordinamento al punto di coinvolgere e stigmatizzare pure quei comportamenti che tradiscono, vanificandola, la pretesa e l'attesa della collettività pure di comportamenti moralmente etici dentro le amministrazioni[1657].

E questo sia quando il dirigente esprime la propria condizione di lavoratore subordinato, attraverso gli strumenti della regolazione dettagliata della responsabilità disciplinare; sia quando esprime la propria condizione di datore di lavoro/manager, attraverso le regole che disciplinano per un verso la verifica e misurazione della buona gestione (amministrazione) e l'addebito per responsabilità dirigenziale e, per l'altro, l'impatto della buona gestione sull'utenza[1658].

Coglie nel segno la lettura interpretativa, prospettata da accorta dottrina, che evidenzia come la riforma Brunetta ha accolto una concezione manageriale di tipo neo-autoritario, secondo la quale nel gestire il personale, e controllare, il dirigente/manager deve manifestare un "rigore inflessibile"[1659].

Tale rigore è ormai preteso dall'ordinamento attraverso l'elaborazione di strumenti realmente in grado di verificarne l'effettivo perseguimento.

I dirigenti sono quasi obbligati[1660], pena aspre reazioni anche disciplinari, a dirigere, controllare e sanzionare, in modo che la propria azione appaia irreprensibile all'interno e verso l'esterno dei

---

1655 M. S. Giannini, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964.

1656 Sul tema v. la ricostruzione di F. Merusi, M. Clarich, *Commento sub art. 27-28*, in Branca (fondato da), Pizzorusso (proseguito da) *Commentario alla costituzione*, Zanichelli, Soc. ed. del Foro Italiano, 1991, p. 373.

1657 Si pensi, a titolo di esempio, a tutte le disposizioni volte a contrastare e ridimensionare il fenomeno dell'assenteismo.

1658 Del resto, la legge delega n. 15/2009, all'art. 4 lett. l, prevede espressamente pure un'azione in capo ad "ogni interessato"; tale *class action* consentirebbe alla collettività di agire pure contro l'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori. Sul tema, fra i primi commenti, v. A. Scala, *La c.d. class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, p. 307.

1659 U. Carabelli, La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche, op. cit., p. 17; sul tema v. pure A. Bellavista, La figura del datore di lavoro pubblico, op. cit.

1660 Parla di approccio costrittivo dell'esercizio delle prerogative datoriali E. Ales, Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio, in L. Zoppoli, Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico, op. cit., p.126; sul tema v. pure A. Bellavista, La figura del datore di lavoro pubblico, op. cit.

propri uffici. Al cospetto, cioè, della collettività, dei fruitori ultimi dell'azione amministrativa: i cittadini.

Alla luce di tali considerazioni, appaiono, allora, ancora attuali le osservazioni della dottrina che, commentando l'art. 28 della Costituzione, ha affermato che "l'enunciato in questione […]oltre ad essere «quasi coronamento e tutela di tutte le libertà», «logica conclusione» e «necessaria norma di chiusura di un sistema coerente ed unitario volto alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo in quanto persona»[1661], si inserisce all'interno di quel quadro d'insieme desumibile dalle disposizioni costituzionali in tema di amministrazione, spesso disperse, che dovrebbero scolpire delle figure di funzionari e di dipendenti radicalmente nuove, sottoposte unicamente alla Costituzione e alle leggi, vincolate alla disciplina e all'onore (art. 54, comma 2, Cost.), «poste al servizio esclusivo della Nazione» (art. 98, comma 1, Cost.) e, infine, libere nel volere e pertanto responsabili del concreto esercizio di tale libertà"[1662].

[1661] F. Merusi, M. Clarich, *Commento sub art. 27-28*, op. cit., p. 364.

[1662] M. Benvenuti, *Commento sub art. 28*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, 2006, p. 587.

# Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella p.a. italiane)*

Bruno Caruso

1. La riforma delle p.a. osservata dall'alto. 462

2. Come cambia la struttura di governance delle pubbliche amministrazioni con la riforma Brunetta. 465

3. La dirigenza nella nuova governance pubblica: i nuovi poteri "normati". 469

4. Chi è il vero manager della pubblica amministrazione? La dirigenza differenziata. 475

5. La responsabilità/assoggettamento della dirigenza pubblica: nuove contaminazioni tra responsabilità dirigenziale e disciplinare. 477

5.1 La nuova fattispecie di (macro)responsabilità dirigenziale per culpa in vigilando. 480

5.2 La torsione massima del sistema: le sanzioni disciplinari conservative per la bassa dirigenza. 483

6. Conclusioni. 485

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 104/2010

## 1. La riforma delle p.a. osservata dall'alto.

I primi significativi commenti alla legge e al successivo decreto[1663] si interrogano sulla prevalenza dei tratti di continuità o di discontinuità rispetto all'assetto precedente[1664]. Ed è sicuramente questa una prima chiave di lettura proponibile dell'ennesimo provvedimento di riforma del lavoro pubblico in Italia. L'altra che circola è, per certi versi, più intrigante e ci dice di un ritorno forte della ideologia come apparato concettuale che determina le tecniche di regolazione del lavoro pubblico[1665].

Una terza chiave di lettura, più limitata e prescelta in questo scritto, riguarda il cuore di ogni riforma del lavoro pubblico: vale a dire il ripensamento degli apparati, dei meccanismi, delle fonti, delle tecniche e degli strumenti di governo e di decisione riferiti al lavoro pubblico; più sinteticamente, la questione di "chi comanda" nella amministrazione/azienda e di chi esercita la funzione datoriale e chi la funzione imprenditoriale[1666].

In termini più appropriati alla realtà organizzativa delle pubbliche amministrazioni italiane, si tratta di delineare se, tra le righe del complesso provvedimento di riforma, sia prefigurabile un nuovo assetto di governance della p.a. italiane, come distinto dalla funzione di governo in senso stretto[1667].

---

[1663] Si veda il bel volume a cura di L. Zoppoli, *Ideologia e tecnica nella riforma del pubblico impiego,* Editoriale scientifica, Napoli, 2009. U. Carabelli – M.T. Carinci, *Il lavoro pubblico in Italia,* Cacucci, Bari, 2010. U. Carabelli, *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche,* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 101/2010. Si veda, pure, limitatamente alla dirigenza, D. Mezzacapo, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela,* Jovene, Napoli, 2010. Sono queste le opere, allo stato, di maggiore respiro e che non si limitano ad una lettura a caldo delle nuove disposizioni tentandone, invece, una prima ricostruzione critico-sistematica.

[1664] Una sintesi efficace dello spirito e delle linee di politica del diritto delle riforme del pubblico impiego attuate alla fine degli anni '90, in F. Bassanini, *Indirizzo politico, imparzialità delle P.A. e autonomia della dirigenza, Principi costituzionali e disciplina legislativa,* in *Nuova Rass.,* 2008, pp. 2257-2270. Sul ruolo di Massimo D'Antona nel processo di riforma e sul suo pensiero, il denso saggio di F. Carinci, *Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia,* in *DLRI,* 2009, I, p. 25 ss., l'intero fascicolo dedicato al giurista scomparso per il decennale della sua morte.

[1665] L. Zoppoli, *La riforma del lavoro pubblico dalla "deregulation" alla "meritocrazia": quale continuità?,* in *Ideologia e tecnica, cit.*

[1666] Si veda E. Ales, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro,* Giuffré, Milano, 2202. Id. *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni,* Utet, Torino, 2007, cap. VI*, Il dirigente datore di lavoro.* Per come si avrà modo di argomentare nel testo, non pare più adeguata - alla luce del complessivo nuovo assetto della riforma che delinea un sistema di governance più complesso e poroso rispetto al precedente - una meccanica individuazione della funzione di datore di lavoro nella dirigenza, e della funzione imprenditoriale negli organi politici; si tratta di una ripartizione di funzioni, tra figure organizzative, spiegabile se si legge l'organizzazione pubblica - e i diversi attori che vi operano - con le lenti di una concezione olistica e autoreferenziale della contrattualizzazione e del contratto di lavoro; meno utilizzabile, oggi, se si guarda all'assetto complessivo delle p.a. alla luce di una riforma che intende riorganizzare l'intero ciclo di funzionamento delle stesse intorno al concetto di perfomance. Per i riflessi sulla dirigenza di questo cambiamento, condivisibili passaggi in A. Zoppoli, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici,* in *Ideologia e tecnica, op. cit.,* p. 129 ss., 134-135, ma *passim*. Ma già prima della riforma metteva in luce correttamente lo svolgimento della funzione imprenditoriale, oltre che datoriale, in capo alla dirigenza (anche per questo aspetto Giano Bifronte), L. Zoppoli, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale",* in QDLRI, 2008.31, p. 151-2. Sulla questione del datore di lavoro pubblico, precedentemente e durante la fase di incubazione della riforma, si rinvia a A. Bellavista, *La figura del datore di lavoro pubblico,* Relazione al Congresso Nazionale dell'AIDLASS, Catania, 21-23 maggio 2009 http://www.aidlass.org/attivita/Relazione_Bellavista_2009.pdf; A. Boscati, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa,* in LPA, 2009.1, p. 13 ss. M.V. Ballestrero, "*Modello Fannullone": il lavoratore pubblico secondo la riforma Brunetta,* in *Persone, lavori, famiglie,* a cura di M.V. Ballestrero – G. De Simone, Giappichelli, Torino, 2009, p. 15 ss. L. Zoppoli, *A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale,* in LPA, 2008, p. 1 ss.

[1667] Non è il caso di scomodare l'ampia letteratura comparata sul concetto di governance di stampo soprattutto politologico; si rinvia per tutti a K. Van Kersbergen & F. Van Waarden, '*Governance' as bridge between disciplines: Cross-disciplinary inspiration regarding*

Tale questione focalizza immediatamente il punto che, probabilmente, sul piano dell'ingegneria istituzionale, è il più discutibile e, osservando i primi esiti, il più problematico della riforma: il decreto Brunetta costituisce l'ultimo, in ordine cronologico, dei tentativi di operare una riforma calata dall'alto e pensata centralisticamente[1668], a cui ci si affida, tuttavia, per metabolizzare la differenzazione e il polimorfismo organizzativo e istituzionale delle p.a. italiane.

Una riforma, dunque, che potrebbe essere definita ossimorica: pensata unitariamente e scritta, invece, ricorrendo a tecniche giuridiche che pretendono di preservarne l'applicazione differenziata per gli enti (ormai moltissimi rispetto all'epoca di incubazione del TUPI) dotati di autonomia amministrativa, funzionale, territoriale e istituzionale.

Con il risultato di ingorghi interpretativi già evidenti, di documenti ufficiali, semi ufficiali, delibere, probabili circolari chiarificatrici, tutti rivolti a precisare l'ambito di applicazione di quella o quell'altra disposizione o istituto[1669], con un crescendo di incertezza e confusione che - è facile previsione – sono destinate ad aumentare e/o assestarsi su prassi meramente convenzionali[1670].

Fatto è che le amministrazioni che sono, o si sono chiamate, fuori dall'applicazione delle disposizioni più qualificanti il provvedimento con riguardo al riassetto della governance (i titoli II e III, sulla misurazione della perfomance, e su merito e premi) costituiscono, di già, un numero esorbitante: regioni, EELL, amministrazioni sanitarie, scuole, università, enti di ricerca, istituzioni di alta formazione artistica ecc. (art. 74 comma 4, art. 16). Praticamente integralmente dentro rimangono soltanto le amministrazioni ministeriali (non tutte, per es. la Presidenza del Consiglio: ex art. 74 comma 3) e parastatali, esclusi gli enti di ricerca.

Per tutte le altre amministrazioni è iniziata una sorta di negoziazione istituzionale, non scevra da

---

*shifts in governance and problems of governability, accountability and legitimacy, EJPR,* 2004, 43: 143-171. Per un modello di governance degli EELL si rinvia a L. Bisio, *La "corporate governance" negli Enti Locali,* in *Aziendaitalia,* 2005, 9, p. 581 ss.

[1668] Per rilievi critici a questo approccio si rinvia a B. Caruso – L. Zappalà, *La riforma 'continua' delle pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzare la governance?,* in LPA, 2007, p. 18 ss. Pure M.V. Ballestrero op. cit, p..26 che ritiene tuttavia che l'impianto centralistico originario sia stato comunque attenuato con i correttivi apportati dal decreto n. 150/09, in particolare gli articoli 16 e 31. Rilievi ampiamente critici su eccessi di centralismo e dirigismo legislativo della riforma, in G. Capano, *Come sempre si legifera invece di governare,* in RU, 2009, p. 125 ss. Di accanimento riformatore, a proposito della riforma Brunetta, parla G. Costa, *Cambiamento organizzativo nelle amministrazioni pubbliche,* in RU, 2009, p. 157.

[1669] In riferimento all'applicabilità del d.lgs. n. 150/09 agli Enti Locali, si consultino le Linee guida dell'Anci, emanate in data 4.02.2010. Per le altre amministrazioni pubbliche, si rinvia alle delibere della Civit n.ri 09/2010 e 08/2010, che chiariscono, rispettivamente, l'applicabilità del d.lgs. n. 150/09 alle Università e la nomina degli Organismi indipendenti di valutazione negli Enti previdenziali (INPS). La Circolare n. 1/2010 del DFP ribadisce, invece, che il d.lgs. n. 150/09 non si applica alla Presidenza del Consiglio dei Ministri: sino all'adozione di uno o più dPCM, con i quali si determinino limiti e modalità di applicazione delle disposizioni, anche inderogabili, del decreto, essa resta soggetta al solo obbligo previsto dall'art. 21, c. 1, della legge n. 69/2009.

[1670] È sufficiente un esempio ma se ne potrebbero fare molti: l'art.10, su piano e relazione delle perfomance - norma cruciale intorno a cui ruota l'intero ciclo della gestione perfomance di cui al capo IV- non è espressamente richiamato dall'art. 16 comma 2 che enumera le disposizioni di tale capo cui le regioni e gli EELL devono adeguare i propri ordinamenti (art. 3, 4, 5 comma 2, 7,9 e 15 comma 1). Tale mancato richiamo potrebbe essere stato determinato dalla circostanza che l'approccio programmatorio è un *modus operandi* tipico e normativamente previsto per tali enti. Ma il comma 5 dell'art. 10 prevede, ed è un'assoluta novità, specifiche sanzioni, alcune anche per i dirigenti che risultano aver concorso alla mancata adozione del piano per omissione o inerzia nell'adempimento dei propri compiti (se un'amministrazione decide di non adottare il piano come scelta politica, come si dimostra il concorso del dirigente a tale scelta?); ma sanzioni sono state pure previste per l'ente: il blocco delle assunzioni e l'impossibilità di incarichi di consulenza o di collaborazione comunque denominati. Si pone, allora, il problema se in mancanza di esplicito richiamo operato dall'art. 16, tale disposizione sanzionatoria si applica anche agli EELL e ai dirigenti di tali enti.

attività di lobbying, che ha già prodotto esiti deliberativi che, invece di sciogliere i dubbi sull'ambito di applicazione della legge, rischiano di aumentare la confusione applicativa e predispongono la riforma a rimaneggiamenti interpretativi per opera della giurisprudenza[1671].

Per altro, anomalia nell'anomalia, il compito di una simile *actio finium regundorum* della legge (*rectius* del suo ambito di applicazione alle diverse amministrazioni, con riguardo alla parte più rilevante, il ciclo di gestione della perfomance) se l'è riservato, in via di fatto, la neo istituita Commissione per la valutazione (da ora CiVIT) attraverso le sue delibere interpretative. Tutto ciò senza che la disposizione che la riguarda (l'art. 13 del d.lgs. n.150/50) le riconosca alcuna competenza in materia[1672].

Con buona pace di chi riteneva che, con una riforma pensata e elaborata da altre expertise, e non dai giuristi, i delicati snodi giuridico-istituzionali - che ogni intervento sul lavoro pubblico comporta - fossero dissolti, quasi per magia.

A tale proposito, ed è l'ultimo rilievo generale, la riforma si affida - più che ogni altro intervento in materia di lavoro pubblico operato dopo la stagione di riforme iniziata negli anni '80 - alle capacità taumaturgiche della legge. E ciò, per un legislatore che avrebbe dovuto ispirarsi al credo de regolativo, appare singolare[1673].

Come i primi osservatori non hanno mancato di osservare, alla legge è, infatti, affidata qualcosa in più della naturale funzione regolativa e, cioè, una funzione persino pedagogica.

Uno dei postulati ideologici della riforma[1674] è che proprio laddove il Tupi - con l'eccessiva enfasi sulla triade consenso/sindacato/contratto - ha fallito, la nuova riforma possa sopperire con una regolazione legale in grado di promuovere, obbligare e conformare, ai dettami di un "legislatore onnipotente", i comportamenti di molteplici attori delle p.a. che, come gli studiosi di organizzazione ci dicono, sono sicuramente governate mediante logiche e sistemi complessi.

Una regolazione che dovrebbe essere, in grado di immunizzare gli attori cui è affidato il potere di gestione e la *mission,* in termini di perfomance (la dirigenza manager), dalle tracimazioni di altri attori del sistema: la politica (soprattutto nelle amministrazioni dove giuoca un ruolo diretto) e sindacato (ovunque).

Si potrebbe definire, tale tentativo, un'illusione luhmanniana di semplificazione neo autoritaria della complessità sistemica delle pubbliche amministrazioni.

Appare, infatti, immediatamente evidente la netta torsione impressa al sistema, basato, prima,

---

[1671] Ci si riferisce, in particolare, alla delibera Civit n. 09/2010, che verte sull'applicabilità del d.lgs. n. 150/09 alle Università, ed alle linee guida dell'Anci, sull'applicazione del d.lgs. n. 150/09 negli Enti locali, del 4.02.2010. Supra nt. 7.

[1672] Devo tale considerazione ad una osservazione di Giancarlo Ricci.

[1673] Il legislatore non si è certo ispirato ai canoni liberisti teorizzati di Ludwig von Mises con riguardo al rapporto tra regole e gestione degli apparati pubblici; dell'economista della scuola austriaca utile la lettura della ristampa di *Burocrazia,* Rubettino, ora 2009 (1944), con prefazione di L. Infantino.

[1674] Sui postulati ideologici della riforma oltre al bel saggio di L. Zoppoli *La riforma del lavoro pubblico, cit*., rinvio a B. Caruso, *Le pubbliche amministrazioni tra poteri datoriali e imprenditoriali: chi governa cosa?* Relazione al convegno *Amministrazione e amministrati: come cambiano le regole del lavoro pubblico con la riforma Brunetta,* di prossima pubblicazione, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".

sui tre pilastri a) della contrattualizzazione del rapporto di lavoro (con ruolo preminente se non dominante della fonte contrattuale collettiva), b) della gestione datoriale privatistica e c) della giurisdizione del giudice del lavoro.

Mentre gli ultimi due pilastri non vengono intaccati, il primo viene fortemente destrutturato e indebolito; ciò nella misura in cui la regolamentazione unilaterale, per legge, si fa carico sia di delimitare l'ambito di operatività dell'azione negoziale e di altre attività partecipative del sindacato[1675]; sia di puntellare, di indirizzare e conformare anche il potere di gestione della dirigenza, normalmente autonomo. Il potere della dirigenza finisce per apparire, come si dirà[1676], una sorta di munus pubblico, una sorta di esercizio privato di una pubblica funzione che viene (*rectius* dovrebbe essere) messo al riparo da ingerenze di altri attori.

Nel prosieguo del saggio, si darà conto di questo riassetto della governance (§2) considerando più analiticamente i cambiamenti indotti soltanto su uno dei fondamentali attori del sistema, la dirigenza pubblica; ciò con riguardo a nuovi poteri gestori e alla loro funzionalizzazione (§3), e al processo di differenziazione interna di tale attore, indotto e/o rafforzato dalla riforma (§4); si analizzeranno, infine, le ricadute di tale processo di disarticolazione della dirigenza sulle diverse forme di responsabilità/assoggettamento imputabili (§5), con riguardo a nuove fattispecie di responsabilità dirigenziale (§5.1.) e disciplinare (§5.2.)

## 2. Come cambia la struttura di governance delle pubbliche amministrazioni con la riforma Brunetta.

Uno degli obiettivi strategici dichiarati nel famoso piano industriale[1677] - ora legislativamente realizzato[1678] - per quel che riguarda la governance delle p.a., è una maggiore differenziazione e separazione delle funzioni di indirizzo (programmazione) e di gestione (comando).

---

[1675] Si veda ora la formulazione restrittiva dell'art. 9 del TUPI come modificato dall'art. 36 del d.lgs n. 150/09 in materia di prerogative sindacali; per una prima valutazione delle materie di competenza dei diversi metodi relazionali (informazione, consultazione, concertazione e contrattazione) utile ma un po' impressionistica, l'analisi di L. Olivieri – F. Verbaro, *Riforma Brunetta: più dirigenza meno contrattazione, Il sole 24 ore,* feb. 2010, n. 2.

[1676] *Infra* par. 3 ss, Considerazioni, più a ridosso della legge quadro n. 15/09, in A. Boscati, op. cit., p. 14 ss.

[1677] Il Piano industriale della Pubblica Amministrazione, presentato il 28 maggio 2008 dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, perseguiva la duplice finalità di ottimizzare la produttività del lavoro e di riorganizzare l'amministrazione, attraverso un duplice strumento: la modifica della legge e la predisposizione di misure d'intervento, anche non normative. A tal fine, orientava l'intervento legislativo su cinque direttrici: il riconoscimento del merito; la valutazione, con criteri moderni e trasparenti, dell'operato del personale delle amministrazioni pubbliche; la ridefinizione dei diritti e doveri del dipendente pubblico; la rivalutazione il ruolo e i compiti del dirigente pubblico; l'adeguamento delle amministrazioni, attraverso la contrattazione collettiva e integrativa, ai modelli dell'organizzazione del lavoro ad alta performance. In vista di una riorganizzazione dell'amministrazione, da svilupparsi parallelamente alla riforma del lavoro pubblico, prevedeva, infine, interventi, normativi e non, diretti ad incrementare l'innovazione tecnologica, da svilupparsi lungo i quattro punti principali della mobilità delle funzioni, della qualità (customers' satisfaction), dell'utilizzo ottimale degli immobili, delle sponsorizzazioni e del project financing.

[1678] Il complesso iter di approvazione della riforma del lavoro pubblico ha attraversato diverse tappe: l'approvazione della legge delega 4 marzo 2009 n. 15, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 53 del 5 marzo 2009; la redazione della prima bozza ministeriale del Decreto legislativo, quindi l'intesa e il parere in sede di Conferenza Unificata, con i successivi emendamenti. Infine, il parere in sede di Conferenza Unificata; in ultimo, il parere delle Commissioni Parlamentari di Camera e Senato (Commissione Affari Costituzionali e Commissione Bilancio del Senato, Commissione Bilancio e Commissioni riunite Affari Costituzionali e Lavoro della Camera), e gli emendamenti dopo i pareri delle Commissioni parlamentari. Solo in data 27 Ottobre 2009 è stato approvato il decreto legislativo n. 150 del 2009, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 31 ottobre 2009, n. 254 - Supplemento Ordinario n. 197.

Sull'insieme delle funzioni di indirizzo e gestione si innesta - ora in maniera più chiara e definita - una attività/funzione di controllo/monitoraggio collegata, ma in qualche modo autonoma dalle stesse, ed esercitata da un soggetto terzo; attore, tuttavia, integrato nel sistema di governance interno: l'Organismo indipendente di valutazione che dovrebbe sostituire i vecchi nuclei di valutazione e altri organismi similari[1679].

Questo organismo interagisce con e, in qualche modo, risponde del proprio operato ad un altro organismo - del tutto esterno al sistema di governance delle singole p.a.- cui è assegnata la funzione di controllore del traffico complessivo orientato alla perfomance (la commissione per la valutazione ex art. 13 del d.lgs. n. 150/09)[1680].

Tale ultimo soggetto (sulla cui reale autonomia si gioca il tasso di innovatività reale della riforma), almeno nella mappatura dei poteri e delle attribuzioni formali, appare geneticamente debilitato in ragione di due fattori di debolezza congenita: a) l'incertezza circa il suo ambito di operatività con riguardo all'insieme delle pubbliche amministrazioni e b) la mancanza di strumenti di intervento sanzionatori[1681].

La struttura di governance pensata nel modello ideale della riforma, - fatti salvi gli adattamenti morfologici in ragione del polimoformismo organizzativo delle diverse p.a. - è, dunque, costituita dall'insieme composito dei soggetti indicati dall'art. 12 del d.lgs n.150/09[1682].

Tale assetto è stato costruito pensando alle amministrazioni ministeriali e a ridosso (su misura quasi) della funzione di misurazione e valutazione della perfomance (Titolo II)[1683]. La costellazione

---

[1679] Con riferimento alla situazione pregressa nelle diverse amministrazioni ed alla querelle interpretativa sorta sull'applicazione del decreto negli EELL si rinvia a Ricci G., *L'applicazione della riforma negli enti territoriali e nelle amministrazioni autonome,* Relazione al convegno *Amministrazione e amministrati: come cambiano le regole del lavoro pubblico con la riforma Brunetta,* di prossima pubblicazione WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".

[1680] La Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CiVIT) è un organo collegiale, composto da cinque membri, scelti tra esperti di elevata professionalità, che opera, in piena autonomia ed in posizione di indipendenza di valutazione, in collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri - dipartimento della funzione pubblica – e con il Ministero dell'economia e delle finanze - dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato. La sua principale funzione consiste nell'indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione e garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione: a tal fine, indirizza, coordina e sovrintende all'esercizio delle funzioni di valutazione da parte degli Organismi indipendenti, di cui all'art. 14, e le altre Agenzie di valutazione. È, altresì, chiamata ad assicurare la trasparenza dei risultati conseguiti dalle singole amministrazioni, vigilando sulla comparabilità e sulla visibilità degli indici di andamento gestionale.

[1681] Sul punto, si richiama la delibera n. 9/2010 in tema di applicabilità del decreto legislativo n. 150/09 alle Università. Sulle incertezze dei poteri sanzionatori della Civit si rinvia a L. Zappalà, *Le amministrazioni "valutate sul serio": soggetti e procedure del ciclo di gestione della performance*, Relazione al convegno *Amministrazione e amministrati: come cambiano le regole del lavoro pubblico con la riforma Brunetta,* di prossima pubblicazione WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".

[1682] In tal senso si vedano le *Istruzioni per l'uso* sul decreto legislativo n. 150/09 emanate dal Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione il 10.12.2009, p. 19 ss.

[1683] Sull'esplicazione del concetto di perfomance, termine che ricorre ossessivamente nel decreto (più di 90 volte), si rinvia alle citate *Istruzioni per l'uso,* ministeriali, p. 10 ss. La perfomance viene definita, con circonlocuzione esplicativa dal vago sentore tautologico, non come la versione inglese del "rendimento" o della "produttività" ma "come concetto che rappresenta il passaggio fondamentale dalla logica dei mezzi a quello di risultato. La produttività è collegata all'efficienza, la perfomance è collegata ad un insieme (efficienza, efficacia, economicità e competenze)". Tutti pensavamo che anche il precedente sistema fosse ispirato alla logica del risultato e non dei mezzi, evidentemente ci si era sbagliati… La vera novità della riforma, per questo aspetto, sta allora probabilmente nell'uso, *a la page* di un termine del vocabolario inglese innervato nella lingua utilizzata dal legislatore italiano e, attraverso tale medium, temiamo, anche nel linguaggio che verrà utilizzato della burocrazia e dalle amministrazioni; a questo punto a pare davvero candido il tentativo di A. Fiorito di fornire un qualche criterio di razionalità comunicativa a tale linguaggio; si veda il suo *Manuale di stile dei documenti amministrativi,* il Mulino, Bologna, 2009.

dei soggetti prefigura la proiezione soggettiva dell'attività funzionalizzata alla perfomance: gli attori deputati al suo perseguimento.

È evidente, infatti, che intorno all'opaco e ricorrente termine perfomance, si opera una sintesi della costellazione di attori, ruoli e funzioni - la governance pubblica separata dalla funzione di governo - che abbraccia tutte le attività delle p.a. che implicano riflessi sia sull'organizzazione del lavoro, e la relativa catena di comando, sia sull'organizzazione amministrativa[1684].

In sintesi il nuovo assetto è dato da:

i) due organismi di controllo, monitoraggio, supporto e "accompagnamento" del funzionamento complessivo del sistema[1685]: a) uno esterno, la Commissione per la valutazione con compiti di indirizzare, coordinare e sovraintendere alla funzione di valutazione; b) per le amministrazioni tenute ad istituirli (e non è affatto chiaro quali siano) [1686], gli organismi indipendenti di valutazione che operano dall'interno, ma non partecipano alla gestione né all'indirizzo; essi sono collocati in posizione di indipendenza dal vertice politico amministrativo[1687] - pur se nominati dallo stesso - per garantire il buon esercizio delle funzioni di governo attivo[1688], attraverso una attività di garanti del funzionamento del sistema in posizione di "cooperazione continua" con chi gestisce (la dirigenza manager) e chi programma e indirizza (l'organo politico amministrativo)[1689].

ii) Un organo di indirizzo e programmazione (corrispondente al CDA dell'impresa privata) la cui attività viene meglio precisata su basi di concreta e non astratta, o effimera e volatile, programmazione: l'art. 15 comma 2[1690], che individua le responsabilità dell'organo di indirizzo politico

---

[1684] A. Viscomi, *Il sistema di valutazione delle performance delle strutture, della dirigenza e del personale nella riforma della pubblica amministrazione*, in U. Carabelli, M.T. Carinci, (a cura di), Il lavoro pubblico in Italia, op. cit., p. 107

[1685] *Istruzioni per l'uso,* p. 12 (art. 14, comma 4, lettera a) del decreto legislativo).

[1686] Certamente i ministeri e gli Enti Pubblici nazionali che già vi stanno provvedendo: si vedano le delibere tutte con parere favorevole pubblicate nel sito della CiVIT (delibere n. 13-32). Sicuramente non l'Università (delibera n. 9 della CiVIT), né la scuola stante il tenore dell'art. 74 comma 4. Incertezza permane per ciò che concerne gli EELL, le regioni e le aziende sanitarie. Sull'argomento si rinvia a Ricci G., *L'applicazione della riforma negli enti territoriali e nelle amministrazioni autonome, cit.,* di prossima pubblicazione WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Secondo la CiVIT, delibera n. 37/2010, per gli Enti di ricerca, al contrario delle università, essendo questi espressamente menzionati, si applica l'art. 14 sulla costituzione dell'OIV per quel che concerne l'attività del personale amministrativo, valendo l'esclusione solo per il personale tecnologo e ricercatore per il quale l'art. 74 comma 4 subordina l'applicazione dei titoli II e III all'adozione di un dpcm; ai ricercatori e ai tecnologi, per altro, (una vera perla!), la funzione di misurazione e valutazione si applica limitatamente alle attività amministrative e di gestione (la presentazione di un progetto di ricerca europeo è attività di ricerca non valutabile dall'OIV o attività amministrativa valutabile?).

[1687] In varie disposizioni del decreto c'è un tentativo di garantire l'indipendenza degli organi sia dalla politica sia dal sindacato sancendo specifiche forme di incompatibilità con incarichi politico-sindacali attuali e pregressi (entro un certo limite temporale): vale per i componenti della la CiVIT art. 13 comma 3 seconda parte; per i componenti degli OIV: art. 14 comma 8; ma pure per l'Aran, sia per il Presidente art. 46 Tupi comma 6 come modificato dall'art. 58 comma 1 lett. a) d.lgs. n. 150/09; sia per i membri del collegio di indirizzo e controllo comma 7 bis . La garanzia di indipendenza dalla politica e dal sindacato viene estesa, con una specifica disposizione sulla incompatibilità, anche alla dirigenza che gestisce personale: nuovo comma 1 bis dell'art. 53 del TUPI introdotto dall'art. 52 comma 1 lett a.)

[1688] E realizzare in tal modo il principio costituzionale del buon andamento, rendendo effettivi i diritti dei cittadini: cfr. F. Bassanini *op. loc. cit*. Sulla proiezione sovranazionale del principio di "buona amministrazione" si rinvia a G. Della Canea, *Al di là dei confini statuali, Principi generali del diritto pubblico globale,* il Mulino, Bologna, p. 91 ss.

[1689] *Istruzione per l'uso,* cit. p. 13: "Dirigenza e OIV non lavorano…a compartimenti stagni, anzi, prefigurano una cooperazione continua tra questi attori, concentrata nella corresponsabilità nel monitoraggio della perfomance"

[1690] Ai sensi dell'art. 15, comma secondo, del d.lgs. n. 150/09, l'organo d'indirizzo politico – amministrativo di ciascuna amministrazione emana le direttive generali contenenti gli indirizzi strategici; definisce, in collaborazione con i vertici dell'amministrazione, il

amministrativo va, infatti, letto in combinato disposto con l'art. 5 su obiettivi e indicatori e loro caratteristiche[1691].

iii) i "dirigenti di ciascuna amministrazione" indicati genericamente, cui è attribuita la funzione manageriale, ma sottoposti, come si dirà, ad un ulteriore processo di differenziazione interna in ragione di una accentuata diversificazione di poteri e responsabilità (si accentua la struttura duale, Giano Bifronte, della dirigenza: controllore/controllato, manager/lavoratore subordinato).

Con riguardo all'organo di indirizzo, che è in qualche modo distinto dal "vertice dell'amministrazione"[1692], il decreto lo definisce, ormai, come *organo di indirizzo politico amministrativo* e non come mero *organo di indirizzo politico* (tranne che all'art. 37 del d.lgs n. 150/09[1693] ove, probabilmente, per ragioni di mancato coordinamento con la prima parte si fa riferimento ad organi di governo). I poteri/responsabilità di tale soggetto sono enunciati nell'art. 15[1694].

La distinzione potrebbe apparire sottile, se non addirittura di lana caprina, sulla base di una lettura meramente formale e letterale delle disposizioni. Tale differenza di enunciati va, invece, probabilmente valorizzata in sede di interpretazione sistematica e teleologica.

La distinzione tra organo di semplice indirizzo politico e organo di indirizzo politico amministrativo, ricorre, per altro, spesso e a ragione nel d.lgs. 286/99, mentre non ricorre mai nel TUPI, dove si fa riferimento genericamente ad organi di governo che esercitano tale funzione.

È probabile, dunque, che, sebbene con scarsa consapevolezza sistematica, il legislatore delegato abbia intuito che la funzione di indirizzo e programmazione - separata dall'attività di controllo e monitoraggio di pertinenza di organismi "terzi"[1695] - affidata alla politica e regolata compiutamente nel decreto, debba svolgersi con un più marcato connotato tecnico (il riferimento al binomio politico *amministrativo)*.

---

Piano e la Relazione di cui all'articolo 10, comma 1, lettere a) e b); verifica il conseguimento effettivo degli obiettivi strategici; definisce il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità di cui all'articolo 11, nonché gli eventuali aggiornamenti annuali.

[1691] Sulle caratteristiche degli obiettivi previsti dall'art. 5 del d.lgs. n. 150 (specifici, sfidanti, rilevanti, pertinenti, misurabili e via aggettivando), nel complessivo ciclo della perfomance, si rinvia a S. Battini e B. Cimino, *La valutazione della perfomance nella riforma Brunetta,* in *Ideologia e tecnica, cit.* p. 259.

[1692] Argomento che si desume dalla lettura dell'art. 15, comma 2, lett, *b),* del d.lgs. n. 150/09, ai sensi del quale *l'organo di indirizzo politico-amministrativo di ciascuna amministrazione definisce in collaborazione con i vertici dell'amministrazione il Piano e la Relazione di cui all'articolo 10, comma 1, lettere a) e b).*

[1693] Si tratta della norma di apertura del capo II del titolo IV dedicato alla dirigenza pubblica "Le disposizioni del presente capo modificano la disciplina della *dirigenza pubblica* per (…) rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli *organi di governo* e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia, regolando il rapporto tra *organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali* in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico in ambito amministrativo"

[1694] L'art. 15 del d.lgs. n. 150/09, nel suo primo comma, dispone che l'organo d'indirizzo politico-amministrativo promuove la cultura della responsabilità per il miglioramento della performance, del merito, della trasparenza e dell'integrità. Nel suo secondo comma, ne elenca le funzioni, ravvisandole nell'emanazione delle direttive generali contenenti gli indirizzi strategici; nella definizione, in collaborazione con i vertici dell'amministrazione, del Piano e la Relazione di cui all'articolo 10, comma 1, lettere a) e b); nella verifica del conseguimento effettivo degli obiettivi strategici; nella definizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità di cui all'articolo 11, nonchè degli eventuali aggiornamenti annuali.

[1695] La riforma per questo punto si ispira alla analisi di uno dei suoi tecnici oggi membro della CIVIT, cfr. L. Hinna, *Pubbliche amministrazioni: cambiamenti di scenario e strumenti di controllo interno,* Cedam, Padova, 2002.

Si tratterebbe, in tal caso, della programmazione strategica e dell'attuazione del programma politico, secondo linee di indirizzo e obiettivi chiari e distinti nei mezzi e nei risultati, che devono ispirarsi alle direttive/principi vincolanti, del merito e della trasparenza. Un'attività sicuramente ed inestricabilmente intrecciata con l'attività di governo politico, ma che in qualche modo se ne distingue per il più accentuato profilo tecnico.

Dove conduce questa lettura sistematica della norma sull'organo di indirizzo che ne esalta le funzioni non solo di indirizzo politico ma anche di programmazione tecnica?

È presto detto: nei modi che dovranno essere specificati nei diversi contesti e nelle diverse p.a., l'organo di indirizzo politico amministrativo, per quel che concerne l'attività di programmazione collegata alla gestione, non potrà avere soltanto un connotato politico e una funzione di governo, ma anche un connotato di carattere tecnico amministrativo.

E ciò non soltanto in ragione della funzione, ma anche nell'organizzazione, vale a dire nella sua composizione: appare evidente che l'organo di indirizzo politico amministrativo è tale perché si avvale della stretta e diretta collaborazione, anche nella funzione di pianificazione strategica, del vertice amministrativo a componente più fiduciaria[1696]; nei comuni per esempio del direttore generale e del segretario comunale, almeno fino a quando questi due organi rimarranno separati[1697]; dei direttori generali nelle regioni e nelle amministrazioni sanitarie; dei segretari dei ministeri ecc.

Questa lettura rafforza l'idea, rendendola non solo concreta, ma anche giuridicamente e non solo politicamente vincolante, che la traduzione in obiettivi specifici, concreti e chiari del programma politico elettorale, quantificati tramite gli indicatori del controllo di gestione, valutati dai soggetti che partecipano di tale funzione e controllati dall'organismo indipendente, non è un mero atto affidato alla volatilità della politica, ma deve essere preso sul serio, essendo giuridicamente obbligatoria.

Tale funzione presuppone, infatti, nelle p.a., un'attività che si può definire non solo politica, ma di alta amministrazione, per altro, scandita in specifici contenuti e fasi temporali regolati dalla legge.

## 3. La dirigenza nella nuova governance pubblica: i nuovi poteri "normati".

In questo quadro, il ruolo gestionale della dirigenza viene ulteriormente esaltato e rafforzato. Nella misura in cui i poteri e le prerogative attribuiti vengono regolati e indirizzati per legge[1698] si

---

[1696] Pare corretto, comunque, il rilievo di A. Boscati, op. loc. cit., p. 30, che il legislatore ha perso una ulteriore occasione per sciogliere la ambivalenza sia funzionale sia strutturale, rimarcandone meglio i contorni, tra dirigenza fiduciaria e dirigenza professionale.

[1697] Il legislatore ha accelerato l'iter che porterà alla soppressione della figura del direttore generale negli EELL con il comma 2 dell'art. 1 del D.L. 25 gennaio 2010, n. 2 convertito in legge 26/3/2010 n. 42, stabilendo che le disposizioni di cui ai commi 184, 185 e 186 dell'articolo 2 della legge 23 dicembre 2009, n. 191, e successive modificazioni, si applicano a decorrere dal 2011 ai singoli enti per i quali ha luogo il rinnovo del rispettivo consiglio, con efficacia dalla data del medesimo rinnovo. La lett. d) del comma 186 dell'art. 2 della l. finanziaria 2010 prevede, appunto, la soppressione della figura del direttore generale.

[1698] Ricorrendo ad una iperbole retorica supra al § 1 si è fatto riferimento alla figura giuridica del munus, non in senso tecnico-giuridico ma per descrivere la cornice legale che circonda l'esercizio dei poteri dirigenziali, che vengono fortemente funzionalizzati (amplius in testo).

vuole che essi non siano più contaminabili, in teoria almeno, né dalla tracimazioni della politica, né dalle tracimazioni sindacali: in tal senso il nuovo quadro normativo è, quanto mai, chiaro e non lascia più possibilità di equivoci attuativi[1699].

La "immunizzazione" della dirigenza pubblica, nel suo concreto gestire, deriva dalla scelta di inserirne poteri, funzioni e responsabilità in una struttura normativa "di ferro" che, attraverso il suggello della inderogabilità unilaterale da parte della fonte contrattuale[1700], diventa obbligatoria, in larga misura uniforme per tutte le p.a. e inossidabile nel tempo. Si potrebbe dire, con una sorta di gustoso paradosso, che il dirigente viene costretto dalla legge ad essere "libero" o almeno ad aspirare alla libertà[1701].

Si potrebbe, pertanto, affermare che - con riguardo ai poteri dei dirigenti - il decreto n.150/09, si pone in termini, di conferma, rafforzamento ed esplicitazione di quel che vi era *in nuce*, ma "mal o insufficientemente realizzato", nel vecchio TUPI.

Mentre il regista del TUPI, illuministicamente e ottimisticamente, lasciava l'esercizio di poteri e funzioni dirigenziali, astrattamente previsti, alla capacità e alla buona volontà degli attori coinvolti (politica, sindacati, dirigenza)[1702], il legislatore delegato, oggi, non si fida più delle loro prassi e decide di imporre il percorso gestionale, e i concreti comportamenti, per legge.

Per cui un ulteriore tratto ossimorico della legge: il dirigente è ad un tempo più libero e più vincolato; più astrattamente libero dalle tracimazioni di altri attori, ma più vincolato dalla legge.

Con la riforma, infatti, aumenta l'autonomia gestionale della dirigenza per quel che concerne la così dette risorse umane. Egli sarà (o dovrebbe essere) immunizzato dai vincoli e dalle intrusioni della politica e dei sindacati, ma dovrà anche fare ovviamente a meno dei comodi alibi - in termini di deresponsabilizzazione - che tali intrusioni finivano per costituire nel pregresso sistema.

Si vuole, infatti, che la dirigenza che gestisce il personale (a norma degli articoli 16 e 17 tutta la dirigenza tranne quella in posizione di staff) sia soggettivamente pure immune dalla cultura (oltre che dalla prassi) politico-sindacale: lo si fa sancendo una specifica e nuova forma di incompatibilità[1703].

---

[1699] Il decreto delegato 'contiene' l'intervento delle organizzazioni sindacali nell'attività di gestione entro limiti ben stretti: in particolare, pienamente auto esplicative sono le norme del TUPI contenute negli articoli 5, c. 2 - comma sostituito dall'art. 34, c. 1, lett. a) d.lgs. n. 150/09 – e nell'art. 9, sostituito dall'art. 36, c. 1, d.lgs. n. 150/09. L'autoesplicatività delle norme non le mette, ovviamente, al riparo da prassi che possono essere difformi e contrarie, come del resto avvenuto in vigenza del TUPI.

[1700] Si confrontino i commi 2, 3 e 3–bis dell'art. 2 TUPI, modificati rispettivamente dall'art. 1, c. 1, della legge n. 15/2009, e dall'art. 33, comma 1, lett. a), b) e c) del d.lgs. n. 150/09; e l'art. 40, c. 1 TUPI, comma sostituito dall'art. 54, comma 1, d.lgs. n. 150/09.

[1701] Per capire quanto differisca tale configurazione del dirigente pubblico dal manager privato basta scorrere le chiare pagine di von Mises, *Burocrazia*, cit. p. 70 riguardanti la gestione nell'impresa: "I singoli direttori possono aver una certa qual libertà nell'amministrazione degli affari «interni» dei loro settori. L'unica direttiva che l'amministratore impartisce agli uomini ai quali affida la gestione dei diversi comparti e servizi è la seguente: realizzare il maggior profitto possibile. E l'esame della contabilità gli mostra con quale successo o insuccesso costoro hanno seguito la sua direttiva".

[1702] Per una valutazione a ritroso del complessivo impianto del TUPI alla luce della sua storia interna, si rinvia a B. Caruso, *La storia interna della riforma del P.I.: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi,* in *LPA,* 2001, pp. 973-996

[1703] Il nuovo comma 1-bis dell'art. 53 TUPI, inserito dall'art. 52, comma 1, lett. a), del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, testualmente recita che "*non possono essere conferiti incarichi di direzione di strutture deputate alla gestione del personale a soggetti che rivestano o abbiano rivestito negli ultimi due anni cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali o che abbiano avuto negli ultimi due anni rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le predette organizzazioni*".

Indubbiamente la disposizione è positiva nella misura in cui impedisce, sul piano formale, il disdicevole spettacolo di dirigenti datori di lavoro, di mattina, nell'ordinaria gestione della funzione, e accaniti e "duri" sindacalisti di pomeriggio al tavolo di delegazione trattante per la contrattazione integrativa della dirigenza (in tal caso più che la mitologia di Giano bisognerebbe richiamare lo sdoppiamento di personalità narrata da Stevenson).

Ma la disposizione, ovviamente, in sé considerata, non mette al riparo da infiltrazioni culturali nel senso della subordinazione alla politica e al sindacato, ovvero da prassi concrete di deresponsabilizzazione e subordinazione a tali attori che ovviamente hanno ben altre radici e cause che non la militanza sindacale o l'afferenza politica, presente o pregressa.

Se poi il dirigente gestisce male, se non saprà valutare, differenziare meritocraticamente, distinguere "tra buoni e cattivi", pagherà, o dovrebbe pagare (il condizionale è sempre d'obbligo nelle amministrazioni pubbliche), anche pesantemente in ragione di un rinnovato regime di responsabilità che ne accentua la posizione di controllore/ controllato (infra § 5 ss).

Soprattutto nella gestione operativa del personale il dirigente si libera dalla soffocante e invasiva presenza del sindacato (nella visione del legislatore, dal suo "alito pesante"); attore[1704] che viene relegato in un angolo e sottoposto a vincoli di movimento molto stretti e risicati, se non per quanto riguarda l'organizzazione, sicuramente per l'attività[1705]. Ciò nella misura in cui se ne delimita l'ambito di azione negoziale ma si restringono anche le materie oggetto di prassi diverse dalla negoziazione.

Il dirigente recupera autonomia nei confronti del sindacato, non solo con riguardo agli atti che si inseriscono nel ciclo di gestione della perfomance e che riguardano la macrorganizzaione. Scelta questa, condivisibile[1706] perché si tratta di atti, tutti riconducibili a poteri privati unilaterali dell'imprenditore di tipo organizzatorio e indebitamente contaminati dalla tracimazione sindacale spesso favorita da modelli organizzativi consensualistici imposti dalla politica[1707].

Ma la dirigenza recupera autonomia gestionale nei confronti del sindacato anche su tutto quello

---

[1704] Nelle p.a. il sindacato è un attore collettivo, ma agisce anche nella logica della autotutela dei microinteressi di centinaia di sindacalisti, dipendenti pubblici in regime di permesso o aspettativa; la logica di azione di costoro è ispirata sia alla tutela dell'interesse dell'organizzazione per sé, ma anche alla tutela di personali e meno nobili interessi di natura clientelare. È questa una realtà di cui occorre laicamente prendere atto e che si giustappone a quella di altri funzionari e sindacalisti che interpretano ruolo e funzione in modo del tutto legittimo e ragionevole. Per tale ragione sembra eccessivamente "romantico" l'approccio critico alla riforma, in chiave di riduzione di "conflitto di lavoro", operato da M.V. Ballestrero, op. loc. cit.

[1705] Supra nt. 9; non è un caso che siano rimaste invariate le norme del TUPI che regolano i diritti e le prerogative dei sindacati nei luoghi di lavoro, art. 42, e le disposizioni sulla rappresentatività sindacale ai fini della contrattazione collettiva, art. 43, ancorché sui permessi sindacali una leggera sforbiciatura era stata promessa più che operata dall'art 46 bis della l. n.133/08. Voci, ovviamente non controllabili, spiegano la tiepida opposizione di una parte delle OOSS al decreto Brunetta, che si fa carico di ridurre il ruolo negoziale e partecipativo del sindacato, con la spada di Damocle della revisione dei distacchi, delle aspettative e dei permessi sindacali di cui alla citata disposizione.

[1706] In tal senso F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009,* in LPA, 2009, 6, p. 949; si v. pure sulla l. n.15, S. Battini, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?,* in GDA, 2009, 5, p. 475 ss.

[1707] Si rinvia a R. Ruffini, *Governance delle risorse umane. I modelli di direzione delle risorse umane negli Enti locali: primi risultati di una ricerca FORMEZ,* in RU, 2006, marzo aprile, p. 36, ove la individuazione di quattro modelli idealtipici di gestione delle risorse umane (del regolatore amministrativo, del gestore del consenso interno, del supporto delle strategie, dell'agente di cambiamento e di sviluppo organizzativo), che nella prassi possono presentare interferenze e reciproche contaminazioni.

che si può definire micro organizzazione, sulla organizzazione del lavoro[1708] e persino sulla materia elettiva delle negoziazione: quantum e modalità di erogazione della retribuzione di merito e di produttività[1709], ormai regolati per legge e gestiti dal dirigente[1710].

Per quanto riguarda la maggiore autonomia gestionale della dirigenza nei confronti dell'altro grande "tracimatore", la politica, tale proponimento, oltre che nella legge di delega, e affermato nell'incipit del capo II del titolo IV dedicato alla riforma della dirigenza (l'articolo 37 del d.lgs. n.150/09), che costituisce una sorta di norma principio[1711].

Essa ribadisce ed esplicita quel che era solo un presupposto nel precedente sistema; e cioè che la gestione delle risorse umane rientra nell'alveo dei poteri dirigenziali[1712].

Il legislatore delegato si è convinto che l'attività di *filibusting* della politica, su questa prerogativa dirigenziale, sia stata eccessiva (nel sistema pregresso era sufficiente presentare in forma di direttiva l'atto di gestione del personale, per costringere il dirigente ad uniformarsi).

Viene, pertanto, specificato e formalizzato, quel che nel TUPI, vecchia versione, poteva essere considerato una sorta di potere diffuso o implicito: vale a dire il potere/dovere del dirigente di valutare il personale assegnato ai propri uffici[1713].

Ciò anche in ragione della nuova struttura, premiante e incentivante sia delle retribuzioni, sia delle progressioni verticali e orizzontali[1714]; poteri di selezione per intero affidati alla dirigenza. Tutto ciò implica ovviamente che il sistema di valutazione sia esteso obbligatoriamente anche al personale di comparto.

La formale valutazione dei dipendenti diventa, infatti, obbligatoria e affidata alla dirigenza che

---

[1708] Sulla distinzione tra macro, micro organizzazione amministrativa e atti riferiti all'organizzazione del lavoro, la situazione rimane immutata rispetto all'assetto precedente, si rinvia ad A. Boscati op. cit.

[1709] Il sistema di merito e premi è, difatti, gestito dalla dirigenza. Si richiama in proposito il capo II, del Titolo II, d.lgs. n. 150/09 (artt. 4 e ss.), interamente dedicato al ciclo di gestione della performance. Sul tale ciclo, con riguardo agli aspetti premiali, si rinvia a Lo Faro A., *Misurazione e valorizzazione del merito nel rapporto di lavoro*, Relazione al convegno Amministrazione e amministrati: come cambiano le regole del lavoro pubblico con la riforma Brunetta, di prossima pubblicazione WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Adde, R. Santucci – P. Monda, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa,* in Ideologia e tecnica, cit., p. 265 ss; U. Gargiulo, *La promozione della meritocrazia,* in Ideologia e tecnica, cit., p. 355 ss.

[1710] Si veda l'art. 45 comma 1 e 3 del TUPI come modificato dall'art. 57 comma 1 lett. a) e b) del d.lgs n. 150/09, ove la determinazione del trattamento economico fondamentale e accessorio dei dipendenti pubblici è definito dai contratti collettivi nei limiti e fatte salve le disposizioni di legge espressamente richiamate. Sui vincoli al sistema di contrattazione collettiva, sia di comparto, sia integrativa, si rinvia, ad A. Viscomi, *La contrattazione collettiva nazionale,* in *Ideologia e tecnica,* cit., p. 41 ss.; G. Natullo – P. Saracini, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa,* ibidem, p. 61. V. Talamo, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico,* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 96/2010. A. Alaimo, *Contrattazione collettiva e trattamento economico dei dipendenti pubblici tra vincoli procedurali, finanziari e di scopo,* di prossima pubblicazione WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".

[1711] Una indagine della Commissione europea basata su indicatori dell'OECD ci dice che l'Italia, tra i paesi europei, è quello ove si registra il livello più alto di ingerenza della politica su amministrazioni e servizi pubblici e, quindi, il minor grado di indipendenza; i dati riportati in M.L. D'Autilia e N. Zamaro, *Forme organizzative e impiegati pubblici nell'epoca delle riforme amministrative,* in *Il lavoro pubblico tra cambiamento e inerzie organizzative,* a cura di M. L. D'Autilia, R. Ruffini, N. Zamaro, Bruno Mondadori, 2009, 2.

[1712] Si veda il nuovo articolo 5 comma 2, seconda parte del TUPI come modificato dall'art. 33 comma 1 lett. a del d.lgs. n.15/09.

[1713] In materia di valutazione della dirigenza, si confrontino le disposizioni del TUPI contenute negli articoli 17, c. 1, lett. e-bis) TUPI, lettera inserita dall'art. 39, c. 1, lett. c) del d.lgs. n. 150/09; art. 52, c. 1-bis, comma inserito dall'art. 62, comma 1, d.lgs. n. 150/09; artt. 55-quater, comma 2 e 55-sexies, comma 2, inseriti dall'art. 69, comma 1, d.lgs. n. 150/09.

[1714] Si rinvia a V. Luciani, *Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni di carriera,* in Ideologia e tencnica, cit., p. 329 ss.

sarà a sua volta valutata (dalla dirigenza apicale) anche per il modo in cui eserciterà tale funzione. L'efficienza del sistema è (dovrebbe essere) monitorato proattivamente dall'OIV con funzioni, rilevanti almeno sulla carta, di collaborazione e controllo. Fin dove si spinga questa funzione (il cattivo esercizio della funzione di valutazione ai diversi livelli può essere corretta autonomamente dall'OIV?) non risulta chiaro dai disposti normativi : nelle maglie dell'incertezza normativa si può inserire una proficua attività regolativa da parte degli dotati di autonomia regolamentare[1715].

La garanzia di efficacia efficienza di tale funzione di controllo è affidata alla autorevolezza dei componenti dell'OIV su cui la CiVIT dovrebbe esercitare uno stretto controllo. Qui il condizionale è davvero d'obbligo e sfuma nel giudizio negativo, qualora si vadano a spulciare alcune delle prime delibere CiVIT, ove si esprime il parere favorevole, fino ad oggi costante e standard, sui vari componenti[1716].

Si rafforza, pure, il potere del dirigente all'interno dell'organizzazione amministrativa dell'ente con riguardo all'esercizio del potere disciplinare. Si allarga il suo ruolo di "giudice domestico" con la previsione della possibilità di gestione pienamente autonoma del procedimento disciplinare (dalla contestazione sino alla comminazione della sanzione, passando per la gestione del procedimento) per le infrazioni che comportano sanzioni sino a 10 gg di sospensione (prima il dirigente era dominus del procedimento per le infrazioni punibili soltanto con il rimprovero verbale e scritto[1717]).

Tale rafforzamento delle prerogative di gestione del personale in favore della dirigenza viene poi ulteriormente specificato, e in qualche modo esteso, per tutta la dirigenza - (generale e non) - anche alla attività di programmazione del fabbisogno del personale e di dimensionamento dell'assetto degli organici[1718] Ciò implica che il dirigente, anche se a diverso titolo in ragione della differenziazione interna[1719], deve essere coinvolto in tutto ciò che riguarda i contingenti di personale e le politiche di organico: dalle assunzioni flessibili e non, alle politiche delle carriere, alla mobilità

---

[1715] Su chi valuta chi e cosa, dopo la legge di riforma il dibattito è in pieno svolgimento: si v. Battini B. Cimino, *La valutazione della perfomance,* in *Ideologia e tecnica, cit.*; R. Mercurio – V. Esposito, *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso dell'organizzazione,* in Ideologia e tecnica, cit.; G. Nicosia, *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della "misurazione" e "valutazione" individuale,* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT cit.; L. Zappalà, *Le amministrazioni "valutate sul serio": soggetti e procedure del ciclo di gestione della perfomance,* di prossima pubblicazione WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .

[1716] Sarebbe interessante procedere ad un'analisi accurata in termini di raffronto tra i criteri astratti richiesti dalla CiVIT e formalizzati nella delibera n. 08/2010 e le delibere di parere favorevole sulle scelte effettuate dalle singole amministrazioni. Mentre si scrive si può solo notare che tutte le delibere pubblicate nel sito della Civit http://www.civit.it/?p=657 al 18/4/2010, 8 per i ministeri e 14 per enti pubblici nazionali, esprimono parere favorevole alla designazione con formula discretamente standard e che, tra i profili indicati come idoneativi, si legge spesso che "la partecipazione a commissioni garantisce la conoscenza informatica" (in che modo???); per non citare la motivazione relativa al curriculum di un componente i cui requisiti si limitano alla laurea in economia e commercio; a 5 anni di attività libero professionale quale commercialista e revisore contabile, ad una asserita esperienza in materia di selezione di personale e alle risultanze di un positivo colloquio: Delibera n. 28/2010 Parco nazionale gran paradiso.

[1717] Art. 55 bis primo comma del TUPI introdotto dall'art. 69 comma 1 del d.lgs. n. 150/09. Si rinvia, per una più ampia trattazione, a F. Borgogelli, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico,* in *Ideologia e tecnica, cit.,* p. 422 e ss.

[1718] Art. 16, c. 1, lett. a), TUPI - inserita dall'art. 38, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 150/09 - ed art. 17, c. 1, lett. d-bis), TUPI, inserita dall'art. 39, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 150/09. Dalla lettura congiunta di queste due norme emerge l'attività della dirigenza, di livello generale e non generale in materia di organici, che, rispettivamente, *propone* e *concorre* ad individuare le risorse ed i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio. Ove appare evidente la diversa dislocazione di potere gestorio, in materia, tra l'uno e l'altro livello della dirigenza.

[1719] Infra § 4

ecc.

È evidente, tuttavia, che la nuova conformazione gerarchico piramidale della governance, dove accanto all'organo di indirizzo politico operano pure - non meglio definiti - vertici dell'amministrazione (super dirigenti esterni, direttori generali, direttori amministrativi, semplici dirigenti di prima fascia ecc.), limiterà di fatto i poteri della dirigenza bassa che deve rispondere direttamente, nell'esercizio di questo potere, ai vertici dirigenziali (il vero manager).

È il vertice della nuova piramide dirigenziale che, di fatto, tenderà a monopolizzare, i poteri di gestione del personale, in diretto collegamento con l'organo politico, compartecipando in tal modo alla funzione di indirizzo politico amministrativo (la programmazione del fabbisogno e delle politiche di avanzamento).

Ma l'autonomia della dirigenza dalla politica viene ulteriormente rafforzata indebolendo il sistema di spoils system in conformità ai dettami della Corte costituzionale.

Si è in tal caso al punto di approdo, in termini di quasi spegnimento, di quella vera e propria meteora che è stato il sistema di spoils system all'italiana. Così detto perché tale tecnicamente non è mai stato, se si guarda a come funziona nel territorio luogo della sua genesi, il sistema di governo americano[1720].

L'estintore, ovviamente, lo ha utilizzato la Corte Costituzionale con le sue note sentenze[1721]. Il governo in veste di legislatore ne ha dovuto prendere atto adeguandosi, così come aveva già dichiarato di fare già il Parlamento nella legge di delega.

Dello spoils system all'italiana, dopo il decreto n.150/09, rimane solo un esangue ricordo, perché esso era già pallido di suo[1722]. Nella nuova formulazione del comma 8 dell'art. 19 del TUPI la decadenza automatica, nella dirigenza statale, è limitata solo agli incarichi di Segretario generale e

---

[1720] Sull'origine storica dello spoils system nazionale negli USA, il classico J. Parton, *The Beginning of the "Spoils" System in the National Government, 1829-30*, Paperback, Cornell Univerity library digital, collection, 1881.

[1721] La sequenza di pronunciamenti della Corte cost., mirati a fissare entro una cornice di limiti e garanzie il sistema di conferimento e revoca degli incarichi, riducendo la discrezionalità della politica, costituisce una sorta di crescendo rossiniano; dopo la discussa, perché ritenuta timida, sentenza n.233/06, la radicale indicazione di rotta con le due sentenze n. 103 e 104/07 che costituiscono i leading cases del nuovo indirizzo, passando poi per le sentenze n. 161 e 351/08, sugli effetti dell'uso illegittimo dello spoils system, sino alla più recente n. 34/10, con nota riepilogativa di M. Lucca, *Spoils system e compatibilità costituzionale*, in *LexItalia.it,* n. 3, 2010, che ribadisce non solo un limite procedurale (il giusto procedimento per la revoca), ma anche una limitazione di ambito soggettivo: lo spoils system "puro" può riguardare soltanto gli organi di vertice dell'amministrazione pubblica selezionati su base eminentemente fiduciaria (nomina di alti dirigenti soggettivamente coerenti all'indirizzo politico, con immedesimazione di fine); onde la esclusione di tale relazione di immedesimazione politica anche nei confronti del Direttore Generale di una ASL posto che la sua nomina risponde pure, seppure in misura ridotta, a criteri di professionalità tecnico- comparativa. Per un'analisi si rinvia a D. Mezzacapo, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela,* op. cit., p. 145 ss.

[1722] Con l'adeguarsi agli orientamenti espressi dalla Corte Costituzionale, ed in particolare al principio di tendenziale continuità nell'espletamento degli incarichi dirigenziali, l'art. 40, c. 1, lett. b) del decreto delegato inserisce un comma 1-ter all'art. 19, in virtù del quale l'incarico può essere revocato anticipatamente soltanto nei casi in cui venga a configurarsi una delle ipotesi di responsabilità dirigenziale, disciplinate dall'art. 21, c. 1, d.lgs. n. 165/2001 e con le modalità ivi previste. Ove, invece, non si intenda confermare l'incarico del dirigente alla scadenza, al di fuori dei casi in cui la mancata conferma dipenda da valutazione negativa, l'amministrazione deve dare idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso, con un preavviso congruo, indicandogli quali siano i posti disponibili per un nuovo incarico. Stesso tipo di tutela anche nel caso in cui la mancata conferma dell'incarico avvenga a seguito di processi di riorganizzazione dell'ente. Il rispetto del principio del giusto procedimento, a tutela della posizione del dirigente, ha spinto inoltre il legislatore ad introdurre, nell'ambito del procedimento per l'accertamento della responsabilità dirigenziale, disciplinato dall'art. 21, c. 1, d.lgs. n. 165/2001 (come modificato dall'art. 41, comma 1, lett- a), l'obbligo di previa contestazione del mancato raggiungimento

agli altri previsti nel comma 3 dell'art. 19: gli incarichi fiduciari esterni sopravvivono anche alla durata politica dell'organo che ha conferito l'incarico fiduciario, sino al termine finale di durata del contratto di incarico[1723].

Il venir meno anticipato per qualunque ragione dell'organo che ha operato la nomina fiduciaria ad un esterno, non produce la decadenza automatica dell'incarico, che non può essere revocato, se non alle condizioni fissate dalla Corte costituzionale e ora dalla legge (valutazione negativa, obbligo di motivazione e contradditorio: il giusto procedimento).

## 4. Chi è il vero manager della pubblica amministrazione? La dirigenza differenziata.

L'attore principale del sistema cui si affida per intero il carico (gli oneri e gli oneri) della funzione imprenditoriale di gestione della perfomance e dalla sua corretta esplicazione, è, pertanto, la dirigenza pubblica, il cui status giuridico viene per l'ennesima volta riformato con riferimento sia alla responsabilità/potere[1724], sia alla responsabilità/assoggettamento[1725]. Questa volta, tuttavia, non si tratta di una profonda riforma, ma di un aggiustamento, di un ritocco.

La continuità con il TUPI è raffigurata anche dalla tecnica di redazione normativa privilegiata che è la novella del testo precedente e non l'innovazione normativa come nel caso del ciclo della perfomance.

Il titolo IV Capo II del d.gls. n. 150/09, dedicato alla riforma della dirigenza, se si esclude l'art. 32, contiene solo rifacimenti (modifiche e integrazioni del TUPI) anche se disposizioni che riguardano direttamente o indirettamente la dirigenza si trovano sparse un po' in tutto il decreto e non solo nel capo specificamente dedicato alla dirigenza[1726].

---

degli obiettivi o della inosservanza delle direttive, nonché la garanzia dell'effettività di un contraddittorio che possa consentire al dirigente di esplicare il proprio diritto alla difesa: oneri, peraltro, già previsti nell'originaria formulazione di tale norma prima che fossero espunti dalle modifiche apportate dalla legge n. 145/2002. In materia di incarichi esterni e di incarichi conferiti a personale di amministrazione diversa da quella che lo assegna ovvero dipendenti da organi costituzionali, il decreto delegato elimina la norma che ne prevedeva la cessazione decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo (art. 19, c. 8, d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 40, c. 1, lett. g) del decreto delegato). Anche a questo proposito, pertanto, il decreto delegato si uniforma ai pronunciamenti della Corte costituzionale che ha esteso i principi espressi nella sentenza n. 103/2007 anche ai dirigenti con contratto a termine esterni all'ente (si veda la sentenza n. 161/2008): la natura esterna dell'incarico, infatti, non costituisce secondo la Corte un elemento in grado di diversificare in senso fiduciario il rapporto di lavoro dirigenziale che deve essere regolato in modo tale da assicurare la tendenziale continuità dell'azione amministrativa.

[1723] Ex art. 19 comma 6 Tupi come novellato dall'art. 40 comma 1 lett. e) punto 1 del d.lgs. n.150/09. In materia di incarichi esterni e di incarichi conferiti a personale di amministrazione diversa da quella che lo assegna ovvero dipendenti da organi costituzionali, il decreto delegato elimina la norma che ne prevedeva la cessazione decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo (art. 19, c. 8, d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 40, c. 1, lett. g) del decreto delegato). Anche a questo proposito, pertanto, il decreto delegato si uniforma ai pronunciamenti della Corte costituzionale che ha esteso i principi espressi nella sentenza n. 103/2007 anche ai dirigenti con contratto a termine esterni all'ente (si veda la sentenza n. 161/2008): la natura esterna dell'incarico, infatti, non costituisce secondo la Corte un elemento in grado di diversificare in senso fiduciario il rapporto di lavoro dirigenziale che deve essere regolato in modo tale da assicurare la tendenziale continuità dell'azione amministrativa.

[1724] *Supra* § 3.

[1725] *Infra* § 5.

[1726] Si rinvia, a titolo esemplificativo, alle norme del decreto delegato contenute negli articoli 7, c. 2, lett.c); art. 9, art. 12; art. 19, c. 3. Nel Titolo IV del d.lgs. n. 150/09, nel capo I si confrontino le norme di cui agli articoli 34, 35, 50 e 52, che modificano rispettivamente gli articoli 5, 6, 33 e 53 TUPI; nel capo V si veda l'art. 69 "Disposizioni relative al procedimento disciplinare", che inserisce gli artt. da 55-bis a 55-octies TUPI.

Tali rimaneggiamenti di ruolo e funzione della dirigenza pubblica, ancorché formalmente limitati, assumono però maggiore rilievo se osservati all'interno del più complessivo riassetto della governance che si è prima evidenziato[1727].

Il dirigente pubblico/manager (ancora un ossimoro se si dovesse seguire il pensiero di Ludwig von Mises)[1728] costituisce il soggetto che, insieme alla autorità di garanzia, agli organismi indipendenti e all'organo di indirizzo politico amministrativo, compone il nuovo quadro sistemico della governance delle p.a. italiane.

Ma la dirigenza nel nuovo quadro normativo, ancorché non siano state introdotte ulteriori disposizioni formali e di principio su una diversificazione di ruolo e di status giuridico, si presenta maggiormente differenziata se si guarda all'esito finale del nuovo complessivo assetto regolativo.

Nel nuovo status giuridico della dirigenza, si delinea una stratificazione gerarchica derivante da una maggiore differenziazione interna; differenziazione che si è fatta strada già in vigenza del TUPI pre riforma, in via di aggiustamenti di fonte normativa, regolamentare e accorgimenti contrattuali collettivi, irradiandosi sulle altre dirigenze dalla dirigenza ministeriale (dove la diversificazione di ruolo era stata introdotta dalla riforma Frattini e dal DPR 23 aprile 2004, n.108).

La differenza tra alta e bassa dirigenza è oggi, in qualche modo, ratificata dalla riforma per la dirigenza statale. Valgano le disposizioni che, per la dirigenza statale, differenziano i criteri di accesso alle due fasce, seconda e prima (artt. 28 del Tupi novellato, soprattutto nella rubrica, e nuovo art. 28 bis che regola ex novo l'accesso alla dirigenza di prima fascia).

Si tratta di una differenziazione che, con percorsi regolativi autonomi, si va affermando in quasi tutte le p.a., almeno quelle ad organizzazione complessa; e si rileva sia con riferimento al trattamento economico, sia alle responsabilità, ma anche alla disciplina di selezione e di conferimento dell'incarico[1729].

---

[1727] *Supra* § 2.

[1728] Secondo L. Von Mises, *Burocrazia,* cit., p. 42 tra burocrate e manager corre la medesima inconciliabile relazione che corre tra pianificazione economica e libertà di mercato e, in fondo, tra regime politico liberale e regime totalitario; in ragione di ciò è pure contendibile una visione "progressista" della burocrazia.

[1729] La distinzione in fasce della dirigenza trova riferimento soprattutto nella dirigenza ministeriale, ove è stata sancita per legge. La contrattazione collettiva ha preso atto di questa differenziazione estendendola, soltanto a fini economici (differenziazione economica in relazione all'incarico conferito), anche ad altre aree (area VI e di recente VII: si veda l'art. 59 CCNL). I regolamenti di alcune università hanno recepito tali indicazioni non limitandosi, tuttavia, a prendere atto della graduazione della indennità di posizione in relazione alla complessità dell'incarico secondo la previsione contrattuale, ma graduando organizzativamente anche le strutture (in semplice e complessa ) cui corrisponde la prima e lo seconda fascia dirigenziale e prevedendo requisiti soggettivi diversificati per l'accesso alle stesse (si v. il Regolamento sulla assunzione a tempo indeterminato del personale da inquadrare nella qualifica dirigenziale e per il conferimento di incarichi a tempo indeterminato http://www.unict.it/Pagina/Portale/Ateneo/Normativa/Regolamenti/0/Personale+tecnico-amministrativo_.aspx). Analogamente negli EELL l'articolazione della dirigenza in fasce, che non trova riscontro nel contratto collettivo, è stata introdotta in alcuni enti di maggiore dimensione per via regolamentare. Si v., solo a titolo di esempio, l'art. 26 del regolamento di organizzazione della Provincia di Piacenza che prevede la figura del dirigente coordinatore distinta dal dirigente semplice. Oppure l'art. 20 del RO del comune di Torino che, pur non distinguendo i dirigenti in fasce, individua alcune figure apicali; vice direttori generali, Direttori centrali e di divisioni come distinti da dirigenti semplici (art. 22); o ancora lo statuto della Provincia di Roma (agli artt. 39-47) che delinea l'alta dirigenza nelle figure del segretario generale, del vice segretario generale e del direttore generale e prevede un ufficio di coordinamento operativo cui partecipano i capi dipartimento e non tutti i dirigenti. Nell'area III dirigenza sanitaria, la diversificazione interna alla dirigenza è legata alla complessità della struttura in ragione di specifiche disposizioni legali di settore (d.l.gs n. 502/92, art. 15 comma 5); il vertice amministrativo nelle aziende sanitarie è composto notoriamente dalla triade Direttore generale, sanitario e amministrativo.

Nella selezione dei vertici apicali residua, infatti, la nomina fiduciaria che, per altro, solo nei casi di immedesimazione di fine (vincolo fiduciario "puro" che prescinde da ogni valutazione preventiva e comparativa di expertise), secondo la Corte costituzionale (sent. n. 34/10), può portare ad una revoca fuori dalle garanzie del giusto procedimento e dalla valutazione dei risultati.

Nella prima fascia si concentrano i direttori generali e volte i vicedirettori, i capi struttura, i capi dipartimenti i dirigenti di struttura complessa con più spiccate funzioni manageriali e gestionali: tutto quel che, in varie disposizioni, il decreto definisce sincreticamente "i vertici dell'amministrazione" o dirigenti titolari di incarichi apicali[1730] ; costoro, a vario livello, mantengono un rapporto diretto con il vertice politico, partecipando delle funzioni tecniche dell'organo di indirizzo politico amministrativo.

Nella seconda fascia si concentra, invece, la dirigenza professionale (la più numerosa) con limitati compiti gestionali, composta da dipendenti di carriera immessi nell'organizzazione pubblica mediante una procedura selettiva concorsuale o comunque tendenzialmente meritocratica[1731] .

Qualora, dunque, si continui a considerare la dirigenza nel suo insieme, secondo il noto richiamo mitologico, un Giano bifronte, questo significa che, nella prima fascia, si evidenziano di più i connotati della "testa manageriale"; nella seconda fascia i connotati della "testa del lavoratore subordinato", ancorché il dirigente svolga alte funzioni professionali e sia dotato di un certo potere di coordinamento, direzione e valutazione dei sottoposti[1732]. Si tratta, per altro, di un potere fortemente responsabilizzato e controllato dall'alta dirigenza, più ancora che dall'organo di indirizzo politico amministrativo che non esercita funzioni gestionali ma, in qualche modo, vi partecipa attraverso l'alta dirigenza che le condivide entrambe.

Il dirigente pubblico di fascia bassa, diventa allora, una sorta di controllore/controllato; quel che sarebbe nelle imprese private, un quadro di alto livello, ovvero un mini dirigente (se tale analisi strutturale è corretta, appare tendenzialmente obsoleta e una superfetazione legislativa la previsione della vice dirigenza)[1733].

## 5. La responsabilità/assoggettamento della dirigenza pubblica: nuove contaminazioni tra responsabilità dirigenziale e disciplinare.

Questa collocazione della dirigenza a diversi livelli e ruoli della organizzazione pubblica è condotta fino al punto che il legislatore delegato è disposto a pagare un ulteriore e pesante prezzo in termini di offuscamento e contaminazione tra responsabilità dirigenziale e disciplinare, che era una delle irrisolte *querelle*, almeno sul piano dottrinale, lascito del sistema delineato dal TUPI e dai successivi rimaneggiamenti apportati dalla legge Frattini.

Nell'art. 21 del TUPI vecchia versione, prima dei mutamenti sistemici ora operati con il d.lgs. n.150/09, di cui si dirà, la responsabilità disciplinare del dirigente finiva per essere una sorta di

---

[1730] Si confrontino le norme del decreto legislativo 150/09 contenute negli articoli 4, comma 2, lett. F), art. 5, comma1, art. 17, comma 2, lett. A), art. 14, comma 4, lett. E), art. 15, comma 2, lett. B) e art. 37.

[1731] Già G. Gardini 2002, *Spoils system all'italiana: mito o realtà,* 954.

[1732] Si veda G. Nicosia, *Il poliformismo delle dirigenze pubbliche e la "buona amministrazione",* QDLRI, 2009, 45.

[1733] Art. 17 bis TUPI.

araba fenice: essa non veniva qualificata, individuata e tantomeno regolata dalla legge, ma meramente rinviata ai contratti collettivi che si limitavano, per loro conto, a prevedere soltanto la fattispecie del licenziamento del dirigente[1734].

A seguito delle modifiche normative e sistemiche apportate con il d.lgs. n.150/09, la responsabilità disciplinare del dirigente assume, anche nella contrattazione collettiva, contorni molto più definiti e regolati; ciò nella misura in cui i contratti di ultima tornata, si adeguano al nuovo quadro normativo, regolando compiutamente la responsabilità disciplinare della dirigenza anche con la previsione di sanzioni conservative[1735].

Se si guarda nel suo insieme, tuttavia, il quadro delle responsabilità addebitabile alla dirigenza, dopo gli ultimi interventi, appare meno sistematico di prima: si tratta, invero, di una vera giungla, risultato di un esuberante, rigoglioso e non coordinato processo incrementale.

Con l'ultima riforma il legislatore arriva, per altro, a superare a piedi uniti le ultime paratie concettuali in grado di fornire una certa pregnanza discretiva e una chiara morfologia alle diverse responsabilità addebitabili al dirigente.

Si è di fronte ad un quadro di macro e microresponsabilità - sparse in modo random in vari e disparati *loci* normativi - che rischiano di inficiare ogni plausibile certezza circa il *modus gerendi* del dirigente, con potenziali contraccolpi e ricadute proprio sugli obiettivi di efficacia ed efficienza operativa (la perfomance a tutto tondo) che il loro moltiplicarsi, in teoria, persegue: la classica eterogenesi.

Nel proliferare di responsabilità imputabili alla dirigenza, se ne evidenziano alcune di complicata qualificazione; altre qualificate come dirigenziali ma che tali non sembrano, quanto meno nella funzione se non nella struttura, altre ancora, ed è la maggiore novità del decreto n.150, qualificate come disciplinari e implicanti sanzioni meramente conservative[1736], alle quali si si aggiungono le

---

[1734] Artt. 41 ss contratto Area 1 stipulato il 21.4.2006 per il quadriennio normativo 2002/5; art. 11, contratto Area 2, per il quadriennio 2002-5.

[1735] Art. 8 e ss del contratto Area 1 per il quadriennio 2006/09 stipulato il 12/02/10, in piena vigenza del decreto Brunetta; medesima regolazione nel contratto Area 2 stipulato il 22.2.2010, agli artt. 6 e ss.

[1736] Un vero rebus qualificatorio è costituito per esempio dalla c.d. *responsabilità amministrativa (*probabilmente di tipo erariale) prevista dall'art. 7 comma 6 del TUPI a carico del dirigente che abbia stipulato contratti di collaborazione coordinata e continuativa per esigenze ordinarie, ovvero che abbia utilizzato i collaboratori in guisa di lavoratori subordinati. Di qualificazione altrettanto incerta è quella derivante dall'art. 36 comma 3 del TUPI, come inserito dalla legge n. 102/09: la responsabilità, in questo caso, deriva dall' irregolare utilizzo di lavoro flessibile; a tale fattispecie, consegue il venir meno della indennità di risultato; in questo caso o si è di fronte ad una fattispecie autonoma di responsabilità dirigenziale, al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1 dell'art. 21 (mancato raggiungimento degli obiettivi e inosservanza di direttiva) e ora del comma 1 bis del medesimo articolo (*culpa in vigilando*), per cui l'addebito dovrebbe, in ogni caso, avvenire al termine del procedimento di valutazione. Ovvero, meno probabilmente, si è di fronte ad una infrazione disciplinare tipizzata dalla legge e ora comminabile secondo le procedure previste dai contratti collettivi e dai nuovi art. 55 comma 4, 55 bis comma 4 del TUPI; ovvero, ancora, si tratta della medesima responsabilità amministrativa di cui all'art. 7 comma 6, non soggetta né al procedimento di imputazione della responsabilità dirigenziale ma neppure a procedimento di imputazione della responsabilità disciplinare. Ma nel caso in cui il lavoratore flessibile irregolarmente utilizzato dal dirigente abbia ottenuto un risarcimento del danno (a norma dell'art. 36 comma 5) scatta una ulteriore duplice responsabilità per il dirigente: la responsabilità erariale per dolo o colpa grave, che impone alla amministrazione il recupero delle somme dal dirigente e nuovamente la responsabilità dirigenziale di cui già al comma 3 (non potrebbe scattare una doppia imputazione di responsabilità per il medesimo fatto); tale responsabilità prevista dall'art. 36 comma 5 viene qualificata come dirigenziale attraverso l'esplicito richiamo all'art. 5 d.lgs n.286/99 ("*di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi…"*), disposizione, per altro, ormai abrogata dall'art. 30 comma 4 lett. c del d.lgs. n. 150/09. A tali micro responsabilità, anteriori al d.lgs. n.150/09, si aggiungono quelle previste

nuove autonome fattispecie e le relative sanzioni pecuniarie introdotte dai codici disciplinari presenti nelle ultime tornate contrattuali delle aree dirigenziali [1737].

Proprio per aggiungere ulteriore mistero al puzzle qualificatorio (un bel getto di vernice oscurante!!) il legislatore, con una norma capolavoro, si perita di depotenziare la portata discretiva di un congegno tecnico procedurale che, nel vecchio sistema (e neppure pienamente[1738]) consentiva di districarsi lungo i confini della responsabilità disciplinare e dirigenziale: vale a dire l'intervento obbligatoriamente confermativo del comitato dei garanti in caso che si vertesse in ipotesi di acclarata responsabilità dirigenziale. Oggi il comitato dei garanti deve essere soltanto "sentito" e almeno, per la dirigenza statale, deve essere composto da soggetti che gratuitamente e in regime di aspettativa decidessero di dedicarsi a tale, assolutamente inutile, funzione!![1739].

---

dall' art. 2, comma 9, l. 241/1990 (modificato dall' art. 7, l. 18 giugno 2009 n. 69): " *La mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale*"; dall' art. 7, comma 2, l. 18 giugno 2009 n. 69: "*Il rispetto dei termini per la conclusione dei procedimenti rappresenta un elemento di valutazione dei dirigenti; di esso si tiene conto al fine della corresponsione della retribuzione di risultato*"; ancora dall'art. 57-bis, comma 3, d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 ( come modificato dall' art. 17, l. 3 agosto 2009 n. 102): "*Le amministrazioni aggiornano gli indirizzi ed i contenuti dell'indice con cadenza almeno semestrale … La mancata comunicazione degli elementi necessari al completamento dell'indice e del loro aggiornamento è valutata ai fini della responsabilità dirigenziale e dell'attribuzione della retribuzione di risultato ai dirigenti responsabili*". Altre micro fattispecie di responsabilità, qualificabili come erariale e dirigenziale, sono state introdotte dal d.lgs. n. 150/09: in particolare, dall'art. 50 "*All'articolo 33 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, dopo il comma 1 è inserito il seguente: "1-bis. La mancata individuazione da parte del dirigente responsabile delle eccedenze delle unità di personale, ai sensi del comma 1, è valutabile ai fini della responsabilità per danno erariale"*. Ancora l'art. 10: "*In caso di mancata adozione del Piano della performance è fatto divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti che risultano avere concorso alla mancata adozione del Piano, per omissione o inerzia nell'adempimento dei propri compiti*" (non è chiaro se trattasi di una ipotesi di responsabilità dirigenziale per colpa). L'art. 11: "*In caso di mancata adozione e realizzazione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità o di mancato assolvimento degli obblighi di pubblicazione di cui ai commi 5 e 8 è fatto divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti preposti agli uffici coinvolti*" dove sembrerebbe tornare una configurazione oggettiva della responsabilità di risultato.

[1737] Con classica disposizione fotocopia i contratti delle aree dei ministeri e degli EELL hanno introdotto la seguente disposizione (art. 7 comma 4 Area 2): *"La sanzione disciplinare pecuniaria da un minimo di € 200,00 ad un massimo di € 500,00, si applica, graduando l'entità della stessa in relazione ai criteri del comma 1, nei casi di:*

*a. inosservanza delle direttive, dei provvedimenti e delle disposizioni di servizio, anche in tema di assenze per malattia, nonché di presenza in servizio correlata alle esigenze della struttura ed all'espletamento dell'incarico affidato, ove non ricorrano le fattispecie considerate nell'art.55-quater, comma 1, lett.a) del D.Lgs.n.165 del 2001;*

*b. condotta, negli ambienti di lavoro, non conforme ai principi di correttezza verso i componenti degli organi di vertice dell'Ente, gli altri dirigenti, i dipendenti o nei confronti degli utenti o terzi;*

*c. alterchi negli ambienti di lavoro, anche con utenti o terzi;*

*d. violazione dell'obbligo di comunicare tempestivamente all'Ente di essere stato rinviato a giudizio o di avere avuto conoscenza che nei suoi confronti è esercitata l'azione penale;*

*e. violazione dell'obbligo di astenersi dal chiedere o accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità in connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati, se non nei limiti delle normali relazioni di cortesia e fatti salvi quelli d'uso, purché di modico valore;*

*f. inosservanza degli obblighi previsti in materia di prevenzione degli infortuni o di sicurezza del lavoro, anche se non ne sia derivato danno o disservizio per l'Ente o per gli utenti;*

*g. violazione del segreto d'ufficio, così come disciplinato dalle norme dei singoli ordinamenti ai sensi dell'art. 24 della legge 7 agosto 1990, n. 241, anche se non ne sia derivato danno all' Ente.*

*h. violazione dell'obbligo previsto dall'articolo 55 novies del D.Lgs n. 165 del 2001*

[1738] Si v. la messa a punto della questione di F. Borgogelli, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico,* in *Ideologia e tecnica,* cit. p. 399 e ss. ove ulteriori richiami.

[1739] Nuovo articolo 22 del TUPI come modificato dall'art. 42 comma 1 del d.gls. n. 150/09. La legge delega n. 15/09 all'art. 6, comma 2, lett.i., prevede come direttiva, la ridefinizione e l'ampliamento delle competenze e dalla struttura del Comitato dei garanti. Per questo aspetto, l'art. 22, che implica, invece, un ridimensionamento di ruolo di tale organo di garanzia, potrebbe configurarsi come incostituzionale per eccesso di delega ex art. 76 Cost. In tal senso, forse con un eccesso di sicurezza posti gli orientamenti restrittivi della Corte cost. sul vizio di costituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost., D. Mezzacapo, *La dirigenza*, cit. p. 220.

### 5.1 La nuova fattispecie di (macro)responsabilità dirigenziale per culpa in vigilando.

A conferma che responsabilità dirigenziale e disciplinare procedono come due rette parallele[1740] che si avvicinano sino a sfiorarsi nel caso della tradizionale responsabilità per inosservanza di direttive ex art. 21 comma 1 e della nuova culpa in vigilando ex art. 21 comma 1 bis, rimane ancora l'unico dato positivo che mantiene una qualche rilevanza discretiva tra le due tipologie di responsabilità, e cioè la procedura di valutazione. Il riferimento alla valutazione rimane, per altro, l'unico dato procedurale saliente a cui ancorare la qualificazione delle micro fattispecie di responsabilità prima analizzate[1741].

La questione si può porre nei seguenti termini sistematici.

La responsabilità è dirigenziale allorché la sua imputazione rimane, in qualche modo, pur sempre connessa al procedimento di valutazione, oggi agglutinato nel ciclo della perfomance. Ciò avviene nelle due seguenti ipotesi (macroresponsabilità) previste dal precedente sistema di responsabilità dirigenziale (art. 21 prima comma) e rimaste invariate:

a) Nel caso di mancato raggiungimento degli obiettivi per il solo verificarsi della fattispecie a prescindere dal comportamento del dirigente[1742].

b) Nel caso di soggettiva inosservanza di direttive - oggetto di una autonoma imputazione di responsabilità a norma del primo comma dell'art. 21 - per i suoi riflessi indiretti ma non necessariamente evidenziati o evidenziabili, sulla perfomance.

Ma al di fuori di una formale imputazione di responsabilità pare evidente che nel processo di valutazione possono emergere una serie di comportamenti soggettivi negativi del dirigente che, pur non dando luogo ad addebiti formali in termini di inosservanza di direttive, finiscono per incidere sulla retribuzione di risultato riducendone l'ammontare. Ciò avviene, normalmente, nel caso in cui la inosservanza di direttive non sia così eclatante da imporre una diretta imputazione di responsabilità; si tratta di micro comportamenti organizzativi negativi (anche microinosservanze) che finiscono per incidere, comunque negativamente, sulla valutazione finale di risultato per quella parte riguardante il comportamento e la prestazione soggettiva del dirigente nello svolgimento dell'incarico, e non il raggiungimento dell'obiettivo in termini quantitativi. La linearità di tale di distinzione (la riconducibilità alla valutazione di risultato di micro comportamenti soggettivi) viene, per altro, ora offuscata dalle nuove disposizioni negoziali in materia di responsabilità disciplinare del dirigente[1743] che individuano, pure, nel codice disciplinare la fattispecie di addebito conseguente a "*inosservanza delle direttive, dei provvedimenti e delle disposizioni di servizio* (…)". Al di là del rilievo per cui non risulta chiaro come sia possibile che il dirigente/datore di

---

1740 G. Nicosia, *La valutazione della prestazione dirigenziale e le connesse responsabilità. La responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare,* in *Il lavoro pubblico in Italia*, a cura di U. Carabelli e M.T. Carinci, cit., p. 143.

1741 *Supra* nt. 72

1742 È evidente che l' addebito di responsabilità , con le conseguenze previste dalla norma (dalla mancata conferma dell'incarico sino al licenziamento), si verifica quando l'obiettivo è mancato perché magari conseguito soltanto al di sotto di una certa soglia ritenuta minima o saliente; in altri termini se non si raggiungono in pieno gli obiettivi programmati, ci può essere una valutazione negativa che incide sulla indennità di risultato, riducendola proporzionalmente, ovvero posizionandola su una fascia più bassa, ma ciò non da luogo ad alcuna imputazione di responsabilità; al di sotto di una certa soglia o comunque di fronte a risultati ritenuti insufficienti rispetto a quanto programmato e fissato, scatta l'addebito previsto dall'art. 21 primo comma TUPI. Tale dinamica del procedimento di valutazione può funzionare soltanto in presenza di efficaci sistemi di controllo di gestione e di misurazione del risultato.

1743 *Supra* nt. 73.

lavoro possa essere sottoposto ad una sanzione per inosservanza di una disposizione di servizio che lui stesso dovrebbe essersi dato (ma infra par. 5.2), sul piano della ricostruzione sistematica del regime di responsabilità vale rilevare che la medesima fattispecie (le medesime inosservanze di direttive ecc.) potrebbero entrare contemporaneamente sia nel procedimento di valutazione, sia nel procedimento di addebito disciplinare. Con effetti di possibili cortocircuiti su cui si potrebbe ampiamente discettare, ma sui quali conviene stendere pietosi veli, rinviando alla buona volontà razionalizzatrice degli operatori coinvolti.

c) La responsabilità rimane pure dirigenziale - ancorché i confini con la responsabilità disciplinare tendono viepiù a sfumare - nella nuova ipotesi prevista dall'art. 21 comma 1 bis, e cioè quando il dirigente manchi di esercitare adeguatamente i propri poteri di controllo e vigilanza sui sottoposti (una vera e propria *culpa in vigilando*) con riguardo agli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, conformemente agli indirizzi della Commissione di cui all'art. 13 del decreto (disposizione assolutamente vaga). A tale proposito va evidenziato che, a norma del nuovo comma 3 bis dell'art. 40 del TUPI [1744], la componente maggioritaria della retribuzione accessoria deve essere mirata a premiare la perfomance individuale (indennità di risultato) e non la posizione ricoperta (indennità di posizione), per cui l'effetto di sanzionamento della misura appare notevole.

Sono almeno quattro gli argomenti che inducono a ritenere che la nuova macro fattispecie di responsabilità si collochi all'interno dei confini, per altro sempre più slabbrati, della responsabilità dirigenziale[1745].

Il primo argomento riguarda la sua formale collocazione, allocata com'essa è all'interno della norma sulla responsabilità dirigenziale (art. 21) e non all'interno delle nuove disposizioni che regolano espressamente le nuove fattispecie di responsabilità disciplinare del dirigente (infra § 5.2.).

Il secondo è un argomento di interpretazione letterale: il legislatore usa l'incipit "*al di fuori dei casi di cui al comma 1°*"; avrebbe dovuto dire "*oltre i casi*", ma si è detto supra che l'elegante e corretto uso della lingua italiana non è stata tra le maggiori preoccupazioni del legislatore delegato[1746]. Il significato sembra, comunque, abbastanza chiaro: si aggiunge a quelle già previste dal comma 1° (mancato raggiungimento degli obiettivi e inosservanza di direttive) una nuova macro ipotesi di responsabilità dirigenziale (di micro qualificate come dirigenziali dall'incidenza sull'indennità di risultato ce ne sono parecchie sparpagliate in modo random in vari disposti[1747]).

Il terzo argomento è di tipo sistematico. La nuova ipotesi di responsabilità, individuata nell'art. 21 comma 1 bis, è agganciata pur sempre alla procedura di valutazione (almeno del comportamento

---

[1744] La contrattazione collettiva "*destina al trattamento economico accessorio collegato alla perfomance individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo comunque denominato*".

[1745] All'opera di qualificazione giuridica non aiuta il disposto della legge delega (n. 15/09) che all'art. 6 comma 2 lett. b) si limita ad indicare, a tale proposito, la previsione di "una specifica responsabilità del dirigente…" con conseguenze sul trattamento economico accessorio.

[1746] Non c'è traccia nel lungo lemma dedicato all'avverbio "fuori" dal vocabolario della lingua italiana Treccani, al significato che il legislatore vi ha inteso dare nella disposizione in oggetto.

[1747] *Supra* nt . 72.

organizzativo del dirigente) nella misura in cui fa riferimento alla vigilanza sul rispetto degli standard quali- quantitativi dei sottoposti e non semplicemente ad un comportamento non in linea con il rispetto degli obblighi contrattuali base.

È espressamente inserita nel circuito della responsabilità dirigenziale in quanto agganciata alla procedura a monte di valutazione; è previsto, pur sempre l'intervento, ancorché divenuto anodino del comitato dei garanti: il comitato deve essere "sentito" entro 45 gg, e non deve emanare alcun vincolante parere conforme (nuovo art. 22), ma deve, comunque, obbligatoriamente entrare nel procedimento. Certo il riferimento alle garanzie della previa contestazione e del rispetto del principio del contraddittorio, secondo quando previsto dalla legge e dai *contratti collettivi,* potrebbe essere un argomento forte a favore della natura di addebito disciplinare di tale fattispecie, posto che la riforma intende sottrarre alla fonte contrattuale ogni competenza sul procedimento di valutazione e riservarvi, invece, il procedimento di addebito disciplinare nei confronti della dirigenza[1748]. Ma lo scoglio interpretativo è facilmente superabile posto che, sia la previa contestazione, sia il contraddittorio con le garanzie di difesa implicate, costituiscono principi generali che vanno applicati in quanto tali, a prescindere dalla fonte di loro specifico richiamo, e dalla specifica natura dell'addebito; costituiscono cioè - anche in ragione degli orientamenti della Corte costituzionale - principi immanenti al giusto procedimento di addebito di responsabilità - per la dirigenza pubblica - non ulteriormente qualificata.

Il quarto argomento è collegato al precedente, è in qualche modo consequenziale e attiene ad un dato letterale e sistematico insieme. La conseguenza dell'imputazione di responsabilità prevista dal nuovo comma 1 bis dell'art. 21 si riverbera sulla retribuzione di risultato (connessa all'incarico e non al rapporto base) che consegue alla valutazione[1749]. Qui a valle, nell'addebito (oltre che nelle garanzie di contradditorio e di previa contestazione con il richiamo alla fonte collettiva), in effetti, si evidenziano i tratti di maggiore commistione con la responsabilità disciplinare: l'addebito si presenta equipollente (ma tecnicamente non è tale perché segue la valutazione[1750]) ad una vera sanzione disciplinare conservativa, tipizzata dalla legge nell'effetto economico patrimoniale (la perdita sino all'80% della retribuzione di risultato), e nel principio di proporzionalità che la

---

[1748] Arg. ex art. 55 comma 4 TUPI introdotto dall'art. 60 comma 1 del d.lgs. n. 150/09.

[1749] La retribuzione di risultato è giuridicamente e concettualmente connessa, nel sistema, alla valutazione della perfomance e non può prescinderne, malgrado gli obliqui e indistinti riferimenti che spesso il legislatore vi fa; pare concettualmente difficile accettare che essa possa essere espunta dal suo hums naturale (merito e valutazione) e considerata come una sorta di sanzione irrogabile anche in caso di comportamenti che configurano ipotesi di inadempimento delle obbligazioni inerenti al rapporto di base.

[1750] Non appare rilevante a questo fine, né a scopi pratici né a scopi qualificatori, considerare se la evidenziazione di tale responsabilità avvenga a latere o nel corso del procedimento di valutazione, che dovrebbe essere in tal caso sospeso (v. dottrina alla nota successiva); tale responsabilità dirigenziale per culpa in vigilando, comunque, inerisce al circuito della valutazione. Che la responsabilità dirigenziale rimanga tale è vero anche quando il legislatore vi fa improvvidamente riferimento in fattispecie in cui l'ibridazione (tra responsabilità dirigenziale e disciplinare) è portata a conseguenze paradossali: si fa riferimento alla ipotesi di cui all'art. 55 septies comma 6 introdotto dall'art. 69 comma 1 del d.lgs. 150/09 sui controlli delle assenze ove, per la medesima fattispecie, si richiama sia l'art. 21 che riguarda la responsabilità dirigenziale (che non c'entra proprio nulla), sia l'art. 55 sexies comma 3 che regola una fattispecie tipizzata per legge di infrazione disciplinare del dirigente (omissione o ritardo negli atti del procedimento disciplinare che abbiano causato il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare) ove si prevede coerentemente una sanzione pecuniaria incidente sul rapporto base (sospensione del servizio con privazione della retribuzione). Occorre sottolineare che la contrattazione collettiva non è caduta in tali incredibili confusioni concettuali e svarioni tecnici che sono solo del legislatore: nelle nuove norme dei contratti, supra nt. 73, che fanno riferimento a sanzioni disciplinari conservative per i dirigenti, coerentemente, non si richiama mai la retribuzione di risultato, ma il trattamento fondamentale.

sorregge (la decurtazione in proporzione alla gravità della violazione). E tuttavia tanto non basta per far qualificare tale responsabilità come disciplinare[1751].

Resta da vedere se tale imputazione debba costituire un momento autonomo e anche proceduralmente differenziato dal generale procedimento di valutazione, ovvero se possa essere agglutinato, ancorché comunque evidenziato almeno nella motivazione, all'interno della generale procedura di valutazione. In tal senso, in effetti, si apre uno spazio, ancorché limitato, ad un intervento di autoregolazione specificativa da parte delle singole p.a. dotate di autonomia amministrativa. Ma nulla di più.

### 5.2 La torsione massima del sistema: le sanzioni disciplinari conservative per la bassa dirigenza.

Al di là della confusione concettuale che le nuove regole sulla responsabilità dirigenziale rischiano di produrre, resta il fatto che il legislatore ha deciso di saltare il Rubicone dinnanzi al quale si era invece arrestato il TUPI. L'articolo 21 primo comma nella vecchia versione, mantenuta nella nuova, salve le nuove garanzie procedimentali, si limitava, come si è ricordato, ad alludere alla responsabilità disciplinare: la considerava immanente al sistema, ma non la regolava, rinviando alla contrattazione collettiva che, coerentemente in questo con il settore privato, la normava, appiattendola sull'unica fattispecie compatibile con lo status di dirigente: il licenziamento disciplinare[1752].

Nelle nuove disposizioni del decreto n. 150/09 l'accentuazione della configurazione di lavoratore subordinato del dirigente non apicale si spinge fino al punto, giuridicamente estremo di inserire nel corpo del decreto, due ipotesi di infrazioni tipizzate cui conseguono sanzioni sicuramente disciplinari di tipo conservativo a misura della dirigenza pubblica[1753]. La contrattazione collettiva, come indicato nel § precedente, si allinea – invero, più alle scelte del legislatore delegato che del legislatore delegante[1754] - prevedendo ulteriori ipotesi di infrazione cui conseguono sanzioni disciplinare conservative.

---

[1751] In tal senso invece G. Nicosia, *La prestazione, cit.* p. 148 e con più distese argomentazioni Id., *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della "misurazione" e "valutazione" individuale,* cit. Rimane incagliato nell'incertezza, invece, D. Mezzacapo, *Dirigenza pubblica, op. cit.,* p.213.

[1752] Sul problema delle conseguenze del licenziamento disciplinare a seguito di discutibili orientamenti della Corte di Cassazione (sent. n. 2233/2007) e della Corte Costituzionale, che ritengono applicabile il regime della reintegra, si rinvia alle considerazioni di A. Zoppoli, *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione dopo la sentenza della Consulta n. 351 del 2008*, DLM, 2009, I, p. 11 ss.

[1753] Come ha chiarito F. Borgogelli, *La responsabilità disciplinare, cit.* p. 309 s., tale innovazione, di cui il legislatore ha probabilmente scarsa consapevolezza sulla ricaduta sistematica, si giustifica nella discutibile visione (ideologica) di considerare l'utilizzo del potere disciplinare, al contrario di come avviene nelle imprese private, non uno strumento per contrastare comportamenti patologici, ma uno strumento fisiologico e ordinario di gestione del personale: da un eccesso (mancato utilizzo dello strumento) ad un altro, uso obbligatorio, fisiologico e pervasivo. Si v. pure le considerazioni di C. Currao, "*Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*", relazione al convegno promosso dal Centro Studi Massimo D'Antona su "Amministrazione e amministrati: come cambiano le regole del lavoro pubblico con la riforma Brunetta", Catania, 2010, di prossima pubblicazione, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona e H. Bonura e G. Caruso, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo,* in q. vol.

[1754] In effetti, nella legge delega non sono previste specifiche disposizioni nel senso della previsione anche in capo alla dirigenza, di una responsabilità disciplinare implicante sanzioni conservative. Si prevede la regolamentazione delegata di alcune specifiche infrazioni disciplinari (art. 7 comma 2 lett. e, g, i) implicanti sanzioni conservative che il legislatore delegato ha poi esteso anche ai dirigenti. L'unica norma della legge delega che prende direttamente in considerazione la dirigenza, con riguardo al potere disciplinare, è quella che ne consente l'ampliamento del suo esercizio (lett. m).

Per quanto riguarda le infrazioni tipizzate si tratta dell'ipotesi di cui all'art. 55 sexies comma 3 del TUPI novellato, richiamato anche in caso di inosservanza delle norme sul controllo delle assenze (art. 55 septies comma 6)[1755] e l'ipotesi di rifiuto di collaborazione al processo di imputazione della responsabilità disciplinare prevista dall'art. 55 bis comma 7 del Tupi novellato[1756].

Che un dirigente possa essere, infatti, sanzionato con sanzioni disciplinari conservative è un elemento di discontinuità con il precedente assetto della dirigenza pubblica[1757] e con l'assetto della dirigenza privata, nei confronti della quale la giurisprudenza ha tendenzialmente escluso la possibilità che il datore di lavoro possa comminare sanzioni conservative in ragione della posizione del dirigente quale "alter ego" dell'imprenditore .

Il procedimento di comminazione delle sanzioni nei confronti dei dirigenti (art. 55 comma 4), può essere regolato autonomamente dalla contrattazione collettiva applicandosi solo surrogatoriamente il procedimento generale previsto dalla legge all'art. 55 bis comma 4[1758].

Tale nuovo assetto sostanziale e procedurale dell'esercizio del potere disciplinare conservativo *sulla* dirigenza va, allora, inteso come un definitivo segnale circa la postulata frammentazione di tale figura organizzatoria nella nuova governance delle p.a.

È in ogni caso il dirigente di livello superiore che deve comminare la sanzione nei confronti del dirigente cui sono addebitabili le infrazioni tipiche previste nell'art. 55 bis comma 7 e 55 sexies comma 3; tale potere non è riassorbile e allocabile altrove neppure dalla contrattazione collettiva, a norma dell'art. 55 del Tupi primo comma come modificato dall'art. 69 del d.lgs., che considera norma imperativa anche la disposizione che riorganizza - in termini gerarchico-disciplinari (ed è una assoluta novità) - i rapporti tra alta e bassa dirigenza; l'esercizio del potere disciplinare da parte del dirigente superiore, ancorché limitato alla fase finale di comminazione della sanzione,

---

[1755] "*Il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili aventi qualifica dirigenziale, l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino ad un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento, ed altresì la mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione*". Tale sanzione, come prima rilevato, si applica, a norma dell'art. 55 septies comma 6, anche nel caso di mancata osservanza da parte del dirigente - eventualmente preposto all'amministrazione generale del personale - delle disposizioni in materia di assenza; la disposizione con riguardo alla sanzione richiama pure l'art. 21, giustapponendola alla sanzione pecuniaria conservativa prevista dall'art. 55 sexies comma 3, riguardante sia la retribuzione base che la retribuzione di risultato, a dimostrazione dell'uso ormai promiscuo e contaminato delle due forme di responsabilità. Viene, infatti, richiamato impropriamente l'art. 21 in ragione di un comportamento del dirigente che non riguarda il proprio incarico né, come l'ipotesi del nuovo comma 1 bis dell'art. 21, configurante una vera e propria culpa in vigilando su comportamenti comunque rifluenti sul ciclo della perfomance.

[1756] "*Il dirigente, appartenente alla stessa amministrazione pubblica dell'incolpato o ad una diversa, che, essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'autorità disciplinare procedente ovvero rende dichiarazioni false o reticenti, è soggetto all'applicazione, da parte dell'amministrazione di appartenenza, della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di quindici giorni*".

[1757] Esemplificativamente, Tar Veneto Venezia, sez. I, 5 ottobre 1999, n. 1473 "Il contratto collettivo di lavoro del personale del S.s.n., per il periodo 1994-1997, ha fortemente accentuato i caratteri distintivi del rapporto di lavoro della dirigenza rispetto alle rimanenti categorie di lavoratori di quel comparto, assimilando la disciplina del personale dirigente sanitario medico e non alle caratteristiche proprie del rapporto di lavoro privato dei dirigenti d'azienda; pertanto, ai dirigenti medici e non medici è comminabile la sanzione del recesso dal rapporto di lavoro, atteso che a costoro non si applicano le misure disciplinari che comunque consentano la conservazione del posto di lavoro, non rilevando per la categoria dirigenziale, inoltre, la mancata pubblicazione di un codice disciplinare che preveda comportamenti punibili con sanzioni conservative graduate a seconda della gravità del comportamento".

[1758] Considerazioni per questo punto in Currao, op. loc. cit.

configura infatti l'espressione plastica della relazione di tipo gerarchico. Né d'altra parte, come prima rilevato, potrebbe comprendersi come sia possibile prevedere - come fa ormai la contrattazione collettiva che evidentemente prende atto del mutamento di status della dirigenza pubblica - una regolazione del procedimento disciplinare per la dirigenza, mutuato in tutto dalle disposizioni del contratto di comparto; regolazione che si spinge sino alla la previsione di una sanzione per inosservanza di "disposizioni di servizio" che, evidentemente, solo un superiore gerarchico può emanare, non certo il vertice politico trattandosi di atti di gestione.

## 6. Conclusioni.

Osservato dall'alto, al tentativo di riorganizzare la governance delle p.a. operato con il d.lgs. n. 150/09, può concedersi un qualche credito, fatti salvi i necessari riscontri che solo il tempo lungo di gestazione può dare; e ciò malgrado le rilevate forzature ideologiche che fanno spesso ampiamente aggio sulle tecniche di regolazione utilizzate, che si spingono fino alla produzione di veri e propri cortocircuiti regolativi, sistematici e concettuali.

A bocce ferme, e guardano solo all'architettura e non alla sua attuazione, vi è sicuramente la volontà di mettere ordine su ruoli e funzioni degli attori che partecipano alla governance, ancorché l'operazione di cambiamento della struttura non sia stata sorretta da una piena consapevolezza sistematica. Con un profondo limite dato dalla debolezza e dalla limitazione dei poteri e delle competenze dell'autorità di controllo, pensata troppo centralisticamente e, probabilmente, non adeguata nella sua struttura alla funzione e al ruolo, ambiziosi, che in astratto le si conferiscono.

Risulta, tuttavia, evidente lo sforzo di rafforzare la funzione datoriale ed imprenditoriale delle p.a., e i poteri e le funzioni degli attori che li esercitano; il tutto, con un evidente eccesso di vincoli normativi che probabilmente produrranno effetti non voluti e non previsti.

Guardare, per altro, alla governance delle p.a. dalla finestra della perfomance, è sintomo di una visione parziale, se non sbilanciata, degli interessi che vi insistono e del vincolo di scopo che ad esse inerisce: essa è il frutto di una visione pan efficientistica e iper mercantile delle p.a.

Laddove più in auge, l'ideologia e i metodi del new public management mostrano oggi più la corda e i correttivi "etici" introdotti nella Brunetta sembrano poca cosa; l'analisi comparata ci dice che i modelli che pongono, davvero, al centro della propria governance e del proprio funzionamento gli interessi pubblici e gli interessi dei cittadini concretamente situati, sono quelli che danno i migliori risultati anche in termini di buona gestione del lavoro pubblico e di relazioni sindacali (i modelli scandinavi) .

Questa consapevolezza non fa, però, probabilmente parte della costellazione ideologica e della sensibilità politica del legislatore delegato italiano dell'anno 2009. Per altro, come evidenziato più volte in questo saggio, la prorompente vitalità normativa del "vulcano brunetta", così come quella dell'impronunciabile vulcano islandese attivo mentre si scrive, rischia davvero di produrre il blocco del traffico sistemico delle p.a. italiane, anziché la sua fluidità.

# La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*

Harald Bonura- Giuseppe Caruso

1. Il quadro d'insieme. 487
2. Il previgente quadro normativo. 488
2.1. Sulla responsabilità disciplinare in generale. 488
2.2. Sul rapporto tra giudizio penale e procedimento disciplinare nella precedente disciplina. 491
2.3. Un quadro con forti luci (teoriche) e molte ombre (reali). 495
3. Il sistema disciplinare dopo la terza riforma del lavoro pubblico. 496
3.1. L'ambito di applicazione e il rapporto tra le fonti: una ri-legificazione centralizzante. 496
3.2. Le sanzioni "automaticamente" disciplinari previste dal legislatore. 498
3.3. La sanzione da "mancata sanzione" e le altre sanzioni, disciplinari e non. 500
3.4. I soggetti e le fasi del procedimento disciplinare. 501
3.4.1. Il procedimento semplificato. 502
3.4.2. Il procedimento complesso. 502
3.4.3. Norme di semplificazione e norme "varie" comuni ai due procedimenti. 503
3.5. Le impugnazioni: *requiem* per i collegi arbitrali di disciplina. 503
3.6. I rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale. 504
4. La lotta ai fannulloni e la guerra all'assenteismo: tutela dell'efficienza o riduzione delle tutele? 506
5. Conclusioni. 508

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 105/2010

## 1. Il quadro d'insieme.

Merito e disciplina. Il complesso architrave ideologico([1759]) della c.d. "riforma Brunetta" poggia su due piedritti – merito (*rectius*, valutazione e premialità del merito) e disciplina, appunto – le cui solidità e tenuta sono direttamente correlate all'efficacia della medesima.

In altri termini, soltanto il sapiente ed efficiente dosaggio di ambedue gli strumenti, premiali e disciplinari([1760]), su cui ha più profondamente inciso l'intervento riformatore, potrà consentire la buona riuscita del processo applicativo che ne costituisce l'essenza([1761]).

In particolar modo, la riforma del sistema disciplinare – cui è dedicato l'intero Capo V (recante "Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici") del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 – persegue l'obiettivo di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici contrastando i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo([1762]).

La particolare sensibilità maturata nell'opinione pubblica sul tema della ridotta produttività dei dipendenti pubblici([1763]) – in uno con la obiettiva fragilità (e gli scarsi risultati, sul punto) del previgente sistema normativo – ha provocato un intervento radicale al punto da apparire punitivo([1764]).

Non a caso, la scelta del legislatore delegato è stata quella di non limitarsi a interventi integrativi e/o correttivi, ma di procedere alla integrale sostituzione della precedente normativa.

Di più.

Non soltanto l'art. 55 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Testo Unico delle Leggi sul Pubblico Impiego o TUPI) è stato interamente sostituito, ma sono stati aggiunti al medesimo decreto altri otto articoli (dal 55-*bis* al 55-*novies*); l'art. 56 è stato soppresso, mentre l'art. 60 è stato

---

([1759]) Sul rapporto tra "ideologie" e "tecniche" nel lungo e ultradecennale processo di riforma del lavoro pubblico, si veda L. Zoppoli, "*La riforma del lavoro pubblico dalla 'deregulation' alla 'meritocrazia': quale continuità?*", in "*Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*", di L. Zoppoli (a cura di), 2009, Napoli, 1 ss.

([1760]) La "carota" e il "bastone", secondo l'immagine cara al ministro proponente, e a cui si sono ampiamente rifatti tutti i primi commentatori.

([1761]) Chi scrive condivide la considerazione che << *l'esperienza ci ha insegnato che la riforma del lavoro pubblico è un processo applicativo più che un obiettivo legislativo, vive nelle realtà organizzative più che nei testi organici onnicomprensivi. Perciò un limite che il legislatore deve porsi sta proprio nel non rendere il dosaggio delle leve tecniche ancillare rispetto all'ideologia che consente l'approvazione di una nuova legge di riforma* >> (L. Zoppoli, "*La riforma del lavoro pubblico dalla 'deregulation' alla 'meritocrazia': quale continuità?*", cit., 11). Per una critica "radicale" al ricorso allo strumento legislativo, si veda G. Capano, "*Come sempre si legifera invece di governare*", in Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione, 2009, 7-8, 125 ss.

([1762]) Così l'art. 7, c. 1, l. 4 marzo 2009, n. 15 e l'art. 67, c. 1, d.lgs. 150/09. Va sottolineato, tuttavia, che il decreto legislativo, quantomeno a livello lessicale, ha corretto l'impropria correlazione diretta (già sottolineata da G. Ferraro, "*Prove generali di riforma del lavoro pubblico*", in Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali (DLRI), 2009, 257) tra scarsa produttività e pratiche disciplinari, trasformando il "contrasto dei fenomeni di scarsa produttività e assenteismo" da strumento servente l'obiettivo di efficienza a obiettivo autonomo e ulteriore rispetto a questo.

([1763]) Si pensi solo alla vasta eco suscitata, nell'estate del 2006, dagli interventi di P. Ichino, pubblicati dal Corriere della Sera, contro "i fannulloni" nelle pubbliche amministrazioni (oggi consultabili in http://www.pietroichino.it/wp-content/uploads/2008/03/06_diario-minimo06.doc), e poi raccolti e sviluppati in P. Ichino, "*I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra amministrazione pubblica*", Milano, 2006.

([1764]) Così F. Carinci, "*La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*", in DLRI, 2009, 951.

modificato; è stata introdotta una nuova norma (l'art. 154-*ter*) al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271; sono state soppresse diverse norme([1765]) e, infine, ne sono state dettate alcune di carattere transitorio.

Emergono subito evidenti, quindi, anche per quest'area d'intervento, i caratteri tipici della riforma Brunetta: un'intensa legificazione (o ri-legificazione) della materia, a scapito dell'autonomia contrattuale; una ri-centralizzazione delle fonti; la responsabilizzazione della dirigenza (in molti casi, da intendersi più come previsione di ipotesi di responsabilità, anche disciplinare, che come allargamento della sfera di autonomia e competenza); una incipiente sfiducia nella capacità di auto-evoluzione della struttura burocratica; la divaricazione tra l'intento dichiarato di accelerare la "*convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato*"([1766]) e la crescente specializzazione dei regimi regolativi del lavoro pubblico.

## 2. Il previgente quadro normativo.

### 2.1. Sulla responsabilità disciplinare in generale.

Al fine di meglio comprendere la portata effettivamente innovativa della "riforma Brunetta", può apparire utile tratteggiare rapidamente le caratteristiche della previgente disciplina in materia di responsabilità disciplinare del dipendente pubblico, non senza segnalare che il giudizio di inadeguatezza della medesima era generalizzato, finendo per il costituire uno dei punti di maggiore criticità dell'intero sistema, anche e soprattutto nella percezione dell'opinione pubblica([1767]).

La principale caratteristica della precedente regolazione, come sottolineato dalla dottrina più attenta([1768]), era senz'altro costituita dalla sostanziale omogeneità, sul piano delle fonti e dei profili sostanziali, tra la disciplina privatistica e quella per il lavoro pubblico.

Non a caso, l'art. 55 prevedeva, in apertura, il rinvio – anche per i dipendenti pubblici – all'art. 2106 c.c.([1769]) e all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori([1770]), in altre parti formalizzando principi al-

---

([1765]) L'art. 72, d.lgs. 150/09, ha abrogato le seguenti disposizioni: l'art. 71, commi 2 e 3, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 113; gli articoli da 502 a 507 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e, come detto, l'art. 56 del d.lgs. 165/2001. Il medesimo articolo, poi, ha soppresso alcune parole del comma 4 dell'art. 5 della legge 27 marzo 2001, n. 97.

([1766]) Art. 2, c. 1, lett. a), l. 15/09.

([1767]) Si vedano, ad esempio, C. Deodato-F. Frettoni, "*La riforma Brunetta: le nuove regole del lavoro pubblico*", Roma, 2009, i quali, sottolineato il comune giudizio di scarsa efficacia dell'apparato sanzionatorio previgente, ne tentano un elenco di difetti: << *scarsa tempestività dell'intervento disciplinare, lentezza dei procedimenti, farraginosità delle fattispecie, debolezza sanzionatoria, precarietà giuridica dei provvedimenti disciplinari in relazione ad aspetti formali più che sostanziali* >> (p. 69).

([1768]) F. Borgogelli, "*La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*", in "*Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*", L. Zoppoli (a cura di), *cit.*, 404 ss.

([1769]) A mente del quale, << *L'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo alla applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione* >>. I due articoli precedenti – ossia gli artt. 2104 e 2105 – sono dedicati, rispettivamente, agli obblighi di diligenza (<< *Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende* >>) e di fedeltà (<< *Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio* >>) del lavoratore.

([1770]) E sia pure limitatamente ai commi 1, 5 e 8 del medesimo, in tema, rispettivamente, di fonti e pubblicità del potere disciplinare; di termini di "raffreddamento" prima dell'irrogazione della sanzione; di termine massimo di efficacia delle sanzioni.

trimenti elaborati – sempre in relazione al settore privatistico([1771]) – soltanto a livello giurisprudenziale([1772]).

Allo stesso modo, la norma – in linea con il sistema di riparto delle competenze nel settore privatistico – rimetteva integralmente all'autonomia collettiva l'individuazione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni([1773]); e la vasta produzione contrattuale – nonché il maggiore spazio riservato all'autonomia collettiva dal mancato richiamo, da parte dell'art. 55 (vecchia versione) del comma 4 dell'art. 7 della l. 300/70([1774]) – ha consentito anche di risolvere i dubbi legati all'esatto ruolo dei codici disciplinari, nonché del codice di comportamento previsto dall'art. 54 e da recepire nei contratti([1775]).

In altri termini, l'autonomia collettiva si è fatta compiutamente carico di recepire il codice di comportamento, nonché di dettare un'ampia e dettagliata disciplina in materia di tipologia delle infrazioni e di sanzioni, con ciò rendendo soltanto teorica la disputa relativa alla possibilità di con-

---

([1771]) Ma per la pacifica applicazione anche al settore pubblico contrattualizzato, si vedano, *ex aliis*, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 18 luglio 2007, n. 5431; Consiglio di Stato, sez. IV, 14 marzo 2005, n. 1045.

([1772]) Si guardi, ad esempio, al riferimento – al comma 5 dell'art. 55 (vecchio testo) – alla necessaria "tempestività" della contestazione dell'addebito, secondo quella giurisprudenza, consolidata, in forza della quale << *benché questo art. 7 non prescriva espressamente l'immediatezza della contestazione, ossia la sua formulazione subito dopo l'accertamento del fatto illecito, questa Corte ha da tempo ravvisato la corrispondente regola sulla base di interpretazione non letterale ma sistematica.* (…) *La contestazione formulata a notevole distanza di tempo dal fatto addebitato può fondare la presunzione di mancanza di concreto interesse del datore di lavoro all'esercizio del potere di recesso (Cass. 23 giugno 1999 n. 6408) o, e in altre parole, di pretestuosità del motivo addotto. Questa ragione giustificativa della regola di immediatezza della contestazione è pressoché coincidente con quella che connette l'onere di tempestività al principio di buona fede oggettiva e più specificamente al dovere di non vanificare la consolidata aspettativa, generata nel lavoratore, di rinuncia all'esercizio del potere disciplinare. Si tratta di una sorta di decadenza dal potere (nel sistema tedesco:* Verwirkung*), derivante dalla violazione del più generale divieto di* venire contra factum proprium *(vedi Cass. 10 novembre 1997 n. 11095). In ogni caso la regola in discorso dev'essere intesa in senso relativo ossia tenendo conto delle ragioni oggettive che possono ritardare la percezione o il definitivo accertamento e valutazione dei fatti contestati, soprattutto quando il comportamento del lavoratore consista in una serie di fatti che, convergendo a comporre un'unica condotta, esigono una valutazione unitaria: in tal caso l'intimazione del licenziamento può seguire l'ultimo di questi fatti, anche ad una certa distanza temporale dai fatti precedenti (Cass. 1 aprile 2000 n. 3948, 6 settembre 2007 n. 18711, 20 ottobre 2007 n. 22066, con riferimento all'incolpazione per reiterato uso del telefono aziendale per fini personali, 1 gennaio 2008 n. 282, 27 marzo 2008 n. 7983). Da aggiungere che il prudente indugio del datore di lavoro, ossia la ponderata e responsabile valutazione dei fatti può e deve precedere la contestazione anche nell'interesse del prestatore di lavoro, che sarebbe palesemente colpito da incolpazioni avventate o comunque non sorrette da una sufficiente certezza da parte del datore di lavoro (Cass. 11 gennaio 2006 n. 241, 18 gennaio 2007 n. 1101)* >> (Cass. Civ., sez. lav., 17 settembre 2008, n. 23739).

([1773]) Per una disamina della disciplina dettata, in materia disciplinare (o per alcuni aspetti di essa), dai contratti collettivi, si veda N. M. Gabigliani, "*Le novità attinenti alle disposizioni disciplinari nel nuovo contratto nazionale Regioni-Enti locali*", in Rivista dell'Impiego e della Dirigenza Pubblica, 2008, 3, 1 ss.; L. Montesarchio, "*Sanzioni conservative previste dal contratto collettivo (nota a sentenza Cass. Civ., sez. lav., 20 marzo 2007, n. 6621)*", in Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2007, 11, 1125; V. Tenore, "*Gli illeciti disciplinari nel pubblico impiego*", Roma, 2007; C. Ricupati, "*Le norme disciplinari nel nuovo contratto collettivo nazionale del personale degli enti locali*", in Rassegna Amministrativa Siciliana, 2004, 1, 316 ss.; N. Ghirardi, "*Questioni in materia di termine imposto dai contratti collettivi per l'adozione di provvedimenti disciplinari*", in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2004, 3, 613 ss.; V. Tenore, "*La sospensione cautelare del lavoratore nel pubblico impiego privatizzato dopo il contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto ministeri 2002-2005*", in Giustizia Civile, 2004, 1, 21 ss.; V. Tenore, "*Il procedimento disciplinare dopo i contratti collettivi del quadriennio normativo 2002-2005*", in Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni (LPA), 2003, 5, 853 ss.

([1774]) Sul punto, F. Borgogelli, "*La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*", cit., 405.

([1775]) R. Nunin, "*I codici di comportamento*", in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), "*Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*", Torino, 2004, 827 ss.

figurare – alla stregua di infrazioni disciplinari – comportamenti non previsti dai codici disciplinari([1776]).

Se per questi aspetti, dunque, non erano ravvisabili margini di differenziazione rispetto al lavoro privato, la specialità poteva potenzialmente esplicarsi in relazione al procedimento, dal momento che la normativa aveva espressamente escluso qualsiasi richiamo ai commi 2, 3, 6 e 7 dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori; norme dedicate, appunto, alla regolamentazione del procedimento([1777]).

In realtà, tanto le norme legali di cui all'art. 55 (vecchio testo), quanto quelle contrattuali, hanno disegnato un modello procedimentale non dissimile da quello privato.

In particolare:

a) quanto al soggetto competente all'irrogazione della sanzione disciplinare, si distinguevano due ipotesi; nei casi più lievi (rimprovero verbale o censura), a provvedere era chiamato il capo della struttura presso cui il dipendente presta la propria attività; negli altri casi, l'individuazione dell'ufficio competente spettava a ciascuna amministrazione, in ragione del proprio ordinamento interno;

b) la procedura si snodava attraverso le fasi tipiche del "giusto procedimento": "tempestiva"([1778]) contestazione dell'addebito; necessità della forma scritta della stessa; diritto di contraddittorio; termini minimi tra la contestazione dell'addebito, l'esercizio del diritto di difesa e l'irrogazione della sanzione([1779]);

c) era prevista – sia pure in modo assai scarno – un'ipotesi conciliativa di riduzione della sanzione (c.d. "patteggiamento") applicabile a fronte della rinuncia all'impugnazione della medesima (comma 6, art. 55, vecchia versione);

d) sempre in materia di conciliazione, si prevedeva che – in assenza di diverse previsioni della contrattazione collettiva – il dipendente, entro venti giorni dall'applicazione della sanzione, potesse impugnarla, anche per il tramite di un procuratore o della propria associazione sindacale,

---

([1776]) Un residuo margine di discrezionalità ricade in capo alle amministrazioni pubbliche per effetto dell'indicazione, da parte dei codici disciplinari, dei soli criteri generali da applicare per l'individuazione della tipologia e dell'entità delle singole sanzioni, da graduare nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità.

([1777]) Comma 2: <<*Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa*>>.
Comma 3: <<*Il lavoratore potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato*>>.
Comma 6: << *Salvo analoghe procedure previste dai contratti collettivi di lavoro e ferma restando la facoltà di adire l'autorità giudiziaria, il lavoratore al quale sia stata applicata una sanzione disciplinare può promuovere, nei venti giorni successivi, anche per mezzo dell'associazione alla quale sia iscritto ovvero conferisca mandato, la costituzione, tramite l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, di un collegio di conciliazione ed arbitrato, composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro scelto di comune accordo o, in difetto di accordo, nominato dal direttore dell'ufficio del lavoro. La sanzione disciplinare resta sospesa fino alla pronuncia da parte del collegio* >>.
Comma 7: << *Qualora il datore di lavoro non provveda, entro dieci giorni dall'invito rivoltogli dall'ufficio del lavoro, a nominare il proprio rappresentante in seno al collegio di cui al comma precedente, la sanzione disciplinare non ha effetto. Se il datore di lavoro adisce l'autorità giudiziaria, la sanzione disciplinare resta sospesa fino alla definizione del giudizio* >>.

([1778]) V. nota 14.

([1779]) Per il comma 5 dell'art. 55 (vecchia versione), <<*trascorsi inutilmente quindici giorni dalla convocazione per la difesa del dipendente, la sanzione viene applicata nei successivi quindici giorni*>>.

davanti al "collegio arbitrale di disciplina" dell'amministrazione di appartenenza; il collegio avrebbe dovuto adottare la propria decisione entro novanta giorni, ferma restando la sospensione, nelle more, dell'efficacia della sanzione irrogata. La composizione e il funzionamento dei collegi arbitrali erano disciplinati dai commi 8 e 9 dell'art. 55([1780]).

### 2.2. Sul rapporto tra giudizio penale e procedimento disciplinare nella precedente disciplina.

Un punto assai delicato era, invece, costituito dal rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale([1781]).

Come è noto, l'art. 117 del Dpr 10 gennaio 1957, n. 3 (oggi applicabile al solo lavoro pubblico c.d. "non contrattualizzato"([1782]), ma, a lungo, unica norma di portata generale in materia) prevede una duplice opzione:

a) per l'ipotesi in cui, per il fatto da addebitare, sia stata avviata un'azione penale, allora è inibita la promozione del procedimento disciplinare;

b) laddove, invece, l'azione penale sia stata avviata successivamente alla promozione del procedimento disciplinare, quest'ultimo deve essere sospeso.

In altri termini, la norma riconosce il rilievo pregiudiziale spettante al giudizio penale rispetto a quello disciplinare, salva l'autonomia di quest'ultimo, dal momento che, in generale, sulla base della medesima, poteva dirsi che l'amministrazione fosse tenuta a verificare (non anche accertare) autonomamente la commissione di infrazioni, la loro riferibilità al dipendente e il loro peso ai fini della responsabilità disciplinare([1783]).

---

([1780]) Comma 8: << *Il collegio arbitrale si compone di due rappresentanti dell'amministrazione e di due rappresentanti dei dipendenti ed è presieduto da un esterno all'amministrazione, di provata esperienza e indipendenza. Ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento, stabilisce, sentite le organizzazioni sindacali, le modalità per la periodica designazione di dieci rappresentanti dell'amministrazione e dieci rappresentanti dei dipendenti, che, di comune accordo, indicano cinque presidenti. In mancanza di accordo, l'amministrazione richiede la nomina dei presidenti al presidente del tribunale del luogo in cui siede il collegio. Il collegio opera con criteri oggettivi di rotazione dei membri e di assegnazione dei procedimenti disciplinari che ne garantiscono l'imparzialità* >>.
Comma 9: <<*Più amministrazioni omogenee o affini possono istituire un unico collegio arbitrale mediante convenzione che ne regoli le modalità di costituzione e di funzionamento nel rispetto dei principi di cui ai precedenti commi*>>.

([1781]) Un'impostazione originale del tema, si trova in R. Nobile, "*L'interferenza fra procedura disciplinare e processo penale: la sentenza assolutoria, la sentenza di condanna e la sentenza di patteggiamento*", in www.lexitalia.it.

([1782]) <<*L'art. 117, infatti, fa parte del corpo di norme che disciplina il rapporto di pubblico impiego del personale in regime di diritto pubblico*>> anche in funzione di integrazione delle singole discipline di settore (Cons. Stato, Ad. Pl., 29 gennaio 2009, n. 1).

([1783]) Così, *ex aliis*, Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8948, per il quale <<*l'indipendenza del procedimento disciplinare da quello penale implica, nel primo, un autonomo accertamento dei fatti ascritti al dipendente ed un'autonoma valutazione dell'incidenza di questi sul rapporto di pubblico impiego in relazione alla loro gravità; inoltre, anche quando i fatti risultino ammessi, essi non possono essere recepiti acriticamente, ma devono essere valutati e tale valutazione in rapporto alla sanzione comminata deve emergere da un'esaustiva motivazione del provvedimento sanzionatorio*>> e Cass. Civ., Sez. Unite, 16 giugno 2000, n. 444, per cui <<*la mancata riproduzione, in seno al nuovo codice di procedura penale, della disposizione di cui all'art. 3 di cui all'abrogato c.p.p. comporta il venir meno del principio della cd. pregiudiziale penale, con la conseguenza che, in tema di giudizi disciplinari (nella specie, nei confronti di avvocato) l'efficacia del giudicato penale è regolata, in via esclusiva, dall'art. 653 c.p.p., che attribuisce alla sola sentenza irrevocabile di assoluzione pronunciata a seguito di dibattimento (e non anche a quella di condanna) efficacia di giudicato nel procedimento per responsabilità disciplinare. Nè osta, alla legittimità dell'eventuale decisione dell'organo disciplinare contrastante con l'accertamento definitivo della responsabilità penale dell'incolpato in ordine ai fatti addebitatigli, la declaratoria di falsità di un atto pronunciata in sede di giudizio penale ex art. 537 c.p.p., atteso che tale declaratoria è prevista (art. 537, comma 4, c.p.c.) anche per l'ipotesi che il procedimento penale si sia concluso con sentenza di proscioglimento dell'imputato per amnistia o per estinzione del reato*>>.
V. anche, T. Schiavone, "*Rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare: un chiarimento della Cassazione*", in Argomenti di Diritto del Lavoro (ADL), 2007, nn. 4-5, 1089.

Il rapporto così delineato, e imperniato su due pilastri (pregiudizialità del giudizio penale/autonomia del procedimento disciplinare) orientati in netto favore del dipendente pubblico([1784]), non era, tuttavia, privo di ampie zone grigie, destinate a sollevare questioni pratiche e teoriche di particolare complessità.

I corretti margini di esercizio dell'autonomia del procedimento disciplinare([1785]), il ruolo delle pronunce di c.d. "patteggiamento"([1786]), la natura, ordinatoria o perentoria, dei termini del procedimento disciplinare, la tempestività della contestazione degli addebiti, l'esatta nozione di "*inizio o*

---

([1784]) Anche a presidio delle istanze – di rilievo costituzionale, *ex* art. 97 Cost. – di autonomia della relativa posizione, nonché per << *evitare che valutazioni troppo esterne alla struttura causale del rapporto di lavoro si possano tradurre in automatismi giustizialistici, che poco gioverebbero, in sé e per sé, all'efficienza e al buon andamento delle amministrazioni stesse* >> (M. Esposito, "*Processo penale e procedimento disciplinare nella normativa sul lavoro pubblico: diritto di difesa del dipendente e buon andamento delle amministrazioni pubbliche*", in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro (RIDL), 2009, 2, 885.

([1785]) La giurisprudenza, per limitarci ai casi più recenti, ha, di volta in volta, allargato o ristretto i margini di autonomia riconosciuti in capo alla p.a., ritenendo, ad esempio, << *legittimo un provvedimento di destituzione dal servizio di un dipendente pubblico (nella specie si trattava di un assistente della Polizia di Stato), nel caso in cui, nel corso del procedimento disciplinare, sia stato utilizzato il contenuto di alcune intercettazioni telefoniche acquisite agli atti del procedimento penale conclusosi con l'assoluzione dell'imputato e riguardante gli stessi fatti, non contestati nella loro materialità, del procedimento disciplinare, benché tali intercettazioni telefoniche siano state acquisite al procedimento penale irregolarmente, e, in particolare, siano state dichiarate inutilizzabili nell'ambito di quel processo, non essendo state autorizzate nelle forme di legge* >> (Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2009, n. 7703); o che << *in base al disposto dell'art. 654 c.p.p., la sentenza penale che accerti nei confronti dell'interessato la sussistenza di determinati fatti, ha efficacia nel giudizio disciplinare che si fondi sui fatti medesimi; conseguentemente l'Amministrazione, nel procedere disciplinarmente, non può operare una ricostruzione dei fatti che si ponga in termini diversi da quella effettuata dal giudicato penale* >> (Id., sez. IV, 6 novembre 2009, n. 6938); che << *in sede di procedimento disciplinare nei confronti di dipendenti pubblici, sussiste il vizio di eccesso di potere quando il provvedimento disciplinare appare* ictu oculi *sproporzionato, nella sua severità, rispetto ai fatti accertati, pur se essi abbiano dato luogo ad una condanna in sede penale* >> (Id., 16 ottobre 2009, n. 6353); che << *la rilevanza dei fatti penali in sede disciplinare deve essere autonomamente valutata dall'amministrazione, che può ravvisare la sussistenza di* fumus *di responsabilità disciplinare anche in fatti che vengano in ipotesi giudicati penalmente indifferenti dal giudice penale* >> (Tar Piemonte, 8 aprile 2009, n. 953); che << *in presenza di una sentenza irrevocabile di condanna, il giudizio disciplinare consiste solo nel "riesame delle risultanze processuali e dei fatti come risultano accertati dalla sentenza"* >> (Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2007, n. 537);

([1786]) Da ultimo, si è sostenuto che << *una sentenza c.d. di patteggiamento, anche nel sistema anteriore alla entrata in vigore della L. n. 97 del 2001, consentiva in sede di procedimento disciplinare nei confronti di un dipendente pubblico di ritenere assodati gli illeciti penali in essa contemplati* >> (Cons. Stato, sez. IV, 18 giugno 2008, n. 3034; in termini, id., 5 dicembre 2006, n. 7108; 25 marzo 2005, n. 1275; in passato, *contra*, Cons. Stato, sez. VI, 16 ottobre 1995 n. 1149 e 24 agosto 1996 n. 1067).

Per Tar Lazio, Roma, sez. I-bis, 8 aprile 2002, n. 2896, << *la sentenza di patteggiamento, pur presupponendo un accertamento di responsabilità, può, in concreto, e a seconda dei casi, basarsi su un accertamento più o meno completo, ovvero più o meno sommario* >>, per cui << *in sede di procedimento disciplinare aperto a seguito di una sentenza penale di patteggiamento, l'utilizzabilità o meno della sola sentenza penale per affermare la responsabilità disciplinare dell'inquisito discende caso per caso dalle circostanze concrete, vale a dire dal contenuto della specifica sentenza di patteggiamento e delle relative indagini penali. Nella sentenza di patteggiamento, occorre infatti distinguere i due diversi profili dell'*«affermazione di responsabilità» *(dispositivo) e dell'*«accertamento di responsabilità» *(motivazione): il secondo dei quali, al pari del primo, immancabile, ma in concreto più o meno esaustivo a seconda della maggiore o minore completezza delle indagini del Pubblico ministero. Deve quindi ritenersi che, in sede di procedimento disciplinare a seguito di sentenza di patteggiamento, in nessun caso l'Amministrazione possa recepire acriticamente l'*«affermazione di responsabilità» *contenuta nella pronuncia penale, dovendo invece valutarne l'*«accertamento di responsabilità»*, la cui utilizzabilità in quanto tale e come fonte esclusiva di convincimento transita, con ogni evidenza, attraverso la verifica della completezza di detto accertamento (in caso contrario, incombendo all'Amministrazione il compimento di tutti gli accertamenti che il caso richiede). Non può quindi escludersi che, a seguito della sentenza di patteggiamento, l'Amministrazione abbia necessità, in sede disciplinare, di compiere autonomi accertamenti: con la conseguenza che, se la sentenza di patteggiamento non sempre e in ogni caso comporta la necessità di nuovi accertamenti in sede disciplinare, questi ultimi possono - o meno - essere necessari, a seconda del concreto atteggiarsi dell'accertamento penale posto a base della sentenza (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 1° settembre 2000 n. 4647)* >>.

*avvio del procedimento penale*" in relazione ai suoi effetti sospensivi sul procedimento disciplinare([1787]), gli organi competenti all'adozione del provvedimento disciplinare hanno senz'altro costituito elementi di criticità di un sistema ritenuto, non a torto, farraginoso e scarsamente efficiente.

A seguito del primo processo di contrattualizzazione del lavoro pubblico([1788]), la materia era stata rimessa ai contratti di comparto (previa disapplicazione, *ex* art. 74, c. 3, decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, delle citate norme del Dpr 3/57), non senza – tuttavia – la persistenza di precisi riferimenti (ancorché settoriali) di carattere normativo.

In particolare, si fa riferimento alla legge 8 marzo 2001, n. 97 (recante "Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche") ([1789]), contenente norme dettate anche dalla necessità di superare le descritte incertezze applicative createsi nel tempo, pure per effetto – come si dirà – degli interventi dell'autonomia contrattuale([1790]).

La portata di tale disciplina, tuttavia, è limitata alle sole ipotesi in cui ricorrano reati c.d. "propri" del pubblico impiegato([1791]). In buona sostanza, la *ratio* ispiratrice della normativa è da ricercarsi nella specifica rilevanza della posizione rivestita dal pubblico impiegato: ogniqualvolta debba essere esperita azione penale relativamente a questi reati, infatti, lo stesso presupposto del relativo accertamento è costituito dal rapporto di impiego; con la conseguenza che la pronuncia resa sul punto, sia in negativo che in positivo, non può che incidere direttamente e, di regola, negli stessi termini dell'imputazione, sul rapporto di impiego sottostante.

Nonostante ciò, si tratta di un intervento di notevole portata, i cui tratti salienti possono essere così riassunti:

A. equiparazione – sul piano degli effetti sul procedimento disciplinare – della sentenza penale irrevocabile di condanna a quella di assoluzione([1792]);

---

([1787]) L'ordinanza 23 ottobre 2008, n. 5196 della VI sezione del Consiglio di Stato, nel rimettere la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria, ricostruisce i contrasti giurisprudenziali sul punto.

([1788]) Per un'assai sintetica, ma efficace, ricostruzione in scansioni delle riforme antecedenti a quella in commento, si v. G. Zilio Grandi, "*Introduzione*", in G. Zilio Grandi (a cura di), "*Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*", Torino, 2009, XII ss.

([1789]) Per un ampio commento della disciplina citata, con puntuali riferimenti dottrinali, cui si rinvia, si v. M Papaleoni, "*Considerazioni sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti pubblici*", LPA, 2001, 527 ss. e M. G. Caserta, "*I rapporti tra processo penale e procedimento disciplinare. Riflessioni sulla l. 27 marzo 2001, n. 97*", in Giurisprudenza Italiana, 2004, 1, 223 ss.

([1790]) Non a caso, per evidenti ragioni di coordinamento, l'art. 8 della l. 97/01, fissa la prevalenza delle proprie norme su quelle di natura contrattuale (comma 1), nonché l'inderogabilità delle stesse a opera di successivi contratti collettivi (comma 2).

([1791]) L'art. 3, c. 1, l. 97/01, delimita la portata applicativa della normativa ai reati di peculato (art. 314 c.p.); concussione (art. 317 c.p.); corruzione per un atto d'ufficio (art. 318 c.p.); corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.); corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.); corruzione di persona incaricata di pubblico servizio (art. 320 c.p.); frode del militare della guardia di finanza (art. 3, legge 9 dicembre 1941, n. 1383).

([1792]) In questo caso, il regime di favore nei confronti del pubblico dipendente – nei cui confronti trovava automatica applicazione, ai fini disciplinari, la sentenza penale irrevocabile di assoluzione, ma non anche quella di condanna – non aveva effettiva giustificazione, costituendo un privilegio scarsamente tollerabile, specie in un clima, quale quello della fine degli anni '90, caratterizzato da un'elevata sensibilità sociale nei confronti del tema delle malversazioni pubbliche.

B. introduzione di effetti automatici sul rapporto di lavoro in caso di rinvio a giudizio (trasferimento a diverso ufficio, a diversa sede o a diverso incarico, o collocamento in posizione di aspettativa o disponibilità) ovvero di condanna anche non definitiva (sospensione del rapporto) per uno dei reati citati di cui all'art. 3, c. 1, della legge([1793]);

C. disciplina della pena accessoria dell'estinzione del rapporto a seguito di condanna definitiva, con previsione di termini perentori per l'avvio, la riassunzione e la conclusione del procedimento disciplinare (art. 5, c. 4)([1794]);

D. obbligo di segnalazione della sentenza di condanna (ove riguardi delitti di cui al capo I del titolo II del libro secondo del codice penale) al procuratore generale presso la Corte dei Conti, al fine della disposizione di accertamenti patrimoniali a carico del condannato e disciplina della destinazione dei beni immobili confiscati ai sensi degli articoli 332-ter([1795]) e 335-bis([1796]) del codice penale;

E. obbligo di trasmissione della sentenza di condanna al competente procuratore regionale della Corte dei Conti affinché promuova, entro trenta giorni, l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato.

Per quanto riguarda, invece, le norme contrattuali in materia, le stesse hanno disegnato, sia pure con successivi interventi correttivi, un modello sostanzialmente simile per tutti i comparti, fortemente influenzato dalla descritta normativa legale, e incisivo soprattutto su alcuni aspetti di dettaglio([1797]).

---

([1793]) V. *supra*, nota 33.

([1794]) Art. 5, c. 4, l. 97/01: << *Salvo quanto disposto dall'articolo 32-quinquies del codice penale, nel caso sia pronunciata sentenza penale irrevocabile di condanna nei confronti dei dipendenti indicati nel comma 1 dell'articolo 3, ancorché a pena condizionalmente sospesa, l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego può essere pronunciata a seguito di procedimento disciplinare. Il procedimento disciplinare deve avere inizio o, in caso di intervenuta sospensione, proseguire entro il termine di novanta giorni dalla comunicazione della sentenza all'amministrazione o all'ente competente per il procedimento disciplinare. Il procedimento disciplinare deve concludersi entro centottanta giorni decorrenti dal termine di inizio o di proseguimento, fermo quanto disposto dall'articolo 653 del codice di procedura penale* >>.

([1795]) Art. 322-ter, c.p.: << *Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'articolo 322-bis, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo.*

*Nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall'articolo 321, anche se commesso ai sensi dell'articolo 322-bis, secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'articolo 322-bis, secondo comma.*

*Nei casi di cui ai commi primo e secondo, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di denaro o individua i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto o il prezzo del reato ovvero in quanto di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato* >>.

([1796]) Art. 335-bis, c.p.: << *Salvo quanto previsto dall'articolo 322-ter, nel caso di condanna per delitti previsti dal presente capo è comunque ordinata la confisca anche nelle ipotesi previste dall'articolo 240, primo comma* >>.

([1797]) Si vedano:

I) per il comparto Agenzie Fiscali, gli artt. 68-70 del CCNL 2002-2005, come modificati dall'art. 8 del CCNL 2006-2009;

II) per il comparto Aziende, gli artt. 38-40 del CCNL 1994-1997 e gli artt. 13-15 del CCNL 2002-2005;

## 2.3. Un quadro con forti luci (teoriche) e molte ombre (reali).

Il quadro normativo così sinteticamente delineato, sia pure per evoluzioni faticose e progressive, presentava una sua intima coerenza e un buon grado di razionalità nel contemperare le tante, complesse istanze coinvolte.

I principali limiti sembrano rinvenibili in alcuni aspetti procedurali, non certamente di sistema([1798]).

A tale riconoscimento sul piano teorico va accompagnato, tuttavia, e come già segnalato, il concreto fallimento del sistema, non soltanto nella percezione dei cittadini, ma anche, obiettivamente, nella considerazione degli operatori e degli studiosi.

Appare "fatto notorio" che proprio la pervasività delle critiche al funzionamento del sistema abbia costituito uno dei principali fattori propulsivi e giustificativi dell'ultima riforma del lavoro pubblico.

Le ragioni del fallimento sono tante e largamente indagate: il farraginoso sistema delle impugnazioni, con il *pendant* dell'eccessiva tolleranza (sconfinante in un vero e proprio lassismo) degli organi arbitrali di disciplina; l'eccessiva dilatazione dei tempi del procedimento disciplinare quando connesso al giudizio penale (più che per un'astratta inidoneità del criterio della pregiudiziale penale, per la stessa, abnorme durata media dei giudizi penali nel nostro sistema); la scarsa propensione della dirigenza a fare ricorso ai meccanismi sanzionatori, in un clima di generale e reciproca copertura di manchevolezze e falle del sistema (oltre che individuali); la tradizionale (e inveterata) prassi sindacale di difesa a oltranza delle ragioni dei dipendenti; la fragilità dei meccanismi d'imputazione e individuazione delle responsabilità; l'oggettiva frammentarietà della disciplina, dispersa, come abbiamo visto, tra ricostruzioni giurisprudenziali, frammenti normativi e norme contrattuali.

Il legislatore – fors'anche in ragione dell'accurata attività preparatoria della riforma([1799]) – sembra

---

III) per il comparto Enti pubblici non economici, gli artt. 28-30 del CCNL 1994-1997, gli artt. 16-18 del CCNL 2002-2005 e, da ultimo, gli artt. 29-30 del CCNL 2006-2009;
IV) per il comparto Ministeri, gli artt. 25-27 del CCNL 1994-1997 e 13-16 del CCNL 2002-2005;
V) per il comparto Presidenza del Consiglio dei Ministri, gli artt. 64-68 del CCNL 2002-2005 e l'art. 18 del CCNL 2006-2009;
VI) per il comparto Ricerca, gli artt. 22-24 del CCNL 1994-1997 e gli artt. 28-30 del CCNL 1998-2001;
VII) per il comparto Università, gli artt. 33-35 del CCNL 1994-1997, gli artt. 42-44 del CCNL 1998-2001 e, infine, gli artt. 46-50 del CCNL 2006-2009;
VIII) per il comparto Regioni e Autonomie Locali, gli artt. 25-27 del CCNL 1994-1997, gli artt. 25-28 del CCNL 2002-2005 e, da ultimo, gli artt. 3-5 del CCNL 2006-2009;
IX) per il comparto Sanità, gli artt. 30-32 del CCNL 1994-1997, gli artt. 13-16 del CCNL 2002-2005, nonché l'art. 6 del CCNL del 2006-2009;
X) per il comparto Scuola, mentre – anteriormente al decreto 150/09, che, ai sensi dell'art. 72, c. 1, lett. b), ha abrogato gli artt. da 502 a 507 – per il personale docente ed educativo continuavano a trovare applicazione le norme di cui dagli artt. 492 a 508 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 (e, in particolar modo, in relazione al rapporto tra giudizio penale e procedimento disciplinare, l'art. 506), per il personale amministrativo, tecnico ed ausiliario, la disciplina contrattuale era da rinvenirsi negli artt. 60-62 del CCNL 1994-1997, negli artt. 92-94 del CCNL 2002-2005, nonché, infine, negli artt. 95-97 del CCNL 2006-2009.

([1798]) Così F. Borgogelli, "*La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*", cit., 407.

([1799]) L' "*inusuale serietà*" di cui dare atto al governo nell'attività istruttoria – culminata nell'elaborazione di due documenti, rispettivamente del 28 maggio e del 4 giugno 2008, intitolati "*Linee programmatiche sulla riforma della pubblica amministrazione. Piano*

ben consapevole di tali limiti, ma la scelta, come già detto, è stata quella di intervenire non già a livello applicativo, ma di sistema, realizzandone una profonda torsione([1800]).

Ancora una volta, dunque, si è scelto di intervenire sulla *law in the code*, nella speranza che ciò migliori la *law in action*([1801]).

## 3. Il sistema disciplinare dopo la terza riforma del lavoro pubblico.

### 3.1. L'ambito di applicazione e il rapporto tra le fonti: una ri-legificazione centralizzante.

Nell'ambito del complesso sistema di ritaglio delle competenze legislative in materia, la nuova disciplina disciplinare è da considerarsi applicabile a tutte le pubbliche amministrazioni, stante la sua riconducibilità alla competenza esclusiva statale esercitata ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. l) e m) della Costituzione.

Per l'art. 74, c. 1, d.lgs. 150/09, infatti, gli artt. 68, 69 e 73, c. 1 e 3, sono certamente avocati alla competenza esclusiva del legislatore statale.

Sul piano delle fonti di regolazione e del rapporto tra le medesime, il decreto Brunetta – dopo avere opportunamente ribadito la devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative al procedimento e alle sanzioni disciplinari, ai sensi dell'articolo 63 del d.lgs. 165/01 (art. 67, c. 2), nonché la perdurante applicazione della disciplina civilistica di cui all'art. 2106 c.c.([1802]) – ricorre alla tecnica, già ampiamente utilizzata per altre parti della riforma, di dichiarare l'imperatività delle norme di cui agli articoli dal 55 al 55-octies del "novellato" d.lgs. 165/01, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1419, c. 2, c.c..

Anche in questo settore, quindi, trova applicazione il meccanismo di prevalenza delle norme legali su quelle contrattuali, con la sostituzione automatica delle prime alle seconde eventualmente difformi.

Per parte della dottrina, tale previsione persegue non solo lo scopo di sottolineare il particolare ruolo della legge in materia disciplinare e la sua prevalenza e pervasività rispetto alla disciplina

---

*industriale*" e "*Riforma del lavoro pubblico e della contrattazione collettiva*" – è riconosciuta da F. Carinci, "*La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*", cit., 951.
I documenti governativi sono consultabili nell'apposito dossier pubblicato sul sito del governo italiano: www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/decreto_brunetta.

([1800]) Per una panoramica, anche critica, sul periodo di preparazione della nuova disciplina, si v., F. Borgogelli, "*La riforma del lavoro pubblico: quale lezione dopo quindici anni*", in Diritti, Lavori, Mercati, 2008, 1, 53 ss.; B. Caruso, "*La regolazione "a doccia scozzese" del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*", in LPA, 2008, 2, 221 ss.; B. Caruso, "*La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*", in LPA, 2008, 3-4, 465 ss.; G. Ferraro, "*Prove di riforma del lavoro pubblico*", in DLRI, 2009, 122, 239 ss.; A. Garilli, "*La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*", in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale (RGL), 2007, 2, 301 ss.; R. Pessi, "*Ripensando alla riforma della pubblica amministrazione: manutenzione o restaurazione?*", in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro (MGL), 2009, 5, 284 ss.; A. Pizzoferrato, "*Sulla riforma della pubblica amministrazione*", in LPA, 2008, 6, 1041 ss.; C. Silvestro, "*La riforma Brunetta del pubblico impiego*", Roma, 2009, 1-19; L. Zoppoli, "*Qualità dei servizi e del lavoro nell'eterna riforma delle pubbliche amministrazioni*", in LPA, 2007, 3-4, 575 ss.

([1801]) Si v., P. Ichino, "*Le politiche di valutazione tra merito e incentivo*", in arannewsletter, 2/2008, 2.

([1802]) Il che aiuta a fare giustizia di eventuali tentativi di rileggere la riforma in chiave di ri-pubblicizzazione (e non di sola ri-legificazione) della disciplina del lavoro pubblico.

negoziale, ma anche quello di fissare il carattere "obbligatorio" dell'esercizio del potere disciplinare([1803]).

Ciò che risulta chiaro, tuttavia, è che oggi – con un radicale inversione rispetto al sistema precedente[1804] – le fonti "prevalenti" in materia disciplinare sono costituite, per il lavoro pubblico contrattualizzato, dalle norme di cui all'art. 2106 c.c. e agli articoli da 55 a 55-octies del d.lgs. 165/01([1805]).

Scompare, invece, il precedente (ancorché limitato) riferimento all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori.

Tale "cancellazione", tuttavia, non può ragionevolmente essere letta né come una attenuazione del processo di "allineamento" tra lavoro pubblico e privato, né come una riduzione delle tutele dei lavoratori, dal momento che la relativa disciplina è variamente compensata mediante nuove e autonome previsioni:

1. sul piano della pubblicità del codice disciplinare, infatti, la nuova disciplina – in luogo di quanto tassativamente previsto dal primo dell'art. 7, l. 300/70 – introduce (art. 55, c. 2, ultimo periodo) un'interessante equivalenza tra affissione del medesimo all'ingresso della sede del lavoro e sua pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione([1806]);

2. il mancato richiamo del comma 5 dell'art. 7, invece, è giustificato dalla doviziosa procedimentalizzazione cui è dedicato l'intero, nuovo art. 55-bis, d.lgs. 165/01;

3. da ultimo, l'assenza del richiamo al comma 8 – "non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione" – non equivale all'affermazione di una perenne ultrattività delle sanzioni disciplinari, ma determina solo la rimessione all'autonomia collettiva del potere di fissare liberamente il termine di efficacia delle sanzioni ai fini della loro considerazione sul piano della recidiva.

Così delineato il sistema delle fonti legali, appare evidente che all'autonomia delle parti è rimessa sostanzialmente la sola individuazione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni (art. 55, c. 2); ma, anche in questo caso, sempre ed esclusivamente nell'ambito di quanto previsto dalla disciplina legale.

Il legislatore, dunque, non si è limitato a invertire il rapporto tra legge e contratto, rendendo prevalente la prima sul secondo; ma ha anche ulteriormente ristretto l'esercizio dell'autonomia negoziale alle sole parti (delle materie alla stessa riservate) che, comunque, non abbiano trovato diversa regolazione a livello legale.

---

([1803]) Così, F. Borgogelli, "*La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*", cit., 409; C. Currao, "*Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*", intervento al convegno promosso dal Centro Studi Massimo D'Antona su "Amministrazione e amministrati: come cambiano le regole del lavoro pubblico con la riforma Brunetta", Catania, 2010, dattiloscritto.

([1804]) Anche se, come abbiamo visto, in materia disciplinare (in materia di raccordo tra procedimenti disciplinare e penale), una prima inversione di tendenza, nel senso della parziale ri-legificazione della materia, si era avuta con la l. 97/01.

([1805]) Oltre che, come detto, dalle norme di cui alla l. 97/01.

([1806]) Per C. Currao, "*Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*", *cit.*, 6, ciò potrebbe indurre i giudici, in relazione al settore privato, a una lettura meno formalistica e garantista della previsione di cui allo Statuto dei Lavoratori.

Alla tipizzazione (previa radicale riduzione) delle materie soggette a regolazione negoziale si è aggiunta, dunque, la loro subornazione al primato legislativo([1807]).

Il risultato è quello di un modello fortemente centrato sul ruolo del legislatore e, in particolar modo, di quello statale.

A uscirne limitata, pertanto, non è soltanto l'autonomia negoziale, ma anche quella dei livelli inferiori di governo.

### 3.2. Le sanzioni "automaticamente" disciplinari previste dal legislatore.

Il nuovo art. 55-quater del d.lgs. 165/01 prevede che, "ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo", è "comunque" irrogata la "sanzione disciplinare" del licenziamento al ricorrere di talune fattispecie.

La norma sembra introdurre un innovativo "licenziamento disciplinare automatico" (ove l'automatismo sarebbe determinato dall'avverbio "comunque" associato al verbo "applicare"), che scatterebbe, comunque, al semplice verificarsi dei comportamenti ivi previsti.

Le questioni che si profilerebbero – ove s'intendesse considerare seriamente una tale interpretazione([1808]) – sarebbero legate, in primo luogo, all'evidente contrasto con la consolidata giurisprudenza costituzionale che ha costantemente escluso la legittimità di ogni forma di licenziamento "automatico"([1809]); e, in seconda battuta, al fatto che la medesima norma continua a sottolineare il carattere "disciplinare" di tale sanzione estintiva, con l'ovvia conseguenza che non sarebbe ricostruibile una sanzione disciplinare al di fuori di un comune procedimento disciplinare, il cui esito non può mai essere automatico.

Una lettura costituzionalmente orientata della norma, invece, porta a concludere che l'avverbio comunque va letto in correlazione con il residuo potere attribuito alla contrattazione collettiva di prevedere ulteriori ipotesi di licenziamento disciplinare; in altri termini, i contratti possono prevedere anche forme ulteriori di licenziamento, ma, in ogni caso – "comunque", appunto – la sanzione disciplinare del licenziamento non può essere pretermessa dai contratti, e – anche quando non prevista dagli stessi – va applicata (sempre all'esito di un ordinario procedimento disciplinare), nei casi elencati dalla legge([1810]).

Le ipotesi legali di licenziamento disciplinare sono, a loro volta, distinguibili secondo che sia o meno previsto il preavviso.

La sanzione più grave del licenziamento senza preavviso consegue a:

1. falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio

---

([1807]) Per una valutazione del nuovo ruolo attribuito alla legge dalla riforma Brunetta, v. L. Zoppoli, "*Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*", in L. Zoppoli, "*Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*", cit., 15 ss. Si veda anche V. Talamo, "*Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*", in Giornale di diritto amministrativo, 2009, 5, 468 ss.

([1808]) Interpretazione fatta propria dal Ministro proponente all'indomani dell'approvazione della riforma.

([1809]) Per un'accurata ricostruzione della giurisprudenza costituzionale, v. S. Mainardi, "*La responsabilità e il potere disciplinare*", in F. Carinci, L. Zoppoli, "*Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*", cit., 836 ss.

([1810]) Per altra, autorevole, dottrina si tratterebbe, in realtà, e molto più semplicemente, di una norma "manifesto", destinata ad assumere soprattutto la valenza "psicologica" di una sollecitazione a punire in modo adeguato (F. Borgogelli, "*La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*", cit., 411).

mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia (art. 55-quater, c. 1, lett. a);

2. falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera (art. 55-quater, c. 1, lett. d);

3. reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui (art. 55-quater, c. 1, lett. e);

4. condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro (art. 55-quater, c. 1, lett. f).

Il licenziamento è, invece, con preavviso nei casi di:

1. assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione (art. 55-quater, c. 1, lett. b);

2. ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio (art. 55-quater, c. 1, lett. c);

3. reiterata inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica concernente assenze di lavoratori per malattia (art. 55-septies, c. 4).

In larga parte, si tratta d'ipotesi già ampiamente previste dai contratti collettivi, per cui, la scelta di attribuirvi forza legale ha più carattere di ammonimento che di reale innovazione.

Allo stesso modo, era già stata prevista in sede negoziale l'ipotesi – oggi coltivata dal comma 2 dell'art. 55-quater – del licenziamento per "insufficiente rendimento"([1811]); la norma di legge collega la sanzione estintiva del rapporto per insufficiente rendimento a un dato quantitativo (la condizione di insufficienza deve protrarsi per un arco temporale non inferiore a un biennio) e a un dato causale (l'insufficiente rendimento deve essere causato dalla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, come stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento).

Stando al dato letterale, appare ragionevole, pertanto, concludere nel senso che il licenziamento non può discendere da una mera attività valutativa negativa, ma occorre anche dimostrare che il rendimento insoddisfacente è stato provocato da una delle ragioni indicate([1812]). In questo modo,

---

([1811]) Si v., ad es., art. 38, c. 4, CCNL Agenzie Fiscali del 1994-1997; art. 16, c. 4, lett. f), CCNL Enti pubblici non economici del 2002-2005; art. 13, c. 5, lett. e), CCNL Ministeri del 2002-2005; art. 28, c. 6, lett. e), CCNL Ricerca del 1998-2001; art. 46, c. 5, lett. d), CCNL Università del 2006-2009; art. 3, c. 7, lett. e), CCNL Regioni e autonomie locali del 2006-2009.

([1812]) Così, A. Bianco, "*Guida pratica alla riforma Brunetta*", Milano, 2009, 149. In senso contrario, C. Currao, "*Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*", *cit.*, 13, la quale invita a riflettere sul fatto che il percorso valutativo è ormai obbligatorio, come obbligatorio è l'esercizio dell'azione disciplinare; dal che, sarebbe possibile far discendere un riflesso obbligatorio

però, si giunge a un esito perfino più "lassista" rispetto alla previgente disciplina di natura negoziale. L'unico irrigidimento, quindi, è di carattere formale (la fonte legale della sanzione), ma, sul piano sostanziale, l'effetto prodotto dall'intervento normativo rischia, addirittura, di attenuare i (già deboli) rigori precedenti.

### 3.3. La sanzione da "mancata sanzione" e le altre sanzioni, disciplinari e non.

Il terzo comma dell'art. 55-sexies prevede, poi, l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino a un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento, nonché – in caso di dirigente([1813]) – la mancata attribuzione della retribuzione di risultato, per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione, in caso di mancato esercizio o decadenza dell'azione disciplinare dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare.

La norma è ampiamente commentata in altra parte del volume. In questa sede, preme solo sottolineare il suo valore cardine nell'intera riforma del sistema disciplinare: il legislatore ha ritenuto, infatti, che la chiave di volta per superare la dissociazione tra l'impianto teorico e la scarsa applicazione pratica dei rimedi disciplinari fosse quella di responsabilizzare disciplinarmente proprio i dirigenti o i responsabili dell'esercizio dell'azione disciplinare.

Il non perseguire i comportamenti passibili di sanzione disciplinare, è, a sua volta, comportamento sanzionabile e sanzionato, in una catena d'infrazioni/sanzioni, sulla cui discutibile robustezza (chi controlla i controllori e poi i controllori dei controllori?) si gioca larga parte delle possibilità di successo della riforma.

La norma, peraltro, ai sensi di quanto previsto dall'ultimo periodo dell'ultimo comma dell'art. 55-septies, si applica anche al caso di mancato esercizio dei doveri connessi al controllo dell'assenteismo.

L'art. 55-sexies prevede, poi, altre due tipologie di sanzioni.

La prima ha carattere, per così dire, residuale, dal momento che la norma si affretta a stabilire che – ove non ricorrano i presupposti per l'applicazione di una diversa sanzione disciplinare – la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno derivante dalla violazione, da parte del lavoratore dipendente, degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento, comporta l'applicazione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino a un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento.

---

anche in relazione al licenziamento da insufficiente rendimento. Nega, invece, qualunque "automatismo", F. Borgogelli, "*La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*", cit., 413, per la quale l'automatismo è venuto meno con il venir meno (attraverso l'eliminazione del quarto comma dell'art. 23, in base al quale la collocazione per tre anni nella fascia di merito bassa equivaleva a una attestazione di "insufficiente rendimento") del collegamento formale con i criteri per la differenziazione delle valutazioni.

([1813]) Ai soggetti non aventi qualifica dirigenziale si applica la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, ove non diversamente stabilito dal contratto collettivo.

La seconda ipotesi è decisamente più originale, introducendo una forma di responsabilità disciplinare per "danno grave all'ufficio" determinato da inefficienza e incompetenza professionale, destinata a culminare in una sanzione atipica: il comma 2 dell'art. 55-sexies prevede, infatti, che quando il lavoratore cagiona un grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza, per inefficienza o incompetenza professionale accertate dall'amministrazione ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche, lo stesso, all'esito del procedimento disciplinare che ne ha accertato le responsabilità, è collocato in disponibilità.

In tale condizione, il dipendente – per un periodo massimo di due anni – riceverà l'80% dello stipendio, con privazione del diritto di percepire aumenti retributivi sopravvenuti, e potrà, previa iscrizione negli appositi elenchi, essere ricollocato presso altre amministrazioni([1814]). Decorso inutilmente tale periodo, il rapporto di lavoro s'intende definitivamente risolto.

Il legislatore ha, quindi, previsto un'ipotesi sanzionatoria, ulteriore rispetto al licenziamento disciplinare, ma che può determinare un eguale risultato e, cioè, l'estinzione del rapporto. In alternativa, potrebbe anche aversi una mobilità obbligatoria, con possibile adibizione a mansioni inferiori e, dunque, con un mutamento definitivo del rapporto di lavoro([1815]).

L'art. 55-bis, c. 7, prevede, infine, la sospensione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di quindici giorni, per il dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa amministrazione dell'incolpato o a una diversa, che, essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'autorità disciplinare procedente ovvero rende dichiarazioni false o reticenti.

### 3.4. I soggetti e le fasi del procedimento disciplinare.

Il procedimento disciplinare "legalizzato" è distinto in due tipi:

1. il primo, più snello e rapido, si applica alle infrazioni di minore entità (e, cioè, a quelle punibili con sanzioni superiori al rimprovero verbale e inferiori alla sospensione del servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni), a condizione che il responsabile della struttura abbia qualifica dirigenziale, e potremmo definirlo "semplificato";

2. il secondo, si applica a ogni tipo di infrazione, qualora il responsabile della struttura non abbia qualifica dirigenziale, ovvero alle sole infrazioni punibili con sanzioni più gravi delle precedenti (ossia, superiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni), e potremmo definirlo "complesso".

Vi è, poi, un terzo caso – quello d'infrazione per la quale sia prevista la sanzione del rimprovero

---

([1814]) Dovrà essere il provvedimento che definisce il giudizio disciplinare a stabilire le mansioni e la qualifica per le quali può avvenire il ricollocamento.

([1815]) È stato fatto notare che il legislatore sembra così avere risolto indirettamente, con una risposta positiva, il quesito – sorto con riferimento alla pregressa disciplina per il mancato richiamo, da parte dell'art. 55 del comma 4 dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, circa la legittimità di sanzioni comportanti un mutamento definitivo del rapporto di lavoro (F. Borgogelli, "*La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*", cit., 417). L'A. dubita, comunque, della congruità complessiva della nuova norma.

verbale – la cui disciplina è rimessa, in ragione della tenuità dell'evento, alla contrattazione collettiva.

### 3.4.1. Il procedimento semplificato.

Nel caso di procedimento semplificato, ai sensi del secondo comma dell'art. 55-bis, il responsabile, come detto, necessariamente con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, anche in posizione di comando o di fuori ruolo, quando ha notizia di comportamenti punibili, senza indugio e comunque non oltre venti giorni contesta per iscritto l'addebito al dipendente medesimo e lo convoca per il contraddittorio a sua difesa, con l'eventuale assistenza di un procuratore ovvero di un rappresentante dell'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato, con un preavviso di almeno dieci giorni.

Entro il termine fissato, il dipendente convocato, se non intende presentarsi, può inviare una memoria scritta o, in caso di grave ed oggettivo impedimento, formulare motivata istanza di rinvio del termine per l'esercizio della sua difesa. Dopo l'espletamento dell'eventuale ulteriore attività istruttoria, il responsabile della struttura conclude il procedimento, con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione.

Il procedimento deve concludersi, a pena di decadenza, entro 60 giorni dalla contestazione dell'addebito.

In caso di differimento superiore a dieci giorni del termine a difesa, per impedimento del dipendente, il termine per la conclusione del procedimento è prorogato in misura corrispondente. Il differimento, tuttavia, può essere disposto per una sola volta nel corso del procedimento.

### 3.4.2. Il procedimento complesso.

Nel caso in cui alla struttura non sia preposto un dirigente, ovvero per i casi più gravi, il procedimento rientra invece nella competenza degli uffici per i procedimenti disciplinari (u.p.d.), individuati da ciascuna amministrazione nell'esercizio delle proprie prerogative regolamentari([1816]).

Il responsabile della struttura o, per i casi più gravi, il dirigente trasmette gli atti relativi all'infrazione all'u.p.d., che provvede alla contestazione dell'addebito al dipendente, convocandolo per il contraddittorio a sua difesa; è sempre l'u.p.d. a istruire e concludere il procedimento.

I termini del procedimento complesso, ugualmente a carattere perentorio sono:

a) i medesimi di quelli del procedimento semplificato, laddove si tratti di procedimento di competenza dell'u.p.d. per assenza, nella struttura interessata, di una figura dirigenziale;

b) raddoppiati rispetto a quelli del procedimento semplificato negli altri casi (e, cioè, in caso di infrazioni punibili con le sanzioni più gravi).

Il termine per la contestazione dell'addebito decorre dalla data di ricezione degli atti trasmessi

---

([1816]) Sul punto, nulla è cambiato rispetto al "vecchio" art. 55. Sulle possibili difficoltà discendenti dall'eccessiva laconicità della legge sul punto e sulla necessità di un puntuale esercizio della potestà regolamentare da parte delle amministrazioni interessate, v. L. Oliveri, "*La riforma del lavoro pubblico*", Santarcangelo di Romagna, 2010, 408 ss.

ovvero dalla data nella quale l'ufficio ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione([1817]), mentre la decorrenza del termine per la conclusione del procedimento resta comunque fissata alla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora.

### 3.4.3. Norme di semplificazione e norme "varie" comuni ai due procedimenti.

Il comma 5 dell'art. 55-bis contiene norme di semplificazione in materia di informazione, stabilendo che tutte le comunicazioni al dipendente, nell'ambito del procedimento disciplinare, sono effettuate tramite posta elettronica certificata, nel caso in cui il dipendente dispone di idonea casella di posta, ovvero tramite consegna a mano. Per le comunicazioni successive alla contestazione dell'addebito, il dipendente può indicare, altresì, un numero di fax, di cui egli o il suo procuratore abbia la disponibilità. In alternativa all'uso della posta elettronica certificata o del fax e altresì della consegna a mano, le comunicazioni sono effettuate tramite raccomandata postale con ricevuta di ritorno.

Dopo avere escluso l'applicabilità di termini diversi o ulteriori rispetto a quelli fissati dal decreto, il legislatore ha, altresì, disciplinato l'attività istruttoria (comma 6 dell'art. 55-bis), stabilendo che nel corso dell'istruttoria, il capo della struttura o l'ufficio per i procedimenti disciplinari possono acquisire da altre amministrazioni pubbliche informazioni o documenti rilevanti per la definizione del procedimento. Tale attività, tuttavia, non può comportare la sospensione del procedimento, né il differimento dei relativi termini.

Gli ultimi due commi dell'art. 55-bis si occupano, poi, di raccordare il procedimento disciplinare con le ipotesi di trasferimento ovvero dimissioni del dipendente.

Nel primo caso, il procedimento disciplinare è avviato o concluso o la sanzione è applicata presso l'amministrazione presso cui il dipendente si è trasferito. In tali casi i termini per la contestazione dell'addebito o per la conclusione del procedimento, se ancora pendenti, sono interrotti e riprendono a decorrere alla data del trasferimento.

Nel caso di dimissioni, invece, se per l'infrazione commessa è prevista la sanzione del licenziamento o se comunque è stata disposta la sospensione cautelare, il procedimento disciplinare ha egualmente corso secondo le disposizioni dell'articolo 55-bis e le determinazioni conclusive sono assunte ai fini degli effetti giuridici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro.

## 3.5. Le impugnazioni: *requiem* per i collegi arbitrali di disciplina.

Uno dei punti più dolenti della previgente disciplina, come già segnalato, era costituito dall'eccessivo lassismo dei collegi arbitrali di disciplina.

Di fatto, le impugnazioni di fronte a tali organi si risolvevano in uno strumento di certo successo per il dipendente ricorrente, o in ragione dell'eccessiva protrazione dei tempi di durata dell'arbi-

---

([1817]) Tale ultima previsione, in difetto di un termine di utilizzabilità della notizia, rischia, tuttavia, di creare un *vulnus* nelle tutele in favore del dipendente, dal momento che l'u.p.d. potrebbe avere notizia dei fatti addebitabili anche dopo molto tempo dal verificarsi dei medesimi, con ciò attenuando pericolosamente il principio dell'immediatezza della contestazione.

trato, ovvero per la tendenza sistematica a considerare prevalentemente le ragioni dei dipendenti.

Così, da un lato, il comma 3 del nuovo art. 55, d.lgs. 165/01, vieta espressamente alla contrattazione collettiva di istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari; mentre il primo comma dell'art. 73, d.lgs. 150/09, vieta – a pena di nullità e dall'entrata in vigore della legge – l'impugnazione di sanzioni dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina([1818]).

L'unica facoltà – riconosciuta all'autonomia negoziale – è quella di prevedere forme, rigorosamente non obbligatorie, di conciliazione, eccetto che per i casi per cui sia prevista la sanzione disciplinare del licenziamento.

In ogni caso, tale ipotesi è limitata da una serie di vincoli legali:

1. i contratti collettivi devono comunque prevedere che il procedimento s'instauri e concluda entro un termine non superiore a trenta giorni dalla contestazione dell'addebito e, comunque, prima dell'irrogazione della sanzione (la procedura conciliativa, insomma, non può celare un'impugnazione di fatto)([1819]);

2. la sanzione concordemente determinata all'esito di tali procedure non può essere di specie diversa da quella prevista, dalla legge o dal contratto collettivo, per l'infrazione per la quale si procede([1820]);

3. il ricorso alla procedura conciliativa comporta la rinuncia all'impugnazione della sanzione che ne consegue.

I termini del procedimento disciplinare rimangono sospesi per l'intera durata della procedura di conciliazione e, in caso di esito negativo, riprendono a decorrere dalla sua conclusione.

### 3.6. I rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale.

Tra le principali novità vanno segnalate quelle contenute nell'art. 55-ter in materia di rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare, che, come abbiamo visto, costituiva uno dei punti maggiormente dolenti della previgente disciplina, avendo creato un'immotivata (e intollerabile) condizione di favore in vantaggio del dipendente pubblico (almeno, fino alla legge 97/01).

Con la riforma Brunetta può dirsi quasi del tutto cancellata la "pregiudizialità penale", cardine del precedente sistema, destinata a sopravvivere solo per le ipotesi più delicate.

Il primo comma dell'art. 55-ter, infatti, stabilisce il principio generale (e nuovo) per cui il procedimento disciplinare che abbia a oggetto fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale. Subito dopo, tuttavia, si distingue tra le infrazioni di minore gravità([1821]) – per le quali è sempre vietata la sospensione del procedimento disciplinare – e infrazioni di maggiore gravità.

---

([1818]) È ammessa soltanto la definizione, anche in questo caso a pena di nullità degli atti, dei procedimenti già pendenti, entro il termine di sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto.

([1819]) Ma è la contrattazione collettiva a stabilire gli atti della procedura conciliativa che ne determinano l'inizio e la conclusione.

([1820]) Tale previsione ha, dunque, sostituito il vecchio "patteggiamento", previsto dalla precedente versione dell'art. 55, d.lgs. 165/01.

([1821]) Le medesime poste alla base della distinzione tra procedimento "semplificato" e "complesso", dal primo comma dell'art. 55-bis.

Per queste ultime, il principio generale di "autonomia" del procedimento disciplinare trova comunque applicazione, salvo che la particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e la necessità di acquisire ulteriori elementi rispetto a quelli emersi in seno al procedimento disciplinare, non rendano necessario attendere la definizione del giudizio penale.

In ogni caso, è fatta salva la possibilità di adottare la sospensione del dipendente o altri strumenti cautelari.

La norma si preoccupa anche di definire il rapporto tra il giudicato penale e la sanzione disciplinare. In proposito, occorre distinguere:

a) se il procedimento disciplinare, non sospeso, si conclude con l'irrogazione di una sanzione e, successivamente, il procedimento penale viene definito con una sentenza irrevocabile di assoluzione che riconosce che il fatto addebitato al dipendente non sussiste o non costituisce illecito penale o che il dipendente medesimo non lo ha commesso, allora l'autorità competente, ad istanza di parte da proporsi entro il termine di decadenza di sei mesi dall'irrevocabilità della pronuncia penale, riapre il procedimento disciplinare per modificarne o confermarne l'atto conclusivo in relazione all'esito del giudizio penale;

b) se, invece, il procedimento disciplinare si conclude con l'archiviazione e il processo penale con una sentenza irrevocabile di condanna, l'autorità competente riapre il procedimento disciplinare per adeguare le determinazioni conclusive all'esito del giudizio penale.

Il procedimento disciplinare è riaperto, altresì, se dalla sentenza irrevocabile di condanna risulta che il fatto addebitabile al dipendente in sede disciplinare comporta la sanzione del licenziamento, mentre ne è stata applicata una diversa.

In tutti i casi ammessi di sospensione del procedimento disciplinare, lo stesso è, rispettivamente, ripreso o riaperto entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza all'amministrazione di appartenenza del lavoratore ovvero dalla presentazione dell'istanza di riapertura ed è concluso entro centottanta giorni dalla ripresa o dalla riapertura. La ripresa o la riapertura avvengono mediante il rinnovo della contestazione dell'addebito da parte dell'autorità disciplinare competente ed il procedimento prosegue secondo quanto previsto nell'articolo 55-bis. Ai fini delle determinazioni conclusive, l'autorità procedente, nel procedimento disciplinare ripreso o riaperto, applica le disposizioni dell'articolo 653, commi 1 ed 1-bis, del codice di procedura penale([1822]).

Al fine di agevolare il raccordo tra i due procedimenti (e di risolvere i prospettati problemi in ordine all'effettiva conoscenza della pronuncia da parte della pubblica amministrazione), l'art. 70 del d.lgs. 150/09 ha inserito, nel decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, un nuovo articolo – il 154-ter – a mente del quale è fatto obbligo, alla cancelleria del giudice che ha pronunciato sen-

---

([1822]) Art. 653, c.p.p.: << *1. La sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o non costituisce illecito penale ovvero che l'imputato non lo ha commesso.*
*1-bis. La sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso* >>.

tenza penale nei confronti di un lavoratore dipendente di un'amministrazione pubblica di comunicarne il dispositivo all'amministrazione di appartenenza e, su richiesta di questa, di trasmettere copia integrale del provvedimento. La comunicazione e la trasmissione devono essere effettuate con modalità telematiche, ai sensi del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, entro trenta giorni dalla data del deposito.

## 4. La lotta ai fannulloni e la guerra all'assenteismo: tutela dell'efficienza o riduzione delle tutele?

Nonostante la materia fosse stata oggetto di recentissimi (*rectius*, pressoché coevi) interventi([1823]), il legislatore è nuovamente intervenuto per disciplinare il sistema dei controlli sulle assenze, autentico "cavallo di battaglia" del processo riformatore([1824]); si è detto, infatti, che la lotta ai fannulloni passa anche per il contrasto all'assenteismo, nella convinzione che il malfunzionamento della cosa pubblica sia ascrivibile, in misura determinante o quantomeno considerevole, al malcostume e allo scarso rendimento di parte dei dipendenti pubblici([1825]).

Il decreto Brunetta è, quindi, intervenuto, nuovamente o ulteriormente disciplinando:

a) il titolo giustificativo dell'assenza;

b) le modalità di trasmissione di tale titolo;

c) i controlli ispettivi e le relative fasce orarie;

d) la responsabilità per il mancato esercizio dei doveri di controllo e di contrasto dell'assenteismo.

Per il primo aspetto, il primo comma dell'art. 55-septies prevede che nell'ipotesi di assenza per malattia protratta per un periodo superiore a dieci giorni, e, in ogni caso, dopo il secondo evento di malattia nell'anno solare, l'assenza può essere giustificata esclusivamente mediante certificazione medica rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale.

La norma è identica a quella precedentemente contenuta nell'art. 71, d.l. 112/2008 (ss.mm.ii.), per cui si può rinviare, quanto alla precisazione delle nozioni in essa contenute, alla circolare n. 7/08 della Funzione Pubblica([1826]).

La disposizione non incide sui tempi e sulle modalità della comunicazione dell'assenza all'amministrazione, lasciando tale regolamentazione all'autonomia collettiva; incide, invece, sulle modalità di trasmissione della certificazione.

Il comma 2 prescrive, infatti, che in tutti i casi di assenza per malattia la certificazione medica è inviata per via telematica, direttamente dal medico o dalla struttura sanitaria che la rilascia,

---

([1823]) Si far riferimento, in particolare, all'art. 71, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133), a sua volta modificato dall'art. 17, c. 23, decreto legge 1 luglio 2009, n. 78 (convertito con legge 3 agosto 2009, n. 102).
([1824]) Così, F. Carinci, "*La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*", cit., 981.
([1825]) Per una completa e approfondita ricostruzione della disciplina generale in materia di malattia del dipendente pubblico, anche successivamente alla riforma Brunetta, v. R. Casillo, "*La malattia del dipendente pubblico*", in L. Zoppoli, "*Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*", cit., 377 ss.
([1826]) Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, Ufficio Personale Pubbliche Amministrazioni, Servizio Trattamento Personale, circolare n. 7 del 17 luglio 2008, in www.innovazionepa.gov.it/media/204310/circolare_art71_dl112.rtf.

all'Istituto nazionale della previdenza sociale, secondo le modalità stabilite per la trasmissione telematica dei certificati medici nel settore privato dalla normativa vigente, e in particolare dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri previsto dall'articolo 50, comma 5-bis, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, introdotto dall'articolo 1, comma 810, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e dal predetto Istituto è immediatamente inoltrata, con le medesime modalità, all'amministrazione interessata.

E il comma 4 – per l'ipotesi d'inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione – prevede, come già visto (e in modo inderogabile dai contratti o accordi collettivi), la sanzione fino al licenziamento per i dipendenti inadempienti, e, per i medici in rapporto convenzionale con le aziende sanitarie locali, la decadenza dalla convenzione.

Tale innovazione è senz'altro positiva, ma la sua attuazione pratica è molto ardua, ove si considerino l'attuale stato di diffusione e manutenzione della rete informatica pubblica e la previsione – di cui al terzo comma dell'art. 55-septies – per cui l'Istituto nazionale della previdenza sociale, gli enti del servizio sanitario nazionale e le altre amministrazioni interessate svolgono le attività di trasmissione telematica con le risorse finanziarie, strumentali e umane disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Il legislatore è intervenuto anche sul regime dei controlli, stabilendo che l'amministrazione dispone il controllo in ordine alla sussistenza della malattia del dipendente anche nel caso di assenza di un solo giorno, tenuto conto delle esigenze funzionali e organizzative. Le fasce orarie di reperibilità del lavoratore, entro le quali devono essere effettuate le visite mediche di controllo, sono stabilite con decreto del ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione.

Si stabilisce, dunque, l'obbligatorietà dei controlli ispettivi anche per assenze di un solo giorno (salvo motivate esigenze funzionali e organizzative dell'ente) e si rimette al ministro la risoluzione della *vexata quaestio* delle fasce orarie di reperibilità del lavoratore, dopo le polemiche suscitate dalla previsione, di cui al terzo comma del già citato art. 71, d.l. 112/08, di intervalli di reperibilità compresi tra le 8.00 e le 13.00, nonché le 14.00 e le 20.00 di ogni giorno, compresi i non lavorativi e i festivi([1827]).

Da ultimo, come già segnalato in altra parte del presente scritto, il legislatore si è preoccupato di "incentivare" i controllori, prevedendo, a loro carico, pesanti sanzioni in caso di mancato o non corretto esercizio dei loro poteri (art. 55-septies, u.c.).

La particolare "aggressività" delle norme sull'assenteismo se ha il merito di alzare il livello di contrasto a un fenomeno particolarmente odioso e riprovevole, rischia, tuttavia, di coinvolgere anche

---

([1827]) Per quanto riguarda il trattamento economico erogabile in costanza di assenza per malattia, trova ancora applicazione il primo comma dell'art. 71, d.l. 112/08, a mente del quale <<*per i periodi di assenza per malattia, di qualunque durata, ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nei primi dieci giorni di assenza è corrisposto il trattamento economico fondamentale con esclusione di ogni indennità o emolumento, comunque denominati, aventi carattere fisso e continuativo, nonché di ogni altro trattamento accessorio. Resta fermo il trattamento più favorevole eventualmente previsto dai contratti collettivi o dalle specifiche normative di settore per le assenze per malattia dovute a infortunio sul lavoro o a causa di servizio, oppure a ricovero ospedaliero o a day hospital, nonché per le assenze relative a patologie gravi che richiedano terapie salvavita. I risparmi derivanti dall'applicazione del presente comma costituiscono economie di bilancio per le amministrazioni dello Stato e concorrono per gli enti diversi dalle amministrazioni statali al miglioramento dei saldi di bilancio. Tali somme non possono essere utilizzate per incrementare i fondi per la contrattazione integrativa*>>.

i soggetti effettivamente bisognosi di accedere alle sospensioni del rapporto di lavoro per esigenze di cura.

Non v'è dubbio, infatti, che la scelta del legislatore è stata quella di limitare il fenomeno delle assenze non soltanto nel suo aspetto degenerativo (l'assenteismo ingiustificato), attraverso la sanzione successiva, ma nella sua stessa evidenza, in quanto tale (l'assenza), attraverso la ricostruzione, in termini punitivi, delle stesse possibilità di accesso alla sospensione del rapporto di lavoro a causa di malattia.

Per converso, il legislatore non sembra aver tenuto adeguato conto del fatto che i controlli ispettivi riguardano in sostanza solo la presenza al loro domicilio degli "ammalati" e – nel caso in cui questi siano in effetti trovati in casa – hanno come massimo effetto il loro obbligatorio rientro il giorno successivo. Non è infatti verosimile – ed è comunque fuori dall'esperienza concreta – l'ipotesi di controllo che accerti lo stato di "non malattia" del lavoratore (anche nel caso, in passato ampiamente verificatosi, di assenze settimanali "seriali", ad es. tutti i lunedì).

## 5. Conclusioni.

È ancora presto per formulare giudizi definitivi in ordine a una riforma di ampio respiro come quella portata avanti attraverso il d.lgs. 150/09. La complessità dei fenomeni sottostanti, la pluralità e molteplicità dei soggetti coinvolti, le resistenze culturali, l'arretratezza delle dotazioni, sono tutti fattori che possono giocare un ruolo (negativo) decisivo in fase applicativa, a prescindere dalla bontà delle previsioni teoriche.

Alcuni primi dati, tuttavia, possono essere sottolineati da subito.

1. Sul piano delle infrazioni, delle sanzioni e del procedimento disciplinare non vi sono state (salvo i casi segnalati e, in particolar modo, la disciplina del rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare) vere e proprie innovazioni "sostanziali" rispetto alla disciplina faticosamente maturata a livello di autonomia negoziale e contenuta nei vari contratti di comparto. La novità è, semmai, costituita dal trasferimento di tale disciplina dal livello negoziale a quello legale, con un effetto più che pratico, di carattere "esortativo". Una sorta di ammonimento agli operatori affinché le norme, proprio perché legali e sottratte alla disponibilità delle parti, questa volta trovino puntuale ed effettiva applicazione.

2. Vi è una netta divaricazione tra le intenzioni dichiarate (allineamento del lavoro pubblico a quello privato; esaltazione dell'autonomia dei dirigenti) e un impianto normativo che traccia una disciplina "speciale" per il lavoro pubblico, riducendo i margini di autonomia collettiva, e che veste i dirigenti con una camicia di forza intessuta di norme inderogabili.

3. L'intera disciplina appare permeata da una diffidenza nemmeno troppo velata nei confronti delle capacità delle pubbliche amministrazioni di provvedere da sé, di farcela da sole. Diffidenza che ha ottimi motivi per essere coltivata, ma che non prelude a nulla di buono, laddove i soggetti chiamati a garantire il buon successo della riforma sono gli stessi di cui si diffida.

I prossimi anni diranno se i movimenti di assestamento possono dirsi conclusi o se sarà invece necessaria una nuova "riforma della riforma" del lavoro pubblico.

# I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*

Bruno Caruso

1. Il trattato di Lisbona: un trattato senza costituzione o un trattato post costituzionale? 510

2. Il tasso di socialità dei nuovi Trattati 511

3. Dopo la politica sociale, l'ora dei diritti 513

4. L'efficacia giuridica della Carta di Nizza è davvero "inefficace"? 514

5. La Carta alla prova del campo: le prime pronunce giudiziali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; tre dimensioni di efficacia 516

6. L'Europa dei diritti su cinque "pilastri" 521

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 81/2010

## 1. Il trattato di Lisbona: un trattato senza costituzione o un trattato post costituzionale?

Il fascicolo che si introduce, curato dal sottoscritto e da Raffaele De Luca Tamajo, fa seguito alla pubblicazione del precedente numero dove gli autori dei saggi, tutti giuslavoristi, si sono cimentati a leggere in parallelo i contenuti di alcuni dei diritti sociali fondamentali come normati e tutelati nell' (allora) ordinamento comunitario e nell'ordinamento nazionale.

All'analisi giustapposta o incrociata dei diritti sociali in generale (Caruso), del diritto al lavoro (Alaimo), della tutela contro il licenziamento illegittimo (Calcaterra), dei diritti di sicurezza e assistenza sociale (Ales), della tutela della salute dei lavoratori (Pasquarella – Ricci M.), si aggiunge ora quella del principio di uguaglianza e di non discriminazione (Militello), delle disposizioni in materia di diritto all'orario, riposi e ferie (Ricci G.); dei diritti collettivi classici, sciopero e conflitto (Lo Faro) e libertà sindacale (Fontana); del diritto alla formazione e all'istruzione (Lunardon).

Pur in un continuum di impostazione con i precedenti, i saggi del presente fascicolo si collocano su uno sfondo istituzionale diverso: il Trattato di Lisbona è entrato in vigore il primo di dicembre 2009 e con esso una serie di importanti disposizioni che producono riflessi diretti e indiretti sullo statuto giuridico dei diritti sociali fondamentali e sulla loro efficacia nell'ordinamento europeo.

È evidente che quel che prima dell'entrata in vigore del Trattato era un quesito teorico - cosa cambia per il cittadino italiano con la definizione di una piattaforma di diritti sovranazionale avente valore costituzionale, che si aggiunge alla piattaforma dei diritti riconosciuti dalla costituzione interna - diventa un quesito, ormai attuale, di diritto positivo.

Ciò ha un immediato riflesso lessicale sulla titolazione di questo numero speciale dedicato ai diritti sociali fondamentali nell'ordinamento europeo e non più, come prima, comunitario. Non si può più parlare, infatti, di ordinamento comunitario come nel precedente, ma di un diverso ordinamento giuridico: l'ordinamento dell'Unione Europea[1828].

Si tratta di un ordinamento non più basato sui tre pilastri (ora aboliti), risalenti al Trattato di Maastricht del 1992[1829], ma su due atti fondamentali (i Trattati consolidati), aventi valore costituzionale malgrado i mancati riferimenti formali alla Costituzione europea che contraddistinguevano l'abortito Trattato[1830]. Il diritto primario dell'Unione (la sua base costituzionale di fatto) si basa ora sul Trattato sull'Unione Europea (TUE), che fa riferimento ai principi fondamentali dell'Unione (le disposizioni comuni di cui al Titolo I), ai principi democratici e alle istituzioni (Titoli II e III), alle

---

[1828] Si v. G. Bronzini, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato e il ruolo della Corte,* in Riv. Crit. Dir. Lav., 2010, p. 1 ss.

[1829] I tre «pilastri» dell'Unione erano costituiti, nell'ordine, dalle tre Comunità europee considerate unitariamente, dalla politica estera e di sicurezza comune (P.E.S.C.) e dalla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale (G.A.I.).

[1830] Per una utile ricognizione prima dell'entrata in vigore e nell'incertezza del primo referendum Irlandese si veda P. Syrpis, *The Treaty of Lisbon: Much Ado…But About What?,* in Ind. Law. Jour., 2008, 37, 3, p. 219 ss. In generale nella già amplissima letteratura, F. Bassanini – G. Riberi, *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona,* 2008, il Mulino. Sulla formale decostituzionalizzazione del Trattato si v. J. Ziller, *Il trattato modificativo del 2007: sostanza salvata e forma cambiata del trattato costituzionale del 2004,* in Quad. Cost., 2007, n. 4, p. 875 ss.; N. Walker, *Not the European Constitution,* in Maastricht Journ. Eur. Comp. Law, 2008, 15, p. 135 ss.

disposizioni sulle cooperazioni rafforzate e all'importante capitolo sulla politica estera e sulla sicurezza comune (prima un pilastro autonomo) [1831]; infine, alle procedure para-costituzionali (nell'assetto costituzionale ibrido europeo, prendono il posto delle procedure di revisione costituzionale) di modifica dei trattati medesimi e di recesso dall'Unione (titolo VI disposizioni comuni).

Nel secondo Trattato (TFUE) confluiscono, invece, le complesse norme sul funzionamento dell'UE che nel Trattato per la costituzione costituivano la parte III di un unico trattato (politiche e funzionamento dell'Unione).

I due Trattati definiscono, dunque, un'Unione Europea unica, un solo complesso giuridico; *rectius* un ordinamento giuridico unitario, ancorché, come riconosce la dottrina più attenta, sui generis.

Gli effetti di costituzionalizzazione implicita dell'ordinamento europeo operati dal Trattato sono evidenti e messi bene in luce dalla dottrina costituzionalistica[1832]; così come pure l'effetto di *cross fertilization* costituzionale per quanto riguarda il riconoscimento e l'affermazione dei diritti che sarà, con tutta probabilità, accentuato dall'interscambio, attraverso il dialogo tra le Corti supreme, tra i cinque nuovi pilastri che reggono l'architettura dei diritti fondamentali in Europa: le clausole generali d'apertura del Trattato, i Principi generali dell'Unione, la Carta dei diritti fondamentali (da ora Carta di Nizza), la Convenzione Europea dei diritti umani, le tradizioni costituzionali nazionali (infra § 6)[1833].

Come si è detto, è probabile che con la revisione operata dal Trattato di Lisbona le competenze dell'Unione saranno suscettibili di incidere nella condizione della persona in misura ancora maggiore di quanto sia oggi[1834]. È pure probabile che il nuovo bilanciamento tra disposizioni relative ai diritti della persona e riferimenti (o mancati riferimenti) alla integrazione economica, a favore delle prime, consenta una visione d'insieme e non più a compartimenti stagni nelle relazioni tra diritti e mercato[1835].

## 2. Il tasso di socialità dei nuovi Trattati

Il TFUE non reca particolari novità per quel che concerne i diritti sociali. Vi confluiscono le norme sulle politiche sociali [art. 151 (ex 136) - 161 (ex 145)] e occupazionali [titolo IX sull'occupazione:

---

1831 Sui tali aspetti delle politiche europee nel Trattato si rinvia N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti del Trattato di Lisbona,* in Dir. Un. Eur., 2209,3, p. 660.

1832 Così soprattutto uno dei maggiori teorici della natura multilivello dell'ordinamento europeo, I. Pernice, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action,* in Cambridge Jour. Eur. Law, 2009, p. 389: «the reform not only facilitates the oversight and understanding of European primary law, but it can also be seen as recognizing its constitutional character implicitly, contrary to what was explicitly denied by the Brussels mandate».

1833 «With these new pillars (…) acting as the basis for the protection of fundamental rights in the Union, the Treaty of Lisbon makes it entirely clear that the powers of the Union, be they exercised by the European institutions or implemented by the Member States' authorities, are limited to what is compatible with the fundamental rights of the individual (…). With its reference to national constitutional traditions as a basis for European fundamental rights, the treaty maintains not only the necessary dynamics of rights protection, but also the necessary openness at the Union level for the continuous borrowing and trade-offs between national and the European standards of rights through the judicial dialogue between the two constitutional levels», I. Pernice, *The Treaty*, cit., 402.

1834 In tal senso, condivisibilmente, N. Parisi, *Funzioni e ruolo,* cit. pp. 661-662.

1835 P. Benvenuti, *La tutela giuridica delle istanze sociali nel tempo della globalizzazione*, in AAVV *Limitazioni della sovranità e processi di democratizzazione*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 227 ss.

art. 145 (ex 125) – 150 (ex 130)]. Tali disposizioni non innovano sostanzialmente - salvo marginali cambiamenti sul regime dell'esercizio delle competenze[1836] - il quadro dei riferimenti alle politiche (e ai diritti) sociali già consolidato con il Trattato di Nizza.

L'unica eccezione può essere considerata l'importante disposizione costituita dall'art. 152, inserita *ex novo* nel TFUE che formalizza e sintetizza un riconoscimento già presente nell'ordinamento comunitario: la funzione delle parti sociali nella concertazione istituzionale e il valore del metodo del dialogo sociale.

Si attribuisce all'Unione nel suo insieme - e non solo ad un suo organo specifico (la commissione) come previsto nella specifica ed esplicativa disposizione dell'art. 154 - il compito di promuovere, nella diversità dei sistemi nazionali e nel rispetto del principio di sussidiarietà, il ruolo delle parti sociali "al suo livello", e di facilitare il livello autonomo di dialogo sociale[1837]. Il compito della promozione del dialogo sociale è espressamente attribuito, nel secondo comma, al vertice sociale trilaterale (per la crescita e l'occupazione) che assume una specifica valenza di organo tripartito dell'UE.

La disposizione, ora contenuta nell'art. 152, nel progetto per il Trattato Costituzionale era inserita, invece, nel Titolo VI della I parte sulla vita democratica dell'Unione (art. I-47) e seguiva l'art. I-46 sul principio di democrazia partecipativa. La nuova collocazione (nel TFUE e non nel TUE) non ne altera il significato costituzionale. L'art. 152 va letto, infatti, in combinato disposto con l'art. 11 del TUE (ex art. 1-46) e, in particolare, con i commi 2[1838] e 3[1839], costituendone una specificazione con riguardo al metodo del dialogo sociale e della concertazione istituzionale. In tal modo, tali prassi vengono connesse non soltanto al pluralismo istituzionale ma pure al pluralismo sociale; non solo al principio di sussidiarietà verticale, ma anche al principio di sussidiarietà orizzontale.

---

[1836] A seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, le misure di cui all'art. 153 lett. a) e b) possono essere adottate dal Parlamento europeo – ed è questa un'importante novità – e dal Consiglio a maggioranza, secondo la procedura di codecisione, che è diventata la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni. Rimangono delle materie per le quali il Consiglio delibera secondo una procedura speciale, all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni. La regola dell'unanimità subisce però una deroga: la cosiddetta norma "passerella", infatti, prevede la possibilità che il Consiglio, deliberando all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, decida di rendere applicabile la procedura legislativa ordinaria nel caso di adozione di misure che riguardino le materie di cui alle lettere d (protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro); f (rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione) e g (condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano regolarmente nel territorio della Comunità). Questa deroga vale dunque per tutte le materie per le quali ordinariamente è invece prevista la regola dell'unanimità, tranne che per la materia di cui alla lettera c (sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori) che rimane soggetta alla procedura legislativa speciale.

[1837] Si rinvia al saggio di G. Fontana, *Libertà di organizzazione sindacale e diritto alla negoziazione collettiva,* in questa riv.; F. Dorssemont, *Some reflections on the origin, problems and perspectives of the European Social Dialogue*, in M.De Vos (eds), *A Decade Beyond Maastricht: The European Social Dialogue Revisited, Kluwer Law International*, 3-32; D.Comandè, *Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo: il paradigma dell'autonomia,* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT– n.76/2010; *D.Schiek, Autonomous Collective Agreements as a Regulatory Device in European Labour Law: How to Read Article 139 EC*, in Ind. Law Jour., 2005, n.1, p. 26ss.; N.Ramos Martìn, J.Visser*, A More 'Autonomous' European Social Dialogue: The Implementation of the Framework Agreement on Telework*, in Inter. Jour. Comp. Lab. Law Ind. Rel., 2008, n.4, p. 511ss.

[1838] «Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile».

[1839] «Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate».

Nel diritto primario europeo, dunque, viene data rilevanza alla concertazione sociale, comprensiva della negoziazione legislativa; un metodo di regolazione che, al più, negli ordinamenti nazionali, è oggetto di interventi di legislazione ordinaria o di prassi informale; e tale metodo viene agganciato, attraverso la lettura coordinata con l'art. 11 TUE, al principio democratico di rappresentatività, non solo istituzionale ma anche sociale.

Ne viene che il metodo della concertazione istituzionale, in ambito europeo, si radica sul, e si innerva nel, principio di democrazia partecipativa, attraverso il richiamo ad una rappresentatività sociale effettiva degli attori del dialogo sociale e non solo istituzionale[1840]. Sotto questo profilo il collegamento tra art. 152 TFUE e 11 TUE, finisce per avere una analoga valenza che nella Costituzione italiana assume il principio di democrazia sindacale (inteso quale principio costituzionale generale[1841]) contenuto nell'art. 39 comma 3° della Costituzione.

Con una differenza che non va trascurata: mentre nel caso della Costituzione italiana il riferimento al principio di democrazia e di rappresentatività (comma 4° dell'art. 39) è diretto, e connesso alla contrattazione collettiva e ad un modello contrattuale tipizzato in ragione della sua efficacia soggettiva (il contratto collettivo nazionale di categoria), nel sistema europeo il riferimento è necessariamente più vago; e ciò sia nel richiamo al metodo (il dialogo sociale dentro cui ci stanno sia la negoziazione autonoma di livello europeo, sia la concertazione istituzionale, sia la contrattazione legislativa, sia nuove prassi di consultazione informale riconducibili ad una sorta di *soft bargaining* [1842]); sia nel richiamo ancor più generico e indiretto al principio di democrazia e rappresentatività, attraverso il viatico dell'art. 11 TUE: il dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e con la società civile.

## 3. Dopo la politica sociale, l'ora dei diritti

Sul piano delle competenze sociali dell'Unione - se non del riconoscimento e dell'affermazione dei diritti – si ritiene che il nuovo quadro regolativo abbia costituito, invece, un passo indietro.

Alcuni autori[1843] paventano, infatti, che l'accentuato riferimento al Metodo del coordinamento –

---

[1840] B. Caruso, *Democrazia sindacale e rappresentatività. Verso un insolito (evitabile?) destino: la postdemocrazia sindacale*, in Quad. Rass. Sind., 2005, n. 1, p. 75. I problemi legati alla questione della rappresentatività dei sindacati sono stati affrontati dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia in occasione del ricorso presentato dall'associazione europea delle PMI (UEAPME) per la sua esclusione dal processo negoziale che aveva condotto all'accordo e poi all'adozione della direttiva sui congedi parentali (COM(93)600; COM(98)622). La Commissione, nella sua Comunicazione, ha individuato tre criteri di rappresentatività in base ai quali do-vrebbe trattarsi di organizzazioni: 1) cross industry, b) di cui facciano parte organizzazioni sindacali già riconosciute come rappresentative nei rispettivi ambiti nazionali, c) che dispongano di strutture adeguate e idonee a garantire la loro effettiva partecipazione nell'applicazione dell'Accordo sulla Politica sociale. Il Tribunale di Prima Istanza, dal canto suo, nella decisione del ricorso presentato dall'UEAPME, non ha fatto molti passi in avanti essendosi limitato a dire che sarà la Commissione a dover valutare, caso per caso e in ragione del tema oggetto della trattativa, se i partecipanti sono direttamente interessati alla materia e se hanno una rappresentatività cumulativa sufficiente tale da poter rappresentare tutte le categorie di imprese e di la-voratori a livello comunitario (TPI, 17 giugno 1998, UEAPME c. Consiglio, T-135/96, Racc. p. II-02335).

[1841] B. Caruso, Contributo allo studio della democrazia nel sindacato, Giuffrè, Milano, 1986.

[1842] Sulle molte declinazioni di dialogo sociale che connotano il panorama europeo si rinvia a D. Comandè, *Negoziazione e contratto collettivo europeo nel pluralismo ordinamentale*, tesi di dottorato in Diritto del lavoro europeo, 2009, spec. cap. II.

[1843] E. Ales, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un'analisi "genealogica"*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2009, n. 3, p. 52; S. GIUBBONI, M. MILITELLO, *Commento agli articoli 151-161, Titolo X, Politica Sociale, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in A. CURTI GIALDINO (a cura di), *Commentario del Trattato di Lisbona*, di prossima pubblicazione per i tipi dell'Editore Simone di Napoli.

ora visibile pure nelle disposizioni sulle competenze (art. 5 comma 3 TFUE) - avrebbe definitivamente "declassato" lo strumento dell'armonizzazione mediante direttive. Già valutare il tasso di socialità di un ordinamento in ragione delle competenze e non della sostanza dei diritti (il cui problema è semmai l'effettività procedurale), è quanto meno concettualmente dubbio.

Se si vuole, in ogni caso, rimanere su questo piano è, invece, sostenibile che l'indubbia valorizzazione del metodo del coordinamento come tecnica di regolazione non implica necessariamente che, nelle materie sociali, l'integrazione mediante il diritto ceda del tutto a favore di processi di convergenza soft mediante quel metodo.

È prevedibile che nelle materie di competenza concorrente l'integrazione mediante il diritto secondario continuerà ad avvenire - come avviene ormai da qualche tempo - non attraverso direttive dettagliate, ma attraverso direttive leggere, caratterizzate da norme quadro e da principi che gli Stati potranno adattare flessibilmente ai loro ordinamenti, in modo da mantenere, per quanto possibile, i tratti specifici dei propri sistemi di regolazione del lavoro.

Anche tali direttive, proprio per queste caratteristiche, sono, tuttavia, riconducibili all'ambito della governance *by persuasion* cui appartiene lo stesso metodo del coordinamento non regolativo: si fa riferimento alle cdd. "direttive di seconda generazione" in materia sociale al cui novero appartiene, solo per fare un es., anche la recente direttiva sul lavoro temporaneo.[1844]

## 4. L'efficacia giuridica della Carta di Nizza è davvero "inefficace"?

Quel che più interessa, in ragione della presentazione dei saggi in oggetto, è lo stato dell'arte del fondamento costituzionale dei diritti sociali nell'ordinamento dell'UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Due tesi, schematizzando molto, si contendono il campo. Secondo una prima, la formale entrata in vigore ad efficacia piena della Carta dei diritti fondamentali[1845], non muta il quadro giuridico già assestatosi dopo la sua originaria redazione che ha seguito alle due convenzioni fondative. Molto più importante, per il profilo della tutela effettiva dei diritti individuali, sarebbe invece l'adesione formale dell'Unione alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali[1846].

La giurisprudenza della Corte di giustizia (ma anche le Corti interne) l'hanno già ampiamente utilizzata in un crescendo di richiami[1847], insieme ad altre piattaforme di diritti, in ragione del suo valore meramente ricognitivo di diritti già riconosciuti nelle costituzioni nazionali e in dichiarazioni internazionali.

---

[1844] Si rinvia a A. Alaimo e B. Caruso, *Dopo la politica i diritti: l'Europa 'sociale' dopo il Trattato di Lisbona,* relazione al convegno su *Le innovazioni del Trattato di Lisbona in tema di competenze dell'Unione e di tutela dei diritti,* Catania, 9-10 aprile 2010, dattiloscritto.

[1845] Non più attraverso la tecnica dell'incorporazione (Titolo II del Trattato per la Costituzione europea) ma attraverso la diversa tecnica del rinvio: art. 6 comma 1 TUE: "La Carta (…) ha lo stesso valore giuridico dei Trattati". Considera, invero, apoditticamente, più debole la tecnica del rinvio rispetto a quella della incorporazione (non risultando chiaro quale sarebbe la diversa dimensione di efficacia), F. Seatzu, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona,* in La Comunità internazionale, 2009,11, p. 48.

[1846] P. Syrpis, *The Treaty of Lisbon: Much Ado*, cit. p. 234.

[1847] B. Caruso, M. Militello*, La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, n. 2, p. 147. Cfr. anche il dossier a cura di F. Amici, V. Papa, E. Saccà, *Le Corti e la Carta di Nizza. Tecniche di argomentazione e attività interpretativa*, n. 12/2009, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm.

La Carta dei diritti, secondo questa tesi[1848], avrebbe già dato tutto quel (poco) che avrebbe potuto dare negli anni della sua lunga transizione; avrebbe, cioè, già per intero espresso (ed esaurito) il suo potenziale; per cui il passaggio dallo status di soft law comunitaria a quello di diritto primario dell'UE con efficacia diretta e immediata (giusto lo status giuridico del trattato) nulla aggiungerebbe sotto il profilo della tutela effettiva (onde il richiamo shakespeariano a "tanto rumore per nulla").

La Corte di giustizia europea, soprattutto nei casi Laval e Viking[1849], ha già operato un ampio riconoscimento dei diritti sociali fondamentali di natura collettiva contenuti nella Carta, ma ha inserito gli stessi in un circuito di bilanciamento con le libertà economiche fondamentali di qualità tale, che avrebbe finito per nuocere alla loro affermazione come diritti dotati di effettività, in ciò addirittura disattendendo anche precisi segnali e richiami provenienti dalla CEDU[1850]. L'entrata in vigore della Carta non muterebbe questa condizione di minorità (o di minor peso) - è previsione pessimistica diffusa tra i giuristi che si sono occupati dei casi – dei diritti sociali collettivi rispetto alle libertà economiche fondamentali[1851]. Il problema, anzi, per i giuristi nazionali, sarebbe di indurre le Corti costituzionali ad erigere barriere giuridiche (in forma di teoria dei controlimiti) contro l'invadenza della Corte di giustizia che rischierebbe, con la propria giurisprudenza, di inquinare la purezza e compromettere l'assolutezza dei diritti sociali nella dimensione nazionale[1852].

A mitigare tali pessimistiche previsioni varrebbe oggi richiamare il disposto dell'art. 53 della Carta[1853] che rende operativo ed esplicito il principio della prevalenza della migliore tutela dei diritti nell'ordinamento multilivello; ciò anche a voler trascurare che già il richiamo del precedente art. 6, nella versione del Trattato di Nizza, alle tradizioni costituzionali nazionali ("comuni degli stati membri") avrebbe impedito, sotto il profilo costituzionale, ogni interpretazione al ribasso degli standard nazionali in virtù dell'applicazione del diritto europeo.

A tale tesi se ne contrappone un'altra: il passaggio da uno statuto giuridico debole dei diritti fondamentali ad uno statuto giuridico forte, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non potrà

---

1848 Per tutti Syrpis, *The Treaty of Lisbon: Much Ado*, cit. p. 234

1849 B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking),* in Rass. Dir. Pub. Eur., 2008,2, p. 11 ss.

1850 Soprattutto per quanto riguarda il diritto di contrattazione collettiva (sentenza *Demir e Baykara c. Turchia*, 12.11.2008) e il diritto di sciopero dei dipendenti pubblici (sentenza *Enerji Yapi – Yol Sen c. Turchia*, n. 68959/01, 21.04.2009). Per un commento si rinvia a G. Bronzini, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, p. 975 ss.; si v. pure i richiami in G. Fontana, *Libertà di organizzazione sindacale e diritto alla negoziazione collettiva*, in q. riv. La Corte di Strasburgo, con questi due importanti *arret*, ha sancito la riconducibilità del diritto di sciopero e di negoziazione collettiva alla copertura dell'art. 11 della CEDU.

1851 Per tutti cfr. G. Orlandini, Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2008, p. 237 ss.; v. pure U. Carabelli, Europa dei mercati e conflitto sociale, Cacucci, Bari. 2009, p. 155.

1852 M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2008, n. 2, p. 371 ss.; U. Carabelli, *Europa dei mercati*, cit.

1853 L'articolo 53, rubricato "Livello di protezione" stabilisce che "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'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri".

essere senza conseguenze sul piano dell'affermazione e non soltanto del riconoscimento dei diritti sociali fondamentali[1854]; con quale effetto sul piano delle tecniche giudiziali di bilanciamento tra diritti e libertà economiche è tutto da vedere.

## 5. La Carta alla prova del campo: le prime pronunce giudiciali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; tre dimensioni di efficacia

Allo stato, a soli pochi mesi dall'entrata in vigore del Trattato e di mutamento di status giuridico della Carta, non possono registrarsi definitivi mutamenti di indirizzo; l'arco temporale è insufficiente a considerare l'affermazione di una tendenza.

Si registrano però alcuni importanti casi giurisprudenziali che vale la pena citare per il richiamo assolutamente nuovo alla Carta di Nizza. Alcuni delle Corti domestiche, altri provenienti dalla Corte di giustizia e dagli avvocati generali.

Per quanto riguarda le Corti domestiche il segnale più importante[1855] è un passaggio contenuto in una recente pronuncia della Corte di Cassazione (sent. 2 febbraio 2010 n. 2352) in materia di demansionamento e danno alla professionalità. Si tratta di un pronunciamento talmente auto esplicativo - anche per la relazione di reciproca interazione tra diritti costituzionali e diritti affermati nella Carta dei diritti dell'UE - che si commenta da solo e vale, pertanto, la pena riportare per intero:

"*Una (…) puntualizzazione dev'essere posta in relazione alla entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009) che recepisce la Carta di Nizza con lo stesso valore del Trattato sulla Unione e per il catalogo completo dei diritti umani. I giudici del rinvio dovranno ispirarsi anche ai principi di cui all'art. 1 della Carta, che regola il valore della dignità umana (che include anche la dignità professionale) ed allo art. 15 che regola la libertà professionale come diritto inviolabile sotto il valore categoriale della libertà. I fatti dannosi in esame vennero commessi prima della introduzione del nuovo catalogo dei diritti (2000-2001), ma le norme costituzionali nazionali richiamate bene si conformano ai principi di diritto comune europeo, che hanno il pregio di rendere evidenti i valori universali del principio personalistico su cui si fondano gli Stati della Unione. La filonomachia della Corte di Cassazione include anche il processo interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e costituzionali ai principi non collidenti ma promozionali del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza che esso pone a fondamento del diritto comune europeo.*

Anche sul versante della giurisprudenza europea arrivano segnali importanti nel senso di un utilizzo della Carta allo scopo di rafforzare l'effettività dei diritti, oltre il loro formale riconoscimento; di un uso, dunque, più pregnante e incisivo.

---

[1854] B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale, cit.* R. Bifulco, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea,* in Rass. Parl., 2005, 1, p. 63 ss., L. S. Rossi, *How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon,* Yearbook of Eur. Law, 2008. 27. P. 65 ss. I. Pernice, op. loc. cit.

[1855] Già prima dell'entrata in vigore del trattato, ma dopo la ratifica dell'Italia, alcune pronunce dei giudici domestici avevano fatto riferimento alla Carta di Nizza applicandola direttamente e affermandone i diritti e i principi ivi contenuti: Trib. Bari 19 novembre 2009, n. 3478 che ritiene di non aderire all'indirizzo delle sezioni unite delle Cass. sulla non autonomia e, dunque, sulla non cumulabilità del risarcimento del danno morale e del danno biologico, proprio in virtù del richiamo diretto dell'art. 2 della Cost. in relazione "all'art. 1 della Carta di Nizza contenuta nel Trattato di Lisbona ratificato dall'Italia". Si v. pure il Giudice di pace di Bari, 26 giugno 2009, n. 4934.

Si può fare riferimento, in primo luogo, alla pronuncia della Corte di giustizia nella causa Seda Kücükdeveci (C-555/07) del 10 gennaio 2010. Qui quel che più rileva non è tanto il richiamo esplicito all'art. 6 del Trattato di Lisbona[1856], quanto la decisione finale cui giunge la Corte. Essa dichiara, infatti, in contrasto con il diritto europeo antidiscriminatorio (per età) una normativa tedesca riguardante la disciplina del licenziamento; istituto, come è noto, su cui i Trattati precedenti, e ora il TFUE, prevedono una competenza da esercitarsi all'unanimità e sul quale, attualmente, non esiste alcuna regolazione diretta di diritto europeo secondario (ora art. 153 § 4 ex art. 137); mentre insiste, ora, l'art. 30 della Carta che pone, a livello di diritto sociale fondamentale europeo, il principio della tutela contro il licenziamento illegittimo; diritto che tuttavia non viene richiamato nella motivazione dalla Corte[1857].

In tal senso la Corte conferma se stessa: i principi generali dell'UE[1858] - che riguardano materie escluse dalle competenze sociali dell'Unione, come lo sciopero, la libertà di associazione sindacale, la retribuzione e ora anche i diritti fondamentali della Carta - finiscono per costituire un volano di espansione di fatto del suo controllo diffuso di costituzionalità, a prescindere dal gioco formale delle competenze e delle materie attribuite.

Tale orientamento della Corte di giustizia ribadisce quel che è già noto circa la funzione della sua giurisprudenza, sin dal *leading case* [Stauder v. City of Ulm, (1969) ECR, para 7]: essa, prima della Carta, non ha svolto soltanto la funzione surrogatoria rispetto alla Costituzione scritta di elaborare un "*judge-made law, unwritten Bill of rights*"; ma ha contribuito, in combinato con il principio del primato del diritto europeo, a sollecitare una integrazione (ed un identità) europea non basata soltanto sull'unificazione dei mercati [1859].

Sembra, pure, confermare che la collocazione della Carta nel novero del diritto primario dell'Unione, finirà per produrre conseguenze salienti e ulteriori rispetto al precedente quadro istituzionale: a) nei rapporti tra tutela sovranazionale e costituzionale (interna) dei diritti; b) nei rapporti l'affermazione dei diritti e le competenze sociali dell'Unione (nel rapporto cioè tra art. 6 del TUE e TFUE; c) infine, nei rapporti tra diritti sociali e libertà economiche.

E tutto questo al di là delle disposizioni formali che tendono a ridurre la portata applicativa della Carta di Nizza con le clausole orizzontali[1860] e della eccentrica clausola di *opting out* , a certi effetti,

---

[1856] Sentenza Corte di Giustizia, C-555/07, Seda Kücükdeveci, 19 gennaio 2010, punto 22: «Va del pari rilevato che l'art. 6, n. 1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati […]». Tale richiamo si aggiunge alla citazione della formulazione anteriore della norma attraverso il riferimento che ne fa la direttiva 2000/78/CE.

[1857] L. Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in questa rivista, 2009, n. 1.

[1858] Cfr. C-307/05, *Yolanda Del Cerro Alonso*, 13 settembre 2007; ma pure C- 341/05, *Laval*, 18 dicembre 2007; C-438/05, *Viking*, 11 dicembre 2007.

[1859] Per più ampie considerazioni A. Knook, *The Court, the Charter and the Vertical Division of Powers in the European Union,* in Com. Mar. Law Rev., 2005, 42, p. 367 ss.; M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza della Corte,* in *Le nuove istituzioni europee,* a cura di F. Bassanini e G. Tiberi, cit. Id. *L'ora dei diritti fondamentali,* in *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee,* Il Mulino, Bologna, 2008.

[1860] Sulla controversa portata delle clausole orizzontali contenute negli articoli 51 e 52 della Carta di Nizza si rinvia ad 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. Pubbl. Comunit., 2005, p. 51 ss. Pure Bronzini op. cit., 12. La disposizione più indicativa della discrasia tra contenuti formali delle disposizioni orizzontali e loro efficacia (limitativa) sostanziale è costituita dall'art. 52 (*Portata e interpretazioni dei diritti e dei principi),* in particolare

dalla Carta nei confronti di Polonia e Gran Bretagna contenuta nell'apposito protocollo[1861]; e pur dovendosi affermare che il gioco delle clausole orizzontali e i limiti di efficacia della Carta conducano ad escludere, almeno nell'immediato, la possibilità di prefigurare l'ipotesi di cittadini che, subendo una lesione da parte dello Stato, possano rivolgersi direttamente ad un giudice domestico, facendo valere il proprio diritto secondo le disposizioni della Carta e richiedendo, magari, un ristoro risarcitorio nei confronti dello stato autore della violazione[1862].

a) Con riguardo al *rapporto tra tutela sovranazionale e domestica dei diritti*, sembra assumere rilievo, sempre più, la prospettiva della tutela multilivello sulla base di due presupposti: i) che la primazia del diritto sovranazionale sulle costituzioni interne non ha fondamento gerarchico ma funzionale; né si tratta di un primato incondizionato, ma solo in ragione della funzione della migliore tutela possibile dei diritti, giusto l'art. 53 della Carta; ciò in quanto i rapporti reciproci tra le diverse componenti di un ordinamento composito - che sussume ma non nega gli stati - sono basati su relazioni pluraliste e cooperative[1863]; ii) questo implica che anche i rapporti tra le alti Corti di cui si compone l'ordinamento multilivello (Corte di Giustizia dell'UE, Corte Europea, e Corti costituzionali) si fondano su relazioni di reciproca considerazione, riconoscimento e cooperazione . La tutela sovranazionale del diritto di sciopero e di negoziazione collettiva è a tal proposito emblematica: a fronte della criticabile ma spiegabile (nel contesto dei vecchi Trattati) operazione di bilanciamento asimmetrico operato dalla Corte di giustizia nei casi Laval e Viking (soprattutto nel primo [1864]), si pone oggi una crescita di pregnanza e di peso giuridico di tali diritti - riconosciuti dalla CEDU nei rapporti interni agli stati come diritti universale che prescindono da formali competenze o ratifiche - anche nel bilanciamento con le libertà economiche considerate, pur esse, come fondamentali nell'ordinamento europeo (infra punto c).

b) Con riguardo al rapporto tra Carta dei diritti e competenze sociali (ridotte) dell'UE esso suscita, come detto, preoccupazioni tra i giuristi del lavoro, proprio perché "il livello di integrazione della Carta dei diritti nel quadro istituzionale previsto dal Trattato" è ancora basso o prudente. Tale relazione è, infatti, esplicitamente ancorata ad un "generale principio di non interferenza", oltre che a criteri formali di ripartizione e, "contraddittoriamente, ad un principio di separazione"[1865].

---

il § 5 sulla portata meramente programmatica dei principi, e applicazione diretta e orizzontale da parte della Corte di giustizia del principio di non discriminazione e di uguaglianza (qualificato, invece, come principio e non come diritto). Si rinvia a C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione Europea,* il Mulino, 2008; M. Militello, *Principio di eguaglianza e non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in questa riv.

[1861]Non si spiegherebbe altrimenti la protervia dei due stati nel richiedere il protocollo malgrado le clausole orizzontali in larga misura frutto della pressione della GB. Sulla portata giuridica del Protocollo n. 30 (applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito), che potrebbe determinare la necessità da parte della Corte di giustizia di amministrare una Carta "a geometria variabile', il dibattito è in pieno svolgimento; si rinvia a F. Seatzu, *La tutela dei diritti fondamentali,* op. cit. p. 51 ss. E. Pagano, *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali,* in Dir. Pubbl. comp. Eur., 2008,1, p. 99 ss. N. Parisi, *Funzioni e ruolo, cit.* p. 656.

[1862] R. Bifulco, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* op. cit. 79 e ivi ulteriori richiami.

[1863] I. Pernice, *The Treaty of Lisbon,* p. 383.

[1864] Spiegabile anche in ragione del fatto che l'obiettivo del mercato unico nella dimensione europea finisce per avere una originale pregnanza che non può essere spiegata qualora si assuma unilateralmente l'ottica della costituzione interna. Questa prospettiva assunta dai critici di sinistra delle sentenze Viking e Laval trascura per altro, come altrove evidenziato, i nuovi dati della costituzione interna dopo riforma del 2001 (art. 117 primo comma e 120 primo comma Cost.).

[1865] Le espressioni virgolettate sono di F. Seatzu, op. loc. cit., p. 50.

E, tuttavia, questo - come la citata sentenza *Seda Kücükdeveci* dimostra e come correttamente previsto dalla migliore dottrina costituzionalista - non impedisce che il dialogo tra le corti e l'uso della Carta possa produrre "sebbene non intenzionalmente, la protezione dei diritti fondamentali all'interno degli stati membri, in materie che non rientrano direttamente nell'ambito di azione europea"[1866].

c) Con riguardo, infine, alle operazioni di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche fondamentali - vero *punctum dolens* della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia secondo gran parte della dottrina giuslavorista - è ancor presto per dire se finirà per prevalere l'ipotesi della irrilevanza (su questa giurisprudenza) del nuovo status giuridico della Carta e del nuovo quadro costituito dal Trattato di Lisbona; ovvero, l'ipotesi giusta la quale le future operazioni di bilanciamento non potranno non tener conto che si è di fronte ad un quadro radicalmente mutato; se non altro per il riconoscimento formale, per la prima volta, dei diritti sociali in un atto avente fondamento di costituzione sovranazionale [1867]. Nel Trattato e nella Carta, a cui l'art. 6 rinvia, viene sancita la piena e pari equipollenza, in ragione della indivisibilità, di tali diritti con altri diritti individuali di natura civile, politica, culturale, esistenziale, tutti aggregati intorno a quel vero è proprio meta principio (o meta diritto) unificante che è la dignità della persona (art. 1 della Carta dei diritti fondamentali)[1868]. A tale proposito qualche segnale arriva da quei pionieri della nuova frontiera dell'integrazione sociale che si stanno rivelando gli avvocati generali della Corte di giustizia. Sono costoro che hanno già assunto il compito di sondare il terreno per i nuovi insediamenti dei diritti sociali nell'ordinamento in costruzione su cui si collocherà, magari, successivamente e con tempi più laschi la Corte. Si può fare riferimento, in tal senso, alle conclusioni dell'avv. Generale Verica Trstenjak presentate il 14 aprile 2010 Causa C-271/08, Commissione europea contro Repubblica federale di Germania, ove al § 79 si afferma:

*Con il Trattato di Lisbona – nel caso di specie non rilevante ratione temporis – è stato oltremodo rafforzato il nesso del diritto di negoziazione collettiva con il diritto primario, visto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata dichiarata giuridicamente vincolante dall'art. 6 TUE. Attraverso questo generico richiamo alla Carta il diritto di negoziazione collettiva di cui all'art. 28 della medesima Carta viene ora espressamente sussunto nell'alveo del diritto primario*".

Ancor più esplicite le affermazioni dell'avv. Generale Pedro Cruz Villalón presentate il 5 maggio 2010 - Causa C-515/08, Santos Palhota e a. nella cruciale materia del rapporto tra distacco dei lavoratori e libera prestazione dei servizi.

Egli afferma:

*"51. Ciò nondimeno, a partire dal 1º dicembre 2009, data in cui è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, si deve tener conto di varie disposizioni di diritto primario in materia sociale che interessano l'ambito delle libertà. In concreto, il distacco di lavoratori, nei limiti in cui può modulare l'intensità della libera prestazione dei servizi, deve essere interpretato alla luce delle disposizioni sociali introdotte dal citato Trattato. Difatti, l'art. 9 TFUE contiene una clausola trasversale di protezione sociale che obbliga le istituzioni a prendere in considerazione le «esigenze connesse con la*

---

[1866] I. Pernice, *The Treaty of Lisbon,* cit., p. 402; G. Bronzini, *I diritti fondamentali,* cit. p. 12 e ivi ulteriori riferimenti.

[1867] Decisamente in tal senso, R. Bifulco, *Dignità umana,* cit.

[1868] Sul principio diritto alla dignità si rinvia a P. Becchi, *Il principio dignità umana,* Morcellana, 2009. U. Vincenti, *Diritti e dignità umana,* Laterza, Bari, 2009.

*promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». Tale esigenza viene formulata dopo la dichiarazione, contenuta nell'art. 3, n. 3, TUE, che la costruzione del mercato interno si concretizza attraverso politiche basate su «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale (…).*

*52. Tale mandato sociale si riflette ancor più nitidamente nell'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali, testo che ora è entrato a far parte del diritto primario dell'Unione e in cui si dichiara che «[o]gni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose». Tra le condizioni enunciate è prevista una garanzia relativa alla durata del lavoro, ai periodi di riposo e alle ferie annuali che illustrano, sebbene non in modo esaustivo, un regime minimo di tutela a favore del lavoratore.*

L'impostazione dell'avv. Generale Pedro Cruz Villalón pare oltremodo esplicativa del "*change*", perché è evidente che si tratta della indicazione di una nuova interpretazione alla Corte: la valutazione di ragionevolezza attraverso il test di adeguatezza, necessità e proporzionalità nelle operazioni di ponderazione giudiziaria tra diritti e libertà non cambia. Lo strumento del bilanciamento è il più adeguato per le ipotesi di contemperamento costituzionale. Quel che cambia, invece, rispetto a prima, è il peso ponderale specifico a favore della tutela del lavoro se è vero che:

*53. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona implica che, qualora le condizioni di lavoro si presentino come motivi imperativi d'interesse generale che giustificano una deroga alla libera prestazione dei servizi, esse non devono più essere interpretate restrittivamente. Nella misura in cui la protezione del lavoratore diventa un fattore meritevole di essere tutelato direttamente dai Trattati, non ci troviamo più dinanzi ad una mera deroga ad una libertà, né, tantomeno, dinanzi ad una deroga non scritta e ricavata dalla giurisprudenza. Il nuovo sistema del diritto primario, imponendo obbligatoriamente un elevato grado di protezione sociale, sta facendo sì che gli Stati membri, in nome della salvaguardia di un determinato livello di protezione sociale, possano giungere a porre limiti ad una libertà, e li autorizza a ciò senza che il diritto dell'Unione consideri siffatta limitazione atto straordinario e, in quanto tale, soggetto ad una valutazione restrittiva. Detta tesi, suffragata dai nuovi precetti dei Trattati poc'anzi ricordati, trova espressione, nella pratica, nell'applicazione del principio di proporzionalità."*

Onde le consequenziali conclusioni:

*"54. Perciò, le misure di carattere sociale controverse dello Stato ospitante, per poter essere giustificate nei termini poc'anzi esposti, devono risultare idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto risulti necessario per realizzare il detto obiettivo. Tale criterio di proporzionalità, che la Corte di giustizia ha applicato regolarmente nella giurisprudenza in materia di libertà fondamentali, è comunemente conosciuto come, rispettivamente, il test dell'adeguatezza e della necessità.*

*55. Occorre pertanto stabilire se le misure controverse costituiscano una restrizione della libera prestazione dei servizi, e, successivamente, in caso di risposta affermativa, si dovrà valutare se esse siano giustificate applicando il controllo di proporzionalità. Tale analisi deve essere effettuata in maniera individuale, esaminando separatamente ognuna delle misure in questione, e alla luce di un parametro di controllo che, in applicazione del Trattato, risulti particolarmente sensibile rispetto alla protezione sociale del lavoratore".*

## 6. Il fondamento costituzionale dei diritti sociali in Europa su cinque pilastri

Se si vogliono tirare le fila da questo excursus, si può iniziare considerando più definita e certa la nuova base costituzionale dei diritti sociali fondamentali. Essi traggono il proprio fondamento da disposizioni di diritto primario dell'UE. Si tratta di un esito più rispettoso del principio di certezza del diritto che nulla toglie alla fondamentale funzione *pretoria* delle Corti di affermazione dei diritti.

Tale esito esprime compiutamente, in una fase di difficoltà politica ed economica del processo di integrazione europea, il disegno (e la natura) originari e originali di questo processo; disegno e natura che presuppongo non la costituzione di superordinamento con impresse le stigmati, note, della formazione statuale, ma quelle meno caratterizzanti di un metaordinamento, di una formazione giuridica, economica e identitaria sovranazionale, assolutamente unica.

Essa rappresenta l'inveramento di un pluralismo giuridico (di principi) che tende a superare il pluralismo ordinamentale classico[1869]; se si trattasse di questo, infatti, saremmo di fronte ad un ordinamento che manterrebbe, nel momento in cui sussume il concetto stesso di ordinamento, pretese di autorità, incommensurabilità, esclusività, coerenza, sovranità, autosufficienza normativa.

La costruzione europea multilivello che tiene reticolarmente insieme pezzi di un mosaico che si muovono autonomamente, pur in un movimento comune organizzato e sincronizzato in un sistema (come i singoli pianeti in un sistema stellare unico), va considerata a partire dalle sue specificità.

Come notava con acume metodologico un giurista italiano studioso del diritto comunitario negli anni '60, per conoscere e comprendere il diritto europeo, bisogna porsi all'interno della sua ottica e non, come spesso avviene, cercare di decifrarlo attraverso schemi concettuali che portano impressi i segni della tradizionale statalistica[1870].

Il riferimento a principi e diritti fondamentali come nucleo attorno al quale si costruisce la nuova Unione Europea, il suo assetto politico ma anche la sua struttura giuridica fondamentale oltre che la sua identità, consente di collegare ciò che sta dentro e ciò che sta fuori questo ordinamento. Tali principi e diritti, nell'ordinamento europeo, si fondano sull'autorevolezza, e non sull'autorità; si impongono non in ragione di una intrinseca assolutezza ma attraverso operazioni, "miti", di bilanciamento in caso di conflitto tra di essi; attraverso il criterio di ragionevolezza (con i corollari della proporzionalità, adeguatezza e necessità). Proprio il metodo del bilanciamento postula, infatti, la commensurabilità di ognuno di essi, la relatività dunque e la non assolutezza[1871].

---

[1869] Per convincenti analisi si rinvia a G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comuninitario,* Giappichelli, Torino, 2006 specie cap. II e all'amplissima dottrina di riferimento.

[1870] Così nelle conclusioni R. Monaco, *Diritto delle Comunità europee e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 1967, 228: «Per giungere a dei risultati equilibrati, che corrispondano il più possibile ad una visione organica ed autonoma del fenomeno giuridico comunitario, bisognerebbe che il giurista si ponesse pienamente nell'ottica comunitaria lasciando da parte le influenze interne, di vario genere, che hanno contribuito alla sua formazione ed all'esplicitazione del suo metodo di ricerca... Per parte nostra abbiamo cercato di porci nell'ottica comunitaria, il che spiega varie soluzioni da noi accolte, le quali, se valutate col medesimo spirito comunitario dal quale siamo animati, possono essere condivise, mentre possono essere oggetto di dubbio e di opposizione qualora siano viste con altro spirito. Va a questo punto avvertito che il complesso dei problemi sorgenti dai rapporti tra diritto Comunitario e diritto interno non va ricondotto soltanto ad una particolare ottica, ovvero ad un particolare metodo».

[1871] In tal senso pure G. Itzcovich, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti,* in DPCE, 2009, p. 34 ss., in particolare p. 54.

Questa dialettica interna/esterna di principi e diritti fondamentali del metaordinamento europeo si staglia, e si evidenzia meglio, qualora si mettano a fuoco i pilastri che reggono la costruzione costituzionale dell'UE basata su un proprio, peculiare *bill of rights*.

Sono cinque, come accennato, i pilastri che reggono la nuova architettura nell'ordinamento multilivello: tre interni e due esterni.

Pilastri interni possono essere considerati:

a) le nuove disposizioni generali del Tue, in particolare l'art. 2 sui valori dell'Unione con il riferimento alla solidarietà, disposizione che precede "infiltrando" in tal modo la disposizione successiva sugli obiettivi[1872]; l'art. 3 che segna sul piano costituzionale il decesso, definitivamente formalizzato, della frigidità sociale dell'Europa, secondo la nota iperbole di Mancini[1873], e l'assunzione in proprio, e non soltanto attraverso gli stati, ma nel rispetto del principio di sussidiarietà (art. 5 § 3 TUE), di qualificanti obiettivi sociali[1874]. L'art. 9 del TFUE che contiene un'altra promettente clausola sociale e l'art. 10 che àncora la politica e l'azione dell'Unione al principio di non discriminazione, principio ripreso anche da qualificanti norme della Carta di Nizza (art. 20 uguaglianza davanti alla legge e 21 non discriminazione[1875]).

b) I diritti contenuti della Carta di Nizza, di cui si è già detto; tra di essi i diritti sociali collocati in posizione di equipollenza con gli altri diritti culturali, civili e politici (la indivisibilità). Essi diventano, in ragione del loro inserimento formale nel diritto primario dell'Unione, norme giuridiche utilizzabili nel ragionamento giuridico e direttamente applicabili dai giudici dell'Unione (e dai giudici interni in quanto anch'essi attuatori del diritto europeo). In tal modo, come correttamente rilevato, i diritti sociali riconosciuti dalla Carta non costituiscono più solo "una categoria etico-politica che dall'esterno fonda e limita l'obbligazione politica (…) ma (…) a tutti gli effetti concetti giuridici che fanno parte della gestione quotidiana della giustizia nello stato costituzionale di diritto"[1876].

---

[1872] Si rinvia a C. Pinelli, *Il Preambolo, i valori gli obiettivi,* in F. Bassanini e G. Tiberi, *Le nuove istituzioni europee, cit.* p. 57 ss., 61 ss.

[1873] F. Mancini, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri,* ora in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea,* il Mulino, Bologna, 2004, p. 259 ss.

[1874] Nell'art. 3 § 3 del nuovo TUE è sicuramente riscontrabile una valorizzazione della dimensione sociale: gli obiettivi dell'Unione vengono ridefiniti facendo esplicito riferimento ad un'economia sociale di mercato, alla piena occupazione (non più, come nei precedenti artt. 2 TUE e TCE, elevato livello di occupazione), alla lotta all'esclusione sociale e alle discriminazioni, alla parità tra donne e uomini, alla solidarietà e alla coesione sociale (sono tutti nuovi riferimenti importanti per la dimensione sociale). Il nuovo trattato, da una parte, ha eliminato dall'articolo dedicato agli obiettivi dell'Unione il riferimento a «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno» [prima contenuto nell'art. 3, par. 1, lett. g), TCE], trasferendo tale obiettivo nel Protocollo (n. 27) sul mercato interno e sulla concorrenza, allegato al Trattato, in ragione della nota iniziativa francese. Dall'altro, ha sostituito questo obiettivo con quello di «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva», formula nella quale un ruolo particolarmente incisivo viene assegnato all'aggettivo "sociale", collocato tra i sostantivi "economia" e "mercato", che va, pertanto, letta come uno sforzo di riequilibrio tra valori, fini ed obiettivi sociali ed economici, appunto nell'ottica di una integrazione tra solidarietà e mercato e nella quale è forte il richiamo alla scuola di pensiero dell'ordo liberalismus e alla dottrina sociale sottesa. Si rinvia a B. Caruso A. Alaimo, *Dopo la politica i diritti: l'Europa 'sociale' dopo il Trattato di Lisbona,* dattiloscritto cit.

[1875] Secondo l'art. 9 TFUE «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un livello di occupazione elevato, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta all'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». L'art. 10 mira a combattere le discriminazioni di varia natura. Le due disposizioni vogliono chiaramente impedire che le misure di natura economica o di rafforzamento della competitività della 'zona Europa' prevalgano su quegli obiettivi di coesione e solidarietà che l'Unione ha voluto accogliere fra i suoi principi-obiettivi. B. Caruso - A. Alaimo, op. loc. ult. cit.

[1876] G. Itzcovich, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali,* cit. p. 54.

c) I principi generali 'classici' del diritto dell'Unione europea[1877]: la promozione e la tutela delle libertà economiche fondamentali di circolazione, la creazione del mercato comune, l'Unione sempre più stretta tra i popoli, l'efficacia del diritto europeo, il suo primato e la sua uniforme applicazione da parte degli stati; ma pure principi, di recente affermati più decisamente e ri-correntemente, nella materia sociale, in via pretoria: il principio di eguaglianza e di non discriminazione[1878], che acquisiscono carattere di principi universali[1879]; tali perché non hanno bisogno di un fondamento giuridico positivo, ma che assurgono, ormai, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza, anche a rango di principi positivamente fondati nell'ordinamento dell'Unione.

Si collocano formalmente all'esterno dell'Unione ma, in virtù del richiamo dell'art. 6 TUE, penetrano e si intrecciano con gli altri tre pilastri interni:

d) I diritti umani sanciti dalla Cedu con particolare riferimento all'art. 11 nella recente applicazione estensiva che ne ha fatto la Corte di Strasburgo; essi non sono più soltanto richiamati, ma applicati direttamente in ragione dell'adesione formale della UE alla Convenzione. Le implicazioni tecnico-giuridiche di tale adesione sono tutte da sondare; basti qui, intanto, osservare che il bilanciamento interpretativo tra i diritti umani sanciti dalla convenzione (a forte impronta individualista) e l'ampio spettro e tipologia dei diritti (anche nuovi) sanciti dalla Carta di Nizza, è, in qualche modo, indirizzato dalla clausola contenuta nell'art. 52 § 3 della stessa[1880], e fatto, in ogni caso, salvo il livello ottimale di protezione (art. 53).

e) Le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri ove il medesimo bilanciamento è prefigurato dalla clausola generale di cui all'art. 52 § 4[1881].

È questa l'articolata griglia di principi e diritti che innerva e irrora il nuovo assetto istituzionale e costituzionale dell'UE; è la dote più preziosa che il Trattato di Lisbona conferisce alla cittadinanza europea; un corredo che l'arricchisce non sostituendo quella statale. È una dote a disposizione di tutti gli attori, individuali, sociali, istituzionali e statuali che affollano lo spazio europeo e che avranno la buona volontà di utilizzarla. Come sempre, in Europa, il diritto anticipa la politica.

---

1877 I principi generali del diritto comunitario (ora europeo) sono una fonte non scritta collocata ad un livello intermedio (interposto) tra il trattato e gli atti di diritto secondario (derivato). La funzione maieutica nei loro confronti è stata svolta tradizionalmente dalla Corte di giustizia che li può trarre sia dai Trattati sia dagli ordinamenti comuni agli stati membri, C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea,* op. cit., p. 184.

1878 Cfr. C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione Europea*, cit., p. 183 ss. ove ampi richiami dottrinali e giurisprudenziali; per un raffronto con l'art. 3 della Costituzione italiana, v. Militello, Principio di eguaglianza e non discriminazione, cit.; Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991; Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, fasc. 99-100, p. 406-407.

1879 «I principi fondamentali a differenza degli ordinamenti giuridici, sono universali perché non hanno un fuori…di per sé considerati … sono assoluti e universali perché affermano la propria pretesa di universalità su ogni questione e ragione particolare a prescindere dalla collocazione del soggetto che decide» G. Itzcovich, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali,* op. cit. p. 59.

1880 «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

1881 «Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni».