

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

EDITORIALE

In ricordo di Giuseppe Pera

RICERCHE

*Il Libro Verde e la modernizzazione del diritto del lavoro
Il lavoro a termine in Europa:
sviluppo, modelli regolativi e tendenze*

INTERVENTI

*Contratti di lavoro e recesso: la contaminazione dei modelli regolativi
Lavoro penitenziario e diritti del detenuto*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Le relazioni industriali internazionali: attori e regole

GIURISPRUDENZA ITALIANA

*Contratti collettivi di diverso livello e clausole di rinvio
Proroga del contratto di formazione e del contratto di inserimento
Qualificazione del danno da demansionamento
Annullamento d'ufficio del concorso pubblico
Scioperi spontanei e sanzioni ai lavoratori*

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

*La tutela del lavoratore in caso di dimissioni
Il Ccnl del settore chimico-farmaceutico
Il regolamento della Regione Lazio
in materia di incontro tra domanda e offerta di lavoro
Modelli di partecipazione finanziaria dei lavoratori in azienda*

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

*Libro Verde: le posizioni dei governi nazionali e delle parti sociali europee
Le politiche comunitarie in materia di flexicurity*

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

*Belgio - L'esperienza dei buoni lavoro
Francia - La Cour d'Appel si pronuncia sul contrat nouvelles embauches
Spagna - Nuovi strumenti nella lotta contro gli infortuni sul lavoro*

Giuffrè Editore **N. 4/XVII - 2007**

Rivista di

ADAPT - FONDAZIONE

"MARCO BIAGI"



Pubblicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione
in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in
L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

SOMMARIO - n. 4/2007

Editoriale

LAURA CASTELVETRI <i>In ricordo di Giuseppe Pera</i>	945
--	-----

Ricerche: Il Libro Verde e il dibattito sulla modernizzazione del diritto del lavoro

MICHELE TIRABOSCHI <i>Presentazione del tema</i>	951
LUISA ROSTI <i>Libro Verde e modernizzazione del diritto del lavoro: un quadro di riferimento teorico e concettuale</i>	954
LUIGI MARIUCCI <i>La modernità del diritto del lavoro</i>	979
RICHARD HYMAN <i>Il futuro del principio «il lavoro non è una merce» tra mercato e stato sociale</i>	988
EDOARDO GHERA <i>Alcune osservazioni sul Libro Verde</i>	1006
GIUSEPPE FERRARO <i>Prospettive di attuazione del Libro Verde della Commissione Europea: il caso italiano</i>	1013
MARIO GRANDI <i>Il diritto del lavoro europeo. Le sfide del XXI Secolo</i>	1022
IACOPO SENATORI, MICHELE TIRABOSCHI (a cura di), <i>Il position paper del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi sul Libro Verde</i>	1033

Ricerche: Il lavoro a termine in Europa: sviluppo, modelli regolativi e tendenze

ROGER BLANPAIN <i>I contratti di lavoro a termine sono ancora una eccezione?</i>	1045
GAETANO ZILIO GRANDI <i>La normativa comunitaria sul lavoro a termine</i>	1052
CARMEN GALIZIA <i>Contrattazione collettiva e lavoro a termine in Italia e Spagna</i>	1065
SAMUEL ENGBLOM <i>La nuova regolamentazione del lavoro a termine in Svezia: una ipotesi di liberalizzazione?</i>	1088
<i>Il contratto a termine in Europa: schede a cura del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi</i>	1101

Interventi

FRANCESCO BASENGHI <i>Contratti di lavoro e recesso: considerazioni sulla contaminazione dei modelli regolativi</i>	1109
GIULIANA VANACORE <i>Lavoro penitenziario e diritti del detenuto</i>	1130

Relazioni industriali e Risorse umane

REBECCA GUMBRELL-MCCORMICK <i>Le relazioni industriali internazionali: attori e regole</i>	1157
--	------

Osservatorio di giurisprudenza italiana

FABRIZIA SANTINI <i>Contratti collettivi di diverso livello e clausole di rinvio</i> (nota a Cass. 14 maggio 2007 n. 11019).	1189
MARIO EMANUELE <i>Proroga del contratto di formazione e lavoro (e del contratto di inserimento) in caso di esercizio di funzioni elettive</i> (nota a Cass. 5 ottobre 2006 n. 21396).	1192
MARCELLA ARIOTI BRANCIFORTI <i>Gli effetti sostanziali della richiesta di esplicitamento del tentativo di conciliazione</i> (nota a Cass. 15 maggio 2006 n. 11116 e a Cass. 19 giugno 2006 n. 14087).	1200
FEDERICA GIAZZI <i>Note in tema di quantificazione del danno da demansionamento</i> (nota a Trib. Parma ordinanza 2 febbraio 2007).	1203
MARCO LOVO <i>Annullamento d'ufficio di concorso pubblico: quali limiti per la pubblica amministrazione?</i> (nota a C. Stato 27 giugno 2006 n. 4132)	1207
MARIA LUISA DE' MARGHERITI <i>Sciopero spontaneo ed esercizio del potere disciplinare tra obbligatorietà e contestazioni di antisindacalità</i> (nota a Trib. Torino 16 gennaio 2007)	1211

Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva

MICHELE TIRABOSCHI <i>Brevi considerazioni a proposito del difficile iter parlamentare del protocollo sul welfare del 23 luglio 2007</i>	1219
ISABELLA SPANÒ <i>La tutela del lavoratore in caso di dimissioni fra tradizione e recenti riforme</i>	1220
BARBARA GRANDI <i>I contratti aziendali in deroga: il caso del settore chimico-farmaceutico</i>	1227
MANUEL MAROCCO <i>Il regolamento della Regione Lazio in materia di incontro tra domanda e offerta di lavoro</i>	1236
ROBERTA CARAGNANO <i>Modelli di partecipazione finanziaria dei lavoratori in azienda</i>	1242

Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro

MARIA RITA GENTILE <i>Le posizioni dei governi nazionali sul Libro Verde</i> (nota a COMMISSIONE EUROPEA, <i>Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Risultati della consultazione pubblica sul Libro Verde della Commissione «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo»</i> , COM(2007) 627 def., 24 ottobre 2007, e altri).	1254
--	------

FRANCESCO LUCREZIO MONTICELLI <i>Le posizioni delle parti sociali europee sul Libro Verde</i> (nota a BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP, ETUC (a cura di), <i>Key challenges facing European labour markets: a joint analysis of European Social Partners</i> , 18 ottobre 2007, e altri).	1259
ANNA MARIA SANSONI <i>Le politiche comunitarie in tema di flexicurity</i> (nota a COMMISSIONE EUROPEA, <i>Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza</i> , COM(2007)359 def., 27 giugno 2007).	1263
Osservatorio internazionale e comparato	
ANNELEEN PEETERS <i>Belgio – L’esperienza dei buoni-lavoro</i>	1271
CLARA ENRICO <i>Francia – La Cour d’Appel si pronuncia sul contrat nouvelles embauches. Quale impatto sulle recenti politiche francesi del lavoro?</i>	1278
MARIA LUISA MARTIN HERNANDEZ <i>Spagna – Nuovi strumenti di contrasto agli infortuni sul lavoro</i>	1281

INDICE ANALITICO

Belgio

- A. PEETERS, AN VAN PELT, D. SANDERS, *Evaluation du régime des titres-services pour les services et emplois de proximité 2006*, studio commissionato da Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation Sociale, Direction générale Emploi et marché du travail, Bruxelles, 11 maggio 2007 [1271] (con nota di A. PEETERS).

Concertazione

- Legge 24 giugno 1997, n. 196 [1219] (con nota di M. TIRABOSCHI).
- Accordo per il lavoro, 24 settembre 2006 [1219] – Patto sociale per lo sviluppo e l'occupazione, 22 dicembre 1998 (c.d. Patto di Natale) [1219] – Patto per l'Italia. Contratto per il Lavoro, 5 luglio 2002 [1219] – Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili, 23 luglio 2007 (c.d. Protocollo Welfare) [1219] (con nota di M. TIRABOSCHI).
- C. Cost. 6-7 febbraio 1985, n. 34 [1220] (con nota di M. TIRABOSCHI).
- N. GUERZONI, *Il ruolo del Parlamento nella concertazione fra Governo e parti sociali*, in CAMERA DEI DEPUTATI (a cura di), *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Roma, Ufficio pubblicazioni e relazioni con il pubblico della Camera dei Deputati, 2001, 1, 413-430 [1219] – AA.VV., *Concertazione e Parlamento: opinioni a confronto*, in *Bollettino Adapt*, 10 dicembre 2007, n. 46 [1219] (con nota di M. TIRABOSCHI).

Contrattazione collettiva

- Successione di contratti collettivi di diverso livello – Intervento della contrattazione aziendale su materie rinviate dalla contrattazione nazionale – Modificazione *in peius* del trattamento retributivo – Nullità – Esclusione (Cass. 14 maggio 2007 n. 11019, con nota di F. SANTINI) [1189].

Contratto di formazione e lavoro

- Aspettativa per mandato elettorale – Sospensione del rapporto di lavoro – Configurabilità – Proroga del rapporto di lavoro ai fini del completamento della formazione – Sussistenza (Cass. 5 ottobre 2006 n. 21396, con nota di M. EMANUELE) [1192].

Dimissioni

- Legge 17 ottobre 2007, n. 188 [1225] – D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (c.d. Testo Unico sulla maternità) [1221] (con nota di I. SPANÒ).
- Circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 8 luglio 1995, n. 83 [1221] – Circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 23 dicembre

1997, n. 164 [1222] – Circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 26 marzo 2001, n. 31 [1223] – Lettera circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, 4 giugno 2007, prot. 26/1/0007001 [1221] (con nota di I. SPANÒ).

Farmaceutico

- FEDERCHIMICA, FARMINDUSTRIA, FILCEM-CGIL, FEMCA-CISL, UILCEM-UIL, *Accordo di rinnovo del Contratto collettivo nazionale di lavoro per gli addetti all'industria chimica, chimico-farmaceutica, delle fibre chimiche e dei settori ceramica, abrasivi, lubrificanti e GPL del 12 febbraio 2002*, 10 maggio 2006 [1227] – FEDERCHIMICA, FARMINDUSTRIA, FILCEM-CGIL, FEMCA-CISL, UILCEM-UIL, *Accordo nazionale in materia di Linee Guida su accordi aziendali in deroga alla normativa prevista dal ccnl (art. 18, lettera B, punto 3, CCNL 10 maggio 2006)*, 29 giugno 2007 [1227] (con nota di B. GRANDI).

Flexicurity e Libro Verde

- COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo»*, COM(2006)708 def., 22 novembre 2006 [1253] (con nota di M.R. GENTILE).
- COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, COM(2007)359 def., 27 giugno 2007 [1263] (con nota di A.M. SANSONI).
- PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 luglio 2007 su «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo»*, 11 luglio 2007 [1253] (con nota di M.R. GENTILE).
- COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Risultati della consultazione pubblica sul Libro verde della Commissione «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo»*, COM(2007) 627 def., 24 ottobre 2007 [1253] (con nota di M.R. GENTILE).
- CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Towards Common Principles of Flexicurity – Council Conclusions*, 16201/07 SOC 523 ECOFIN 503, 6 dicembre 2007 [1263] (con nota di A.M. SANSONI).
- BUSINESSEUROPE (a cura di), *Green Paper modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, 6 marzo 2007 [1259] (con nota di F. LUCREZIO MONTICELLI).
- ETUC (a cura di), *Consultation of the European Social Partners on the European Commission's Green Paper, COM (2006) 708 final, Modernising and strengthening labour law to meet the challenges of the 21st century*, Roma, 20-21 marzo 2007 [1259] (con nota di F. LUCREZIO MONTICELLI).
- BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP, ETUC (a cura di), *Key challenges facing European labour markets: a joint analysis of European Social Partners*, 18 ottobre 2007 [1259] (con nota di F. LUCREZIO MONTICELLI).

- M. TIRABOSCHI (con la collaborazione di F. PASQUINI), *Nota bibliografica comparata sul futuro del diritto del lavoro*, 2007 [1253] (con nota di M.R. GENTILE).

Francia

- *Cour d'Appel* Parigi 6 luglio 2007 [1278] (con nota di C. ENRICO).

Licenziamento

- Natura recettizia dell'atto – Idoneità dell'istanza alla Commissione di Conciliazione UPLMO a sospendere la decorrenza del termine per l'impugnazione – Esclusione – Convocazione da parte della Direzione provinciale decorso il termine di 60 giorni – Rilevanza (Cass. 15 maggio 2006 n. 11116, con nota di M. ARIOTI BRANCIFORTI) [1199].
- Impugnazione – Natura recettizia dell'atto – Idoneità dell'istanza alla Commissione di Conciliazione UPLMO a sospendere la decorrenza del termine per l'impugnazione – Sussistenza – Convocazione da parte della Direzione provinciale decorso il termine di 60 giorni – Irrilevanza (Cass. 19 giugno 2006 n. 14087, con nota di M. ARIOTI BRANCIFORTI) [1199].

Mansioni

- Demansionamento – Procedimento cautelare – *Periculum in mora* – Danno da demansionamento normalmente risarcibile per equivalente – Onere della prova circa l'irreparabilità dei un imminente pregiudizio ai fini della valutazione del *periculum* in capo al lavoratore – Sussistenza (Trib. Parma ordinanza 2 febbraio 2007, con nota di F. GIAZZI) [1203].

Mercato del lavoro

- Decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469 [1237] – Decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181 [1237] – Decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297 [1237] – Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria per il 2007) [1241] (con nota di M. MAROCCO).
- Decreto del Presidente della Repubblica 7 luglio 2000, n. 442 [1237] (con nota di M. MAROCCO).
- CONFERENZA UNIFICATA STATO-REGIONI, *Accordo tra il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano, le Province, i Comuni e le Comunità montane su alcuni indirizzi interpretativi relativi al decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297, contenente disposizioni modificative e correttive del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181*, 10 dicembre 2003 [1237] (con nota di M. MAROCCO).
- Legge Regione Puglia 9 febbraio 2006, n. 4 [1237] – Legge Regione Liguria 13 agosto 2007, n. 30 [1236] – Legge Regione Lazio 18 settembre 2007, n. 16 [1236] (con nota di M. MAROCCO).
- Deliberazione del Consiglio Regionale 8 marzo 2007, n. 36 (con allegato il Piano pluriennale per le politiche attive del lavoro 2007-2009) [1238] – Deliberazione della Giunta Regione Lazio 31 ottobre 2006, n. 778 [1236] (con nota di M. MAROCCO).

- Regolamento CE della Commissione 12 dicembre 2002, n. 2204 [1242] (con nota di M. MAROCCO).

Partecipazione

- Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 [1248] – Decreto legislativo 17 agosto 1999, n. 299 [1246] – Legge 24 dicembre 2003, n. 350 (Legge Finanziaria 2004) [1248] (con nota di R. CARAGNANO).
- MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Libro bianco sul mercato del lavoro in italia. proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità* (c.d. *Libro Bianco sul mercato del lavoro*), Roma, ottobre 2001 [1247] (con nota di R. CARAGNANO).
- Direttiva del Consiglio concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, 14 febbraio 1977, n. 77 [1243] – Direttiva del Consiglio concernente l’attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, 12 giugno 1989, n. 391 [1243] – Direttiva del Consiglio riguardante l’istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l’informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, 22 settembre 1994, n. 45 [1244] – Direttiva del Consiglio che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, 8 ottobre 2001, n. 86 [1243] – Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce un quadro generale relativo all’informazione e alla consultazione dei lavoratori, 11 marzo 2002, n. 14 [1243] – Direttiva Consiglio che completa lo statuto della società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, 22 luglio 2003, n. 72 [1243] (con nota di R. CARAGNANO).
- Raccomandazione del Consiglio concernente la promozione della partecipazione dei lavoratori subordinati ai profitti e ai risultati dell’impresa (compresa la partecipazione al capitale dell’impresa), 27 luglio 1992, n. 443 [1243] (con nota di R. CARAGNANO).
- C. Cost. 8-16 giugno 2005, n. 231 [1249] (con nota di R. CARAGNANO).
- COMMISSIONE EUROPEA (a cura di), *Report from the Commission. Pepper II. Promotion of participation by employed persons in profits and enterprise results (including equity participation) in Member States*, 8 gennaio 1997, COM(1996)697 [1246] (con nota di R. CARAGNANO).

Pubblico impiego

- Concorso pubblico riservato al personale interno – Ritenuta illegittimità del concorso da parte della Amministrazione – Annullamento d’ufficio del bando di concorso e della relativa procedura concorsuale prima della approvazione della graduatoria – Insussistenza dei motivi per l’annullamento – Conseguente illegittimità dell’atto di annullamento – Sussistenza (C. Stato 27 giugno 2006 n. 4132, con nota di M. LOVO) [1207].

Sciopero

- Sciopero spontaneo – Accordo sindacale di «raffreddamento» della vertenza – Antisindacalità della condotta del datore di lavoro che ha irrogato sanzioni disciplina-

ri ai lavoratori in ottemperanza alle prescrizioni della Commissione di Garanzia – Sussistenza (Trib. Torino 16 gennaio 2007, con nota di M.L. DE' MARGHERITI) [1211].

Spagna

- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, MINISTERIO DEL INTERIOR, MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Protocolo marco de colaboración para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias*, Madrid, 19 settembre 2007 [1279] (con nota di M.L. MARTIN HERNANDEZ).

In ricordo di Giuseppe Pera

Laura Castelvetri

Giuseppe Pera è stato un giuslavorista insigne, ma non sarà ricordato solo per questo: infatti la qualificazione non coglie l'essenza complessa del personaggio, non fa alcun riferimento al ruolo che ha avuto per svariate generazioni di studiosi, compresa la sua.

Pera era membro dell'accademia, ma non incarnava lo stereotipo del cattedratico; non ne condivideva le psicopatologie più caratteristiche, anzi ne aveva di incompatibili con quelle. Infatti, aveva di sé e delle proprie competenze una valutazione dimessa: come giurista si definiva un «badilante del diritto» o addirittura, con *understatement* forse malizioso, «un giuslavorista di mezza tacca, con alcune conoscenze sulla storia sociale europea degli ultimi due secoli» ⁽¹⁾. Come uomo, si diceva grezzo e poco complicato, ammettendo, però, «che non è facile capire noi stessi», tanto è vero che prendeva atto, con una incredulità vagamente compiaciuta, della sua immagine pubblica, ben diversa dalla sua percezione.

Partendo da una autostima così terra terra, dava per scontati i propri meriti, quasi fossero il presupposto immancabile dello studioso: per conseguenza, il suo rigore in ogni cosa, il metodo piano, l'instancabile capacità di lavoro, l'ordine e la puntualità ne facevano un giudice severo (per soprammercato, drasticamente schietto) di tutti coloro che, incautamente, per vera o indotta umiltà, gli chiedessero una valutazione del proprio lavoro.

Proverbiale le inattese staffilate dei suoi giudizi, ben diversi dall'anodino apprezzamento di rito: alla richiesta, magari solo formale, di consigli, Pera rispondeva sempre somministrandone di sinceri, proponendo aggiustamenti, ripensamenti, tagli radicali. Non senza un intimo rovello, però, adottando la franchezza a scanso di fraintendimenti e aspettative infondate. «So che mi si conosce come uno che non esita a dire in faccia le cose più sgradevoli. Ma [...] in diverse occasioni, in facoltà e altrove, mi sono imposto questo come un *dovere*. Perché, come spesso mi dice un caro amico, io non ho alcun coraggio fisico, ma tanto coraggio morale. E spesso ho constatato che la politica della verità è la cosa migliore».

D'altro canto, quella stessa schiettezza operava in positivo, creando stati d'animo che non si dimenticano, come fanno i moltissimi che hanno ricevuto le sue nota-

* Laura Castelvetri è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi dell'Insubria.

⁽¹⁾ G. PERA, *Rileggendo Il contratto di lavoro (1915-17) di Ludovico Barassi*, in *RIDL*, 1998, I, 3.

zioni secche e puntuali, capaci di apprezzare il rigore scientifico anche in totale divergenza di opinioni.

Le sue cartoline dalla Lucchesia sono state oggetto di cupido collezionismo tra gli annotatori della *RIDL* e di *Giustizia Civile*. Chi le ha ricevute, sa cos'è l'emozione, l'incertezza per l'indecifrabilità del geroglifico; e sa cos'è la piccola vanità per l'apprezzamento dell'imperscrutabile gigante, arcigno e beffardo, però benefico come nessun altro.

Ecco, a me è sembrato sempre il prototipo del burbero benefico: in questa nostra carriera, tutti i giudizi sono tremendi da sopportare; tutti, naturalmente, fanno bene o male all'autostima, ma quello di Pera era temuto e rispettato e, se era buono, faceva sognare. E se era critico, faceva malissimo: malgrado l'incontestabile fin di bene.

Chi ardiva chiederlo non poteva sospettare quanto rapidamente sarebbe giunto il verdetto, per quanto ponderosa fosse l'opera sottoposta a quel supplizio. E i suggerimenti concisi, pertinenti, sempre utili. Se gli spedivi un fax, insieme al rapporto di trasmissione ti arrivava la risposta: leggeva, capiva, correggeva, criticava più veloce della tecnologia, che disdegnava.

Consapevole della pessima grafia, si manifestava con asciutte letterine personalmente dattiloscritte sulla storica *Olivetti Linea 96*, siglate ad ogni foglio, su ogni genere di carta: dalla più professionale, con l'intestazione in rilievo, alla carta velina o di recupero. Le correggeva a penna, con sottolineature perentorie, disseminando la sua prosa frugale di lemmi sconosciuti, fuori da Lucca. Divertenti, essenziali, argute, associavano, con esiti di bizzarro umorismo, un lessico d'altri tempi ad una sintassi primaria, modernista. Un «ritmo di scrittura» e una eccentricità stilistica che, a quanto pare, deliziavano (o straziavano) sia i destinatari della sua messaggistica familiare ⁽²⁾, sia gli avidi lettori delle sue pungenti riflessioni su ogni fatto politico, istituzionale, culturale e sociale, nella forma di quelle *Noterelle* della *RIDL* che ebbero un circuito di appassionati anche oltre la stretta comunità giuslavoristica ⁽³⁾.

Anche qui aveva una distorta percezione di sé, perché sosteneva di non possedere uno stile personale, mentre, nell'ignorare ogni ricercatezza linguistica meramente ornamentale, esemplificava in qualunque occasione un modello sobrio e senza fronzoli, linearmente rivolto allo scopo.

A tale riguardo, restano storicamente insuperate le direttive redazionali per l'esercito di collaboratori e annotatori della *RIDL*:

«I nostri lettori vogliono soprattutto il quadro della giurisprudenza; le riverite opinioni dei collaboratori contano meno. Gli avvocati non hanno molto tempo; non leggono le cose lunghe [...] per questo è bene incrementare soprattutto le buone *note redazionali*. Con la massima stringatezza. Per cercare di spiegarmi, formulo qui un esempio di nota redazionale, frutto della mia esperienza ventennale al *Foro Italiano* (dovendo dire che spesso ancor oggi [1985] questa rivista è un modello).

⁽²⁾ P. PERA, *San Michele e il drago*, in *Micromega*, 1997, n. 3, 89.

⁽³⁾ G. ALPA, *Noterelle giuridiche alla Voltaire*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 febbraio 2005, n. 36, 35.

In senso conforme; *contra* In dottrina v., da ultimo, Pinco Pallino in e ivi ampi riferimenti. In questa sentenza la particolarità sta nel fatto che

Naturalmente non contrastava del tutto «la spinta alla *vera* nota a sentenza in senso antico. La nota lunga, distinta in paragrafi, con sottonote. E qui deve giudicare la *coscienza* del collaboratore [...]. Cioè è la *relativa novità* del contributo che giustifica il salto dalla nota redazionale al vero commento», ma aggiungendo, per esser chiaro, «che noi vorremmo fare della pura accademia nel senso migliore. Non siamo una rivista con una determinata politica. Inoltre nella *RIDL* ci siamo tutti. Vi sono studiosi di tutti gli orientamenti. Quando si scrive si tenga conto che *in famiglia* c'è gente di diverso orientamento. Questo non significa censura. Anzi la massima libertà, ma nel rispetto della libertà reciproca. Io sono convinto che con le debite forme si può dire tutto, anche le cose più atroci. È questione di *tono*, di *forma*». Questo era lo stile, né si può dire che non venisse suggerito categoricamente.

Personalmente, come tanti altri, ho appreso moltissimo dal suo insegnamento, impartito talvolta senza parere, tra una chiacchiera e l'altra di un incontro congressuale fortuito, sempre, comunque, con la giustificazione di segnalare la via più rapida ed efficiente per andare allo scopo, di suggerire impostazioni teoriche collegate a problemi concreti, di dare all'argomentazione la misura di un progetto di sentenza, utile qui ed ora, perché «le operazioni produttive sono solo quelle che abilmente, e con molta dialettica, si inseriscono nei modi di pensare correnti»⁽⁴⁾.

Giustificava il proprio stacanovismo radicale nel disbrigare ogni tipo di lavoro, come un espediente per soddisfare una sua pigrizia di fondo: in sostanza, a sentir Lui, lavorava alla svelta per dedicarsi ai suoi veri piaceri, in primo luogo, voracissimamente, alla lettura: storia, letteratura, filosofia, politica, società, triturando scaffali di volumi con uno spirito critico perspicace e onnivoro. Avendo dimestichezza con un diverso genere di pigrizia, mi sembrava un vezzo, ma è vero senz'altro che, a un certo punto della sua vita professionale, l'adempimento di certe incombenze (di studioso, professore, direttore di periodici specialistici, avvocato) veniva esaurito febbrilmente di primo mattino, per potersi concedere la «splendida vacanza» di una qualche lettura affascinante e ininterrotta, malgrado le difficoltà sempre più fastidiose derivanti dai noti problemi di vista.

Chiusa la partita dell'avvocatura, si diceva «sempre più felice di aver lasciato», rinnovando ogni volta il senso di liberazione col cancellare dalle lettere la qualifica di avvocato. Starsene «tranquillo tra qui e Pisa, sempre lavorando alle mie cosette», e intimamente compiacendosi di star solo, senza «mondanità», prendendosi come spasso esclusivo e fortemente desiderato la sola frequentazione degli amici di una vita e degli amatissimi allievi.

Al contrario, gli impegni sociali e ogni occasione affollata hanno costituito, a suo dire, una vera e propria tortura, scatenatrice di patologie parossistiche e estemporanee. Aborriva, soprattutto, la mancanza di vie di fuga: sentendosi «portato a chiudersi tra le (sue) cose», preferiva la solitudine e non amava essere al centro dell'attenzione; ciò che, a mio parere, sembrava in contrasto con quella sua pro-

⁽⁴⁾ G. PERA, *op. cit.*, 5-6.

rompente e ben caratterizzata immagine pubblica, con gli interventi di pungente ironia, la perentorietà delle critiche a certe sentenze, la franchezza di giudizio e la *verve* polemica negli scritti, nelle recensioni, nelle *Noterelle* e nella corrispondenza della *RIDL*.

L'impressione che dava al neo-giuslavorista smarrito alle prime esperienze convegnistiche era, semmai, di un uomo originale, fuori dagli schemi, un mattatore giganteggiante e consapevole della propria statura intellettuale e morale, benignamente propenso ad accettare punti di vista altrui per tollerante spirito liberale. E invece rivendicava il piacere di lavorare in penombra: per Lui, ad esempio, meglio il segretariato dell'Aidlass, rispetto alla presidenza, onde soddisfare lo scrupolo per le cose fatte bene, la ferezza del provvedere senza riflettori. In sostanza, l'apparenza esterna smentiva categoricamente ciò che Pera diceva e sinceramente sentiva di essere, perché nulla di lui passava inosservato come avrebbe voluto, nemmeno la cravatta: il fiocchino un po' antiquato, in ricordo del paterno fiocco all'anarchica, che compendia, in un tocco di eccentricità, il suo sentirsi intimamente uomo d'altri tempi (e «magistrato vecchia maniera») e il suo inconsapevole protagonismo umano e intellettuale.

Eticamente severo con se stesso ⁽⁵⁾, lo è stato inevitabilmente verso la complessità e le degenerazioni del mondo d'oggi, ove riconoscersi «liberale per ragionamento e socialista di sentimento» ⁽⁶⁾ non garantisce ricette incontestabili per conciliare quei due valori supremi, salvo richiamarsi, come ultima *chance*, all'impegno degli uomini di buona volontà.

Quanto al diritto, si sconfortava, ormai, «di fronte all'incalzare della farragine legislativa». «Il diritto è morto. Per fortuna io sono prossimo. Il guaio è per voi giovani, non vi invidio».

Rispetto all'università, viveva con rimpianto il declino irreversibile di un modo di essere dell'accademia che a lui aveva garantito un'esperienza intellettuale e di colleganza amicale con studiosi di tante discipline non solo giuridiche e umanistiche, in un comune sentimento di appartenenza alla Sapienza pisana, maturando in quel contesto, le molteplici prospettive della sua affascinante fisionomia culturale di giurista ⁽⁷⁾. Del resto, il suo «grande pallino era la storia (come [ha] dimostrato per tutta la [sua] vita intellettuale, pur avendo scelto, per ragioni opportunistiche, cioè per guadagnare di più, giurisprudenza)» ⁽⁸⁾, sentendosi comunque portato per ogni disciplina che avesse l'uomo al centro e che potesse rivelarne l'intima essenza. Cercava, nella conoscenza curiosa degli eventi storici, la giustificazione della grandezza creativa e dell'infamia dell'uomo, cercando di razionalizzare il caos delle vicende umane, di comprenderle meglio, analizzando il contributo del pensiero e delle passioni.

⁽⁵⁾ Sottolineava, identificandosi, le parole dell'amico Walter Binni: «ho compiuto scelte essenziali e mai smentite cercando di praticare la via ardua e quasi paradossale della *virtù* (vecchia e sempre fondamentale parola: a un mio caro allievo che mi chiedeva che vale l'etica senza la politica risposi che vale la politica senza l'etica?)», in W. BINNI, *Perugia nella mia vita. Quasi un racconto*, GEI, Pisa-Roma, 1998, 25-26.

⁽⁶⁾ Da ultimo in G. PERA, *Riflessioni di fine secolo*, in *Accademia Lucchese di Scienze, Lettere ed Arti, Studi e testi*, LIV, Lucca, 1998, 7.

⁽⁷⁾ ID., *Variazioni nel corpo docente della facoltà giuridica pisana*, in *Bollettino dell'Accademia lucchese di scienze lettere e arti*, 1998, n. 3.

⁽⁸⁾ ID., *Sulla scuola secondaria superiore*, *ivi*, 1998, n. 2.

Si interrogava su cosa sia la cultura, accogliendone, con variazioni personali, l'accezione salveminiiana, per la quale essa consiste nel possesso «di quel minimo indispensabile comune che rende possibile il colloquio tra i colti dei diversi rami» onde, realisticamente, «la cultura può consistere solo in un atteggiamento e in una attitudine, in sostanza nella capacità di studiare e di impadronirsi di cose nuove, muovendo dalla consapevolezza di *sapere di non sapere*»⁽⁹⁾, con l'intima convinzione conclusiva di dover associare la vera cultura «ad un umile atteggiamento dello spirito»⁽¹⁰⁾.

Una personalità complessa, senza dubbio, dai modi di essere contrastanti: per un verso, un rapporto scioltissimo con la gente, soprattutto quella comune, un approccio gioviale, il gusto per gli aneddoti e le prese in giro; ma, d'altro canto, la tendenza malinconica e la timidezza, il desiderio di solitudine, l'atteggiamento meditativo, la convinzione interiore che il male peggiore è esistere. Un primo attore del diritto di cui sgomentava l'inflessibile senso critico, ma che rispondeva ad ogni impegno e ad ogni richiesta con signorile puntualità. Un uomo, alla fine, che, per tante e antitetiche manifestazioni del carattere, dall'intransigente senso del dovere al pessimismo disincantato⁽¹¹⁾, ha contribuito come pochi alla formazione di allievi, studenti, collaboratori e perfetti sconosciuti; come magistrato, professore, avvocato e polemista, ha elaborato, per sé e per gli altri, con tetragona coerenza, un catalogo di valori potente come un talismano.

Per il quale in molti lo ringraziamo con rimpianto come si ringrazia e si rimpiange un Maestro inimitabile.

⁽⁹⁾ ID., *Diritto e cultura*, in *Studi per Ermanno Graziani*, Pacini, Pisa, 1973, 524.

⁽¹⁰⁾ Ivi, 530.

⁽¹¹⁾ Anche per questo si sentiva vicino a Binni e, leopardianamente, riteneva il mondo «una lega di birbanti contro gli uomini dabbene, di vili contro i generosi», cfr. W. BINNI, *op. cit.*

Il Libro Verde e il dibattito sulla modernizzazione del diritto del lavoro

Presentazione del tema

L'ennesima occasione perduta. Non troviamo altre parole per riassumere, con riferimento al nostro Paese, gli esiti del dibattito pubblico avviato dalla Commissione Europea sul futuro del diritto del lavoro. Distratti da una sterile polemica di retroguardia sulle sorti della legge Biagi, il confronto sul *Libro Verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro* (COM(2006)708 def.) non è mai decollato. Ancora pochi ne conoscono i contenuti e i più recenti svolgimenti. Eppure, come bene dimostra il documento che raccoglie e sintetizza gli esiti della discussione (COM(2007)627 def.), l'occasione era tra le più propizie. Era del resto la prima volta che la Commissione estendeva il *focus* della sua azione da alcuni profili tecnici e settoriali alla *ratio* della disciplina del diritto del lavoro nel suo complesso. Un salto di qualità indiscutibile, pur tra alcuni evidenti limiti della proposta (si vedano gli interventi che seguono), che aveva il significato di una vera e propria provocazione: una esortazione agli Stati membri e alle parti sociali a elaborare una nuova progettualità sulle tematiche del lavoro e superare con essa le contro-indicazioni di riforme al margine, come quelle registratesi negli ultimi anno in gran parte dei Paesi europei.

Le cause che rendono urgente in tutta Europa, e in Italia in particolare, una modernizzazione del diritto del lavoro sono evidenti. Le ha riproposte, da ultimo e con riferimento alla situazione del nostro Paese, l'*Economic Survey 2007* dell'OCSE (in *Boll. Adapt*, 2007, n. 2). Pur promovendo le riforme del lavoro degli ultimi anni, che hanno contribuito a creare in Italia oltre due milioni e mezzo di posti di lavoro, l'OCSE ha infatti rilevato che ancora molta strada deve essere fatta per garantire a tutti i lavoratori una adeguata sicurezza accompagnata dalla crescita dei tassi di occupazione regolare.

Sono del resto oramai numerose ed univoche le voci internazionali che indicano la via di un radicale ripensamento delle tradizionali categorie di regolazione del lavoro quale unico percorso per rispondere alle sfide della globalizzazione dei mercati. Il progetto politico è chiaro ed è forse proprio per questa ragione che è oggetto di forti contrasti (per una rassegna delle posizioni favorevoli e contrarie si rinvia al Dossier Adapt/Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi, *Il Libro Verde sul futuro del diritto del lavoro*, 2007, n. 9 e n. 10). Da mera tecnica unilaterale di protezione dei lavoratori dipendenti, il diritto del lavoro deve diventare la chiave, attraverso l'adattamento reciproco dei lavoratori e delle imprese, per la competizione e lo sviluppo.

Questo impone ai legislatori e alle stesse parti sociali la capacità di giocare un ruolo del tutto nuovo sul terreno delle relazioni industriali, secondo logiche partecipative e maggiormente cooperative. Ed è qui che si registra il ritardo culturale del nostro Paese e, conseguentemente, l'incapacità di prendere sul serio le sollecitazioni formulate dal Libro Verde e, più recentemente, dai principi comuni sulla c.d. *flexicurity* (COM(2007)359 def.). Poche sono state, del resto, le iniziative culturali di approfondimento di questo documento. Disorganiche e spesso tardive le azioni istituzionali. Basti l'esempio del nostro Governo, la cui risposta è stata recapitata alla Commissione, ben oltre la scadenza del 31 marzo, senza neppure la consultazione di tutte le parti sociali interessate (si veda il Dossier Adapt/Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi, *Un Libro Verde che imbarazza*, 2007, n. 15).

Tuttavia, anche per chi non intenda riconoscerne l'importanza, il tema della modernizzazione del diritto del lavoro – già proposto da Marco Biagi, come programma e linea editoriale della nuova serie di *Diritto delle Relazioni di Lavoro* (M. BIAGI, *Una rivista che si rinnova*, 2002, n. 1), e ora rilanciato dalle istituzioni comunitarie – rimane sul tavolo e reclama soluzioni. L'assenza di un progetto complessivo di riforma dà inevitabilmente luogo a un processo di deregolamentazione strisciante, che alimenta il lavoro nero e irregolare, forme cioè di concorrenza sleale a danno dei lavoratori e delle imprese. Il bassissimo tasso di effettività, che bilancia un eccesso di (cattiva) regolazione (si veda il Dossier Adapt/Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi, *Lavoro: il peso della regolazione*, 2007, n. 33) è il vero problema del nostro diritto del lavoro. I maggiori ostacoli alla modernizzazione del diritto del lavoro risiedono infatti non solo e non tanto nella assenza di norme innovative e rispondenti alle necessità degli operatori economici e dei lavoratori quanto piuttosto negli elevati tassi di evasione e aggiramento della normativa astratta di legge. Per non parlare della obsolescenza di numerose discipline contenute nei contratti collettivi a partire dalle regole, di ispirazione fordista e industrialista, sui tempi di lavoro, sugli inquadramenti e sulle forme di internalizzazione ed esternalizzazione del lavoro.

È necessario correggere l'anomalia di un quadro normativo complesso e costituito da fonti eccessivamente variegata e stratificata. In questa prospettiva il Libro Verde propone ora di identificare un nucleo di garanzie universali, applicabile a tutti i rapporti di lavoro a prescindere dalla qualificazione del contratto come autonomo o subordinato. Le restanti tutele dovrebbero invece essere modulate sulla base di alcuni criteri maggiormente qualificanti, come il grado di dipendenza economica, l'anzianità continuativa di servizio ed altri parametri individuati dai contratti collettivi. Era questo il progetto di *Statuto dei lavori*, già compiutamente elaborato da Marco Biagi nella fase successiva al pacchetto Treu del 1997 e successivamente riproposto nel *Libro Bianco* dell'ottobre 2001. A dimostrazione del fatto che, almeno a livello di progettualità, non siamo certo gli ultimi. Ciò che in-

vece ci fa restare al palo, rispetto agli altri Paesi, sono quelle inutili guerre di religione sulle riforme del lavoro che tanto incidono sulla qualità e il corretto funzionamento del nostro sistema di relazioni industriali.

Michele Tiraboschi

* * * * *

Si pubblicano, di seguito, gli interventi di Edoardo Ghera, Giuseppe Ferraro, Luigi Mariucci e Richard Hyman al V Convegno internazionale in memoria di Marco Biagi, The Global Workplace – Learning from each other, Modena, 17-21 marzo 2007.

Il tema è introdotto da uno studio di Luisa Rosti sul ruolo allocativo dei rapporti di lavoro non-standard nei mercati del lavoro, diretto a fornire un quadro teorico e concettuale di riferimento del programma di modernizzazione del diritto del lavoro, ed è poi sviluppato da Mario Grandi nell'ottica della evoluzione del diritto europeo del lavoro. Chiude la sezione Ricerche il position paper inviato dal Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi alla Commissione Europea, che ne ha poi tenuto conto con specifico riferimento alla persistente validità della contrapposizione formale tra autonomia e subordinazione quale tecnica giuridica di imputazione delle tutele sostanziali del diritto del lavoro (Commission Staff Working Document, Accompanying document to the Outcome of the Public Consultation on the Commission's Green Paper «Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century», SEC(2007)1373/2, qui pagina 39).

Ad integrazione di questi interventi e contributi, nell'Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro di questo fascicolo della Rivista è pubblicata, a cura di Anna Maria Sansoni, Francesco Monticelli e Maria Rita Gentile, una rassegna delle più recenti politiche comunitarie in tema di flexicurity e delle articolate posizioni dei Governi nazionali e delle parti sociali europee sul Libro Verde.

Ulteriori commenti e sollecitazioni sul tema del Libro Verde, raccolti a seguito del dibattito pubblico avviato dalla Commissione Europea, sono stati pubblicati nei Dossier Adapt/Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi n. 9-10/2007, n. 14/2007, n. 15/2007, n. 32/2007, n. 33/2007 e, con riferimento ai principi comuni sulla flexicurity, nel Bollettino Adapt n. 45/2007. Tutto questo materiale e altra documentazione nazionale e internazionale sono reperibili all'indirizzo internet www.csmb.unimore.it, alla voce Flexicurity e Libro Verde dell'indice A-Z.

Libro Verde e modernizzazione del diritto del lavoro: un quadro di riferimento teorico e concettuale

Luisa Rosti

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'approccio economico al comportamento umano. – 3. Il rapporto di lavoro nelle economie moderne. – 4. Funzionamento e fallimento del mercato. – 5. La teoria economica del contratto. – 6. Il contratto di lavoro come relazione d'agenzia. – 7. Conclusioni.

1. La relazione economica e giuridica tra datore di lavoro e lavoratore sta cambiando, in questi anni, sia sostanzialmente, sia formalmente. I contratti di lavoro subordinato standard diventano sempre meno frequenti, in Italia e in Europa, e crescono invece le forme di lavoro atipico o non standard ⁽¹⁾, sia in valore assoluto sia come quota dell'occupazione totale.

A seguito di questi cambiamenti si è sviluppata una vasta letteratura giuridica ed economica che alimenta il dibattito sul ruolo preponderante che queste forme contrattuali atipiche sembrano acquisire nel disegno delle politiche di modernizzazione del mercato del lavoro tracciate dal Libro Verde della Commissione Europea sulla modernizzazione del diritto del lavoro. Dal punto di vista giuridico è stato osservato che queste nuove forme del rapporto di lavoro, valorizzando l'autonomia individuale ⁽²⁾ e rimodulando le tutele mediante un *continuum* di tipologie negoziali, tendono a limitare il nucleo normativo minimo di tutela accordata al lavoratore e portano di fatto a superare la tradizionale alternativa qualificatoria tra autonomia e subordinazione ⁽³⁾. Dal punto di vista economico, numerose ricerche empiriche hanno prodotto risultati generalmente convergenti nella conclusione che la varietà di queste forme contrattuali ha contribuito a migliorare la posizione degli individui sul mercato del lavoro, sia in Europa ⁽⁴⁾ sia in Italia ⁽⁵⁾.

Questi risultati empirici si accompagnano al consolidamento della teoria economica dominante (o *mainstream*) nella rappresentazione di un contesto analitico

* Luisa Rosti è professore straordinario di Economia del lavoro dell'Università di Pavia.

⁽¹⁾ La più recente classificazione Istat dei rapporti di lavoro non standard elenca 48 diversi tipi di contratto (cfr. L. TRONTI, F. CECCATO, E. CIMINO, *Measuring atypical jobs: levels and changes*, OECD, *Statistics working paper*, 2004).

⁽²⁾ Cfr. P. ICHINO, *Chi ha paura dell'autonomia individuale?* in *RGL*, 1992, I, 81 ss.

⁽³⁾ Cfr. M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, Cedam, Padova, 2006, 154 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. A. BOOTH, M. FRANCESCONI, J. FRANK, *Temporary jobs: stepping stones or dead ends?*, in *Economic Journal*, 2002, 112.

⁽⁵⁾ Cfr. A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *Temporary Work Agencies in Italy: A Springboard Toward Permanent Employment?*, in *Giornale degli Economisti*, 2005, 64.

caratterizzato da informazioni incomplete ed asimmetriche ⁽⁶⁾, in cui assumono particolare interesse gli sviluppi della teoria economica del contratto ⁽⁷⁾ e l'analisi del rapporto di lavoro come relazione di agenzia ⁽⁸⁾. Obiettivo di queste note è rappresentare il contesto teorico in cui si colloca l'invito a *modernizzare* il diritto del lavoro contenuto nel Libro Verde della Commissione Europea e, più in generale, nelle linee-guida della Strategia Europea per l'Occupazione, evidenziando la valenza analitica assunta nella letteratura economica dal termine «*moderno*» a seguito della «*Rivoluzione dell'informazione*» ⁽⁹⁾.

2. L'economia studia le scelte degli agenti economici (per ipotesi razionali) e gli esiti della loro interazione; tali scelte determinano l'allocazione delle risorse date (per ipotesi scarse) tra fini alternativi. L'economia studia dunque il modo in cui gli individui e le istituzioni prendono le loro decisioni, e gli effetti di tali decisioni sulla allocazione delle risorse disponibili.

Per gli economisti, tutte le risorse sono scarse, cioè non sono mai sufficienti per soddisfare *tutti* i bisogni di *tutti* gli individui, e tutti gli agenti sono razionali, cioè sanno valutare il proprio tornaconto e scegliere la più conveniente tra le alternative possibili. Dalla condizione di scarsità deriva la necessità di compiere delle scelte sia per gli individui sia per la società. Le scelte sono necessarie proprio perché le risorse sono scarse: per produrre una cosa bisogna rinunciare a produrre un'altra; per dare più risorse ad un individuo, bisogna che un altro ne resti privo.

Il comportamento razionale può essere definito come «una scelta tra *fini* alternativi effettuata sulla base di *preferenze* e *opportunità* (cioè di alternative disponibili) date. Se io cerco di perseguire un certo fine [...] quel che accade normalmente è che debbo rinunciare a perseguire quelli alternativi. Tale rinuncia è detta *costo opportunità*» ⁽¹⁰⁾.

⁽⁶⁾ La questione dell'imperfezione dell'informazione, e del conseguente «fallimento del mercato», accomuna due diverse aree di ricerca, entrambe appartenenti alla teoria economica dominante: la prima è quella originata da Arrow (cfr. K.J. ARROW, *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market Versus Nonmarket Allocation*, in K.J. ARROW, *Equilibrio, incertezza, scelta sociale*, Il Mulino, Bologna, 1987), coerente con la teoria dell'equilibrio economico generale e complementare ad essa, fondata sull'idea che le istituzioni costituiscano forme di azione sociale sostitutive di mercati mancanti. La seconda è quella del filone contrattualista del neo-istituzionalismo, sviluppata dalla Scuola di Chicago sulle pagine del *Journal of Law and Economics*, per la quale le istituzioni nascono dai fallimenti del mercato in virtù delle loro proprietà di efficienza, e producono risultati socialmente ottimali grazie al libero interagire di individui razionali e motivati dal proprio tornaconto. Entrambe le aree di ricerca hanno in comune sia l'ipotesi comportamento razionale degli agenti sia l'obiettivo normativo dell'efficienza paretiana. In sintesi, l'approccio *mainstream* afferma che se individui razionali sono lasciati liberi di contrattare e di competere tra loro, non solo si scambiano beni e servizi in modo efficiente (cioè in modo da massimizzare il proprio benessere individuale), ma creano anche istituzioni sociali efficienti (cioè tali da massimizzare il benessere collettivo).

⁽⁷⁾ Cfr. O.D. HART, B. HOLMSTRÖM, *The Theory of Contracts*, in T. BEWLEY (a cura di), *Advances in Economic Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.

⁽⁸⁾ Cfr. K.J. ARROW, *Agency and the Market*, in K.J. ARROW, M.D. INTRILIGATOR (a cura di), *Handbook of Mathematical Economics*, vol. III, North-Holland, Amsterdam, 1986 (trad. it., E. SALTARI (a cura di), *Informazione e teoria economica*, Il Mulino, Bologna, 1990).

⁽⁹⁾ Cfr. J.E. STIGLITZ, *L'informazione nelle economie decentralizzate*, in B.S. YAMEY, G. TAMBURINI (a cura di), *Aspetti dell'economia dell'informazione*, Il Mulino, Bologna, 1987.

⁽¹⁰⁾ Cfr. J.C. HARSANYI, *L'utilitarismo*, Il Saggiatore, Milano, 1988, 7.

Il comportamento razionale consiste dunque nello scegliere un particolare fine dopo aver accuratamente valutato il costo opportunità di questa scelta; ogni volta che cambiano i vincoli che delimitano il campo di scelta oppure i costi e i benefici associati ad ognuno dei fini raggiungibili (cioè i costi opportunità delle scelte) un individuo cambia la sua decisione (il fine), senza per questo aver modificato le sue preferenze. In sintesi, un problema di scelta rappresenta la contrapposizione tra due esigenze: perseguire i fini razionalmente scelti sulla base delle preferenze date e rispettare i vincoli che delimitano il campo di scelta.

Per l'ipotesi di razionalità individuale ogni agente dell'economia persegue il proprio interesse personale, la propria *utilità*, valutando i costi e i benefici di ciascuna alternativa possibile. Gli economisti *mainstream*, e in particolare quelli della *Scuola di Chicago*, sostengono che «c'è un'unica teoria generale del comportamento umano e questa è la teoria della massimizzazione dell'utilità [...] la nostra lunga frequentazione della teoria generale dell'economia ci ha fatto capire che così vanno le cose. Non sembra [...] esserci alcuna valida ipotesi alternativa»⁽¹¹⁾. Secondo questa teoria, le motivazioni economiche condizionano dunque in modo rilevante il comportamento umano, anche se esse ne rappresentano comunque solo un aspetto; infatti «molte variabili non economiche sono necessarie per arrivare a comprendere il comportamento umano, così sono necessari i contributi di sociologi, psicologi, socio-biologi, storici, antropologi, politologi, giuristi ed altri ancora. Sebbene io sostenga che l'approccio economico fornisce uno strumento utile per la comprensione di ogni comportamento umano, io non voglio sottovalutare il contributo delle altre scienze sociali e neppure sostenere che gli economisti siano i più importanti»⁽¹²⁾.

Affinché le decisioni individuali degli agenti economici conducano ad una scelta razionale sono necessarie tre condizioni:

- 1) deve esser possibile rappresentare come un insieme coerente le preferenze del decisore. Se non sono noti i suoi gusti, non si può capire quale potrebbe essere una soluzione efficiente al problema della scarsità dal suo punto di vista;
- 2) deve esser possibile rappresentare i vincoli a cui il decisore deve sottostare. Ad esempio, con riferimento ad una scelta di consumo, un dato reddito e dati prezzi di mercato costituiscono il vincolo di bilancio a cui il consumatore deve sottostare, cioè i limiti che definiscono il campo di scelta del decisore;
- 3) deve esser possibile identificare la scelta che massimizza l'utilità del decisore, cioè quella che gli garantisce la massima soddisfazione, date le sue preferenze e i vincoli a cui deve sottostare.

Le preferenze indicano ciò che il decisore desidera, il vincolo di bilancio indica ciò che egli può ottenere, la posizione di equilibrio che si ricava ponendo a confronto questi due elementi indica la scelta effettivamente compiuta dall'agente, cioè quella che massimizza il valore della sua funzione di utilità.

In generale, l'approccio economico al comportamento umano assume che le *preferenze* siano *date* esogenamente: «poiché gli economisti in genere hanno poco da offrire, specie in tempi recenti, per la comprensione di come le preferenze si

⁽¹¹⁾ Cfr. G.J. STIGLER, *Nota supplementare sulle teorie economiche della regolamentazione* [1975], in G.J. STIGLER, *Mercato, informazione, regolamentazione*, Il Mulino, Bologna, 1994, 375-385.

⁽¹²⁾ Cfr. G.S. BECKER, *L'approccio economico al comportamento umano*, Il Mulino, Bologna, 1998, 14.

formino, assumono che le preferenze non mutino in modo sostanziale nel tempo e non differiscano sensibilmente tra le persone»⁽¹³⁾. Stigler e Becker osservano che le spiegazioni dei comportamenti basate sull'ipotesi di differenze nelle preferenze sono solo una rinuncia a capire le vere motivazioni di tali comportamenti. «I gusti non variano secondo il capriccio e non differiscono in modo rilevante tra le persone [...] i gusti sono un assioma incontestabile del comportamento umano: l'uomo può utilmente essere criticato per l'inefficienza nel soddisfare i suoi desideri, ma i desideri stessi sono dei *dati*»⁽¹⁴⁾. Essi sostengono, invece, che le differenze nei comportamenti dovrebbero sempre essere ricondotte all'ipotesi che persone con le stesse preferenze abbiano però redditi o prezzi diversi.

La razionalità si applica sia alle scelte individuali (cioè alle decisioni di un singolo soggetto) che alle decisioni collettive (cioè alle situazioni in cui un insieme di soggetti entrano in rapporto tra loro); secondo questa impostazione si parte dall'agente razionale individuale e si arriva alle regole che governano le istituzioni, che sono il risultato delle scelte collettive. Sulla base delle sue preferenze l'individuo sceglierà, direttamente o attraverso qualche forma di azione collettiva, quella delle opportunità che gli sono date che meglio realizza i suoi valori, cioè che massimizza la sua utilità.

Ciò che separa la teoria economica moderna da quella tradizionale è il superamento della centralità del mercato come meccanismo di coordinamento delle scelte individuali, a vantaggio di altre istituzioni. In un contesto di «*rivoluzione dell'informazione*», infatti, non vi è ragione di considerare il sistema dei prezzi di mercato l'unico meccanismo allocativo possibile né quello a priori più efficiente: «una volta riconosciuta l'importanza teorica dell'informazione [...] si deve abbandonare [...] una delle idee centrali dell'economia degli ultimi due secoli [...] cioè che la concorrenza porterà l'economia [...] verso una distribuzione efficiente delle risorse. Il senso in cui questo è vero, e le condizioni sulle quali si basa, sono stati i punti cruciali della ricerca nella teoria economica degli ultimi trent'anni. I risultati sono riassunti nel fondamentale Teorema dell'Economia del Benessere, che afferma come nell'economia di mercato si consegua la Pareto-efficienza». Ebbene, «ogni qual volta esiste informazione imperfetta, e l'informazione è costosa da ottenere – in altre parole, sempre – l'economia non è Pareto-efficiente»⁽¹⁵⁾.

Pertanto, quando l'incompletezza e l'asimmetria dell'informazione causano il fallimento del mercato, altre istituzioni possono prendere il suo posto; esse sorgono dalle decisioni razionali di agenti individuali in virtù delle loro proprietà di efficienza, e consentono il coordinamento delle attività economiche offrendo informazioni non disponibili al sistema dei prezzi.

⁽¹³⁾ Ivi, 5.

⁽¹⁴⁾ Cfr. G.J. STIGLER, G.S. BECKER, *De Gustibus Non Est Disputandum*, in *American Economic Review*, 1977, n. 2, 76.

⁽¹⁵⁾ Cfr. J.E. STIGLITZ, *op. cit.*, 86.

3. Un mercato del lavoro «moderno»⁽¹⁶⁾ è dunque un mercato che opera in un contesto di «rivoluzione dell'informazione»; in esso si abbandona l'ipotesi di informazione perfetta – per la quale si assume che tutti sappiano tutto di tutti, commettendo così l'errore che Demsetz chiama del «free lunch»⁽¹⁷⁾ – e si assume invece che l'informazione sia imperfetta, cioè incompleta e asimmetricamente distribuita tra i soggetti.

Un mercato del lavoro moderno è caratterizzato dal fatto che tanto i posti di lavoro che gli individui sono eterogenei⁽¹⁸⁾.

Gli individui sono eterogenei perché possiedono caratteristiche diverse che ne condizionano la produttività, come ad esempio una diversa abilità innata o acquisita mediante un investimento in capitale umano, ma soprattutto perché, in un contesto di «rivoluzione dell'informazione», ogni soggetto è caratterizzato da un elemento irriducibile di individualità che consiste essenzialmente nel fatto di essere dotato di un bagaglio conoscitivo che è al tempo stesso limitato e specifico⁽¹⁹⁾.

Anche i posti di lavoro sono eterogenei, sia tra le imprese che dentro ogni singola impresa. Le imprese sono eterogenee nell'ambito di uno stesso settore non solo perché esse mostrano sistematiche differenze nella organizzazione della produzione e nella struttura dell'occupazione⁽²⁰⁾, ma soprattutto perché differiscono nella loro struttura informativa, che pur essendo basata sullo stesso principio di massimizzazione può risultare diversa in diverse circostanze⁽²¹⁾.

Sul mercato del lavoro l'efficienza economica richiede che individui specifici ed attività specifiche siano appropriatamente abbinate, e che gli individui, una volta abbinati, svolgano la loro attività con impegno adeguato⁽²²⁾. A tale scopo possono essere stabilite relazioni contrattuali di due tipi: prestazioni lavorative occasionali o temporanee possono essere negoziate in mercati a pronti dove si verifica un semplice scambio tra salario e tempo di lavoro, oppure, come sempre più spesso accade nelle economie moderne, si stabiliscono «rapporti di lavoro più complessi, di lunga durata, che sono definiti da contratti impliciti e regole amministrative»⁽²³⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. R. SCHMALENSEE, *The new industrial organization and the economic analysis of modern markets*, in W. HILDENBRAND (a cura di), *Advances in economic theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

⁽¹⁷⁾ Cfr. H. DEMSETZ, *Information and efficiency: another viewpoint*, in *Journal of Law and Economics*, 1969, 12.

⁽¹⁸⁾ Cfr. W. Y. OI, *Employment Relations in Dual Labor Markets («It's Nice Work if You Can Get it»)*, in *Journal of Labor Economics*, 1990, n. 1, 125.

⁽¹⁹⁾ Cfr. M. GRILLO, *Introduzione*, in R.H. FRANK, *Microeconomia*, McGraw-Hill, Milano, 1992.

⁽²⁰⁾ Cfr. W. Y. OI, *Heterogeneous Firms and the Organization of Production*, in *Economic Inquiry*, 1983, n. 2, 147.

⁽²¹⁾ «L'impresa moderna è tipicamente un'impresa non solo grande ma anche complessa. Essa possiede una struttura interna e le sue parti devono comunicare ed essere reciprocamente coordinate». Cfr. K.J. ARROW, *The Informational Structure of the Firm*, in *American Economic Review*, 1985, 303, *A.E.A. Papers and Proceedings*.

⁽²²⁾ Cfr. D.O. PARSONS, *The Employment Relationship: Job Attachment, Work Effort and the Nature of Contracts*, in R. LAYARD, O. ASHENFELTER (a cura di), *Handbook of Labor Economics*, North-Holland, Amsterdam, 1986, 789.

⁽²³⁾ Cfr. W.Y. OI, *Employment Relations in Dual Labor Markets («It's Nice Work if You Can Get it»)*, cit., 125.

Secondo la prima alternativa l'individuo svolge l'attività che ha scelto con un livello di impegno che egli valuta appropriato e riceve un reddito corrispondente alla valutazione che il mercato dà del bene o servizio che ne è il risultato; in tali circostanze, se il meccanismo impersonale del prezzo alloca le risorse in modo efficiente, il salario di equilibrio riflette il valore del prodotto marginale del lavoro.

Questo risultato può essere prodotto adottando indifferentemente l'uno o l'altro dei due metodi di remunerazione alternativi: quello basato sull'input (o remunerazione a tempo) e quello basato sull'output (o remunerazione a incentivo) ⁽²⁴⁾. Infatti, «in tutti i casi in cui output e input sono perfettamente osservabili la scelta tra la remunerazione basata sull'input e quella basata sull'output è irrilevante. Quando tutto è osservato, possono essere efficienti le forme di pagamento basate su entrambi i criteri» ⁽²⁵⁾. Pertanto, in un contesto di informazione perfetta, non ha molto senso porsi il problema della scelta tra metodi di remunerazione alternativi, dato che «un sistema di incentivazione basato sulla misurazione dell'output sarà equivalente ad un sistema basato sulla misurazione dell'input» ⁽²⁶⁾.

La scelta tra metodi di remunerazione alternativi diventa invece un problema cruciale nel contesto della *rivoluzione dell'informazione*, e la definizione delle modalità e degli schemi retributivi diventa un aspetto essenziale dei contratti che regolano lo scambio dei servizi del lavoro ⁽²⁷⁾. I contratti, infatti, trovano la loro ragion d'essere proprio nelle condizioni di imperfezione dell'informazione, poiché in tali circostanze il mercato non ha più la possibilità di svolgere in modo efficiente i due ruoli che lo caratterizzano: né quello di coordinamento, perché se l'informazione è *nascosta* il mercato non ha gli strumenti per svelarla e si pongono problemi di selezione del personale, né quello di controllo, perché se l'azione è *nascosta* il mercato non ha gli strumenti per scoprirla e si pongono problemi di incentivazione del personale ⁽²⁸⁾.

Sono invece le imprese che possono ottenere risultati migliori di quelli del mercato nel controllo e nella gestione dell'informazione proprio grazie alla loro complessa struttura contrattuale: in primo luogo essa consente loro di svolgere un ruolo di coordinamento abbinando attività e individui specifici così da mettere la persona giusta al posto giusto, cioè consente loro di selezionare i dipendenti in modo appropriato, o indurre gli aspiranti al posto di lavoro ad auto-selezionarsi

⁽²⁴⁾ «La retribuzione può essere distribuita secondo l'input o gli input che ciascun lavoratore fornisce oppure secondo la prestazione o produzione realizzata da un lavoratore o da un gruppo di lavoratori. Il primo tipo di accordo prende comunemente la forma di pagamento a tempo (paga oraria o stipendio mensile) [...] mentre il secondo tipo comprende il cottimo puro ed una grande varietà di schemi di pagamento ad incentivo». Cfr. J.H. PENCAVEL, *Work Effort, On-the-Job Screening, and Alternative Methods of Remuneration*, in R.G. EHRENBERG (a cura di), *Research in Labor Economics*, JAI Press, Greenwich, Connecticut, 1, 226).

⁽²⁵⁾ Cfr. E.P. LAZEAR, *Salaries and Piece Rates*, in *Journal of Business*, 1986, n. 3, 417.

⁽²⁶⁾ Cfr. D.O. PARSONS, *op. cit.*, 803.

⁽²⁷⁾ Osserva Arrow: «il rapporto di lavoro, in generale, è una relazione in cui l'impegno e l'abilità acquisita attraverso l'apprendistato e l'auto-formazione risultano difficili da osservare. Ciò ha fatto nascere una teoria che spiega l'esistenza dell'impresa come mezzo per misurare l'impegno» (cfr. K.J. ARROW, *Agency and the Market*, *cit.*, 175).

⁽²⁸⁾ Questi casi di informazione asimmetrica in cui è il lavoratore ad essere maggiormente informato, cioè quelli dell'informazione nascosta (o selezione avversa) e dell'azione nascosta (o rischio morale), stanno alla base della teoria dell'agenzia che sarà esposta nel § 4.

secondo gli interessi delle imprese. In secondo luogo, la struttura contrattuale consente alle imprese di svolgere un ruolo di controllo, facendo in modo che gli individui, una volta abbinati ai posti di lavoro, non si comportino da «free rider» evitando di erogare il livello di impegno adeguato; consente dunque di incentivare i dipendenti a lavorare seriamente, controllando che non tengano un comportamento scorretto. Infine, le imprese possono svolgere, grazie alla varietà delle tipologie contrattuali, anche un ruolo assicurativo in favore degli agenti più avversi al rischio, riducendo l'incertezza dell'attività economica o socializzandone le conseguenze. La teoria delle assicurazioni ⁽²⁹⁾ ha infatti evidenziato che numerosi contratti sono sottoscritti da agenti con un diverso atteggiamento nei confronti del rischio. Tra questi è compreso il contratto tra un datore di lavoro e un lavoratore; il dipendente che non ama l'incertezza o che non è in condizioni di sopportarla preferirà essere ricompensato con un salario costante invece di ottenere un reddito più elevato, ma variabile in presenza di incertezza esogena, cioè di eventi che sfuggono al suo controllo ⁽³⁰⁾.

In tale contesto, l'essenza stessa dell'impresa è riconducibile alla struttura contrattuale che la identifica ⁽³¹⁾; grazie a questa rete di contratti l'impresa sottrae al meccanismo impersonale dei prezzi di mercato una serie di scambi che governa invece mediante accordi interpersonali specifici, descritti da forme contrattuali complesse e articolate ⁽³²⁾. Per meglio chiarire questo aspetto conviene sottolineare ulteriormente la differenza tra un sistema economico governato dal meccanismo impersonale dei prezzi di un mercato concorrenziale ed un sistema economico governato dai contratti. Nel prossimo paragrafo descriveremo pertanto le modalità di coordinamento tra agenti eterogenei che da un lato cooperano tra loro nella produzione delle risorse e dall'altro competono tra loro nella allocazione delle risorse. Tali regole organizzative possono essere costituite sia dal meccanismo impersonale dei prezzi di mercato sia da sistemi allocativi alternativi ad esso che derivano da accordi interpersonali privati (come i contratti) o pubblici (come le leggi) ⁽³³⁾.

⁽²⁹⁾ Cfr. K.J. ARROW, *Essays in the Theory of Risk-Bearing*, North-Holland, Amsterdam, 1971.

⁽³⁰⁾ Come ha notato Azariadis, il contratto di assicurazione nel rapporto di lavoro è un contratto *implicito*. Cfr. C. AZARIADIS, *Implicit contracts and underemployment equilibria*, in *Journal of Political Economy*, 1975, 83.

⁽³¹⁾ Alchian e Demsetz definiscono l'impresa come una «struttura contrattuale» (cfr. A.A. ALCHIAN, H. DEMSETZ, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, in *American Economic Review*, 1972, n. 4, 794) e Jensen e Meckling «una forma di finzione legale che serve come *nexus* di relazioni contrattuali» (cfr. M.C. JENSEN, W. H. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, n. 3, 304) «dove ciascun fattore è motivato dal proprio *self-interest*» (cfr. E. FAMA, *Agency Problems and the Theory of the Firm*, in *Journal of Political Economy*, 1980, n. 88, 289).

⁽³²⁾ Cfr. R.M. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 1937, 4.

⁽³³⁾ «Tra gli economisti la questione è stata un po' confusa poiché l'analisi economica ci ha procurato un modello di separazione delle azioni sociali, quello realizzato tramite il sistema dei prezzi. Il sistema stesso è una delle istituzioni sociali più notevoli e l'analisi del suo funzionamento è, a mio giudizio, una delle conquiste intellettuali più significative del genere umano [...] ma [...] non possiamo considerare il sistema dei prezzi come un dato. Al contrario, dovrà essere pensato come uno degli strumenti, forse il più importante, tramite cui qualsivoglia sistema sociale di valori viene realizzato». Cfr. K.J. ARROW, *Values and Collective Decision-Making*, 1967, in K.J. ARROW, *Equilibrio, incertezza, scelta sociale*, cit.).

4. In ogni sistema economico, individui tra loro diversi, con preferenze e valori individuali diversi, da un lato cooperano per sfruttare i vantaggi della divisione del lavoro e dall'altro competono per appropriarsi delle risorse scarse. In un contesto di eterogeneità degli agenti e di scarsità delle risorse, per decidere nel modo migliore bisogna valutare sia con chi conviene cooperare sia con chi si deve competere. L'organizzazione interpersonale dell'attività economica è necessaria da un lato per conseguire i vantaggi della cooperazione nella produzione delle risorse e dall'altro per mediare la rivalità della competizione nell'allocazione delle risorse. L'effetto della cooperazione è quello di permettere agli agenti economici di cogliere i vantaggi dello scambio che nascono dalle differenze individuali e dalla specializzazione delle funzioni; l'effetto della concorrenza è quello di mettere in gara individui tra loro diversi, ma in qualche senso tra loro sostituibili, ciascuno dei quali cerca di procurarsi le posizioni più vantaggiose. Per valutare questi effetti dobbiamo indagare le regole che ne determinano gli esiti, cioè le regole che presiedono alla cooperazione e che disciplinano la competizione.

A tale proposito Milton e Rose Friedman sottolineano con particolare enfasi i vantaggi reciproci di uno scambio volontario: «Se uno scambio tra due parti è volontario, esso non avrà luogo che quando entrambe le parti credono di ricavarne un beneficio. La maggior parte degli errori in economia derivano dalla dimenticanza di questa semplice intuizione, dalla tendenza a ipotizzare che la torta da dividere è data e che una parte può guadagnare solo a spese dell'altra»⁽³⁴⁾.

Alchian esprime invece un parere opposto, e sottolinea con vigore la contrapposizione di interessi tra gli agenti: «Mi sembra che gli economisti siano fin troppo inclini a considerare lo scambio come un'azione cooperativa, dove sia il compratore che il venditore si sforzano di raggiungere una posizione più desiderabile. Tuttavia mi pare più interessante (ora che ho compreso l'aspetto cooperativo dello scambio) esaminare l'aspetto concorrenziale [...]. L'atto dello scambio è il mezzo con il quale il compratore viene a competere con gli altri pretendenti ai beni ottenibili dal venditore»⁽³⁵⁾.

Arrow sottolinea sia l'aspetto cooperativo che l'aspetto competitivo dello scambio, e ne trae la conclusione che, in un contesto di relazioni interpersonali, le decisioni collettive sono migliori delle decisioni prese separatamente: «poiché le attività degli individui spesso interagiscono fra di loro, a volte in quanto sostitutive, a volte in quanto complementari, e vi è spesso concorrenza per risorse limitate, la decisione congiunta riguardo alla scelta delle attività individuali sarà superiore alle decisioni separatamente prese»⁽³⁶⁾.

Le istituzioni sono appunto le regole decise di comune accordo dagli agenti individuali al fine di favorire la cooperazione e disciplinare la competizione.

Consideriamo in primo luogo il funzionamento del meccanismo impersonale dei prezzi di mercato. Se valgono certe condizioni, il primo teorema dell'economia del benessere dimostra che l'efficienza può essere conseguita grazie al perfetto

⁽³⁴⁾ Cfr. M. FRIEDMAN, R.D. FRIEDMAN, *Free to Choose*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1979 (trad. it., *Liberi di scegliere*, Longanesi, Milano, 1981, 18).

⁽³⁵⁾ Cfr. A. ALCHIAN, *Some Economics of Property Right*, in *Il Politico*, 1965, n. 4, 818.

⁽³⁶⁾ Cfr. K.J. ARROW, *The Limits of Organization*, W.W. Norton & Company, New York, 1974 (trad. it., *I limiti dell'organizzazione*, Il Saggiatore, Milano, 1986, 49).

funzionamento di un sistema completo di mercati competitivi ⁽³⁷⁾. È anche vero, per contro, che quando le condizioni che verificano il primo teorema dell'economia del benessere non si danno, i risultati raggiunti tramite i mercati non sono efficienti, e il mercato «*fallisce*» nel suo compito di allocazione delle risorse; si pone dunque il problema di quali altri strumenti istituzionali possano migliorare l'efficienza del sistema. «Data l'esistenza di inefficienze paretiane in un equilibrio di libero mercato, vi sarà nel sistema una tendenza a superarle tramite qualche forma di scostamento dal libero mercato, ossia una qualche forma di azione collettiva. Questa non sarà necessariamente intrapresa dallo Stato. Sostengo che esiste infatti un'ampia gamma di istituzioni sociali – in particolare regole sociali di comportamento accettate dalla generalità degli individui – che svolgono in qualche modo una funzione compensativa nei confronti delle carenze e dei limiti del mercato, benché ciascuna di esse comporti dei costi di transazione suoi propri» ⁽³⁸⁾.

Quando lo strumento di coordinamento delle scelte individuali è il mercato, ciò che rende il comportamento degli agenti reciprocamente compatibile è il meccanismo impersonale dei prezzi. I prezzi svolgono un duplice ruolo: quello informativo, distribuendo l'informazione agli agenti, e quello di incentivazione, incoraggiandone la cooperazione e disciplinandone la competizione.

Il principale vantaggio associato all'uso del sistema impersonale dei prezzi sta nel fatto che esso richiede poche conoscenze a coloro che partecipano all'attività economica. Per prendere le decisioni, ciascuno deve conoscere soltanto i propri bisogni ed i prezzi. Non deve tener conto delle decisioni altrui in alcun modo, e neppure deve preoccuparsi delle conseguenze che le proprie scelte potranno avere sugli altri. Infatti, se vuole appropriarsi di risorse che altri gli contendono, ne viene informato dal prezzo che deve pagare per ottenerle, e di conseguenza non è necessario che consideri gli altri come rivali, perché il prezzo che egli paga li compensa per l'esclusione.

La trasmissione efficiente di informazioni non sarebbe però di per sé sufficiente a produrre l'ottima allocazione delle risorse se gli agenti non avessero anche un incentivo ad agire correttamente sulla base di quelle informazioni. Il modo tradizionale con cui il sistema dei prezzi crea incentivi agli agenti è quello che pone in stretta relazione le prestazioni con le ricompense. Affinché la cooperazione si produca ogni volta che risulta vantaggiosa, infatti, bisogna che l'impegno dei partecipanti sia adeguatamente remunerato; le retribuzioni devono essere commisurate allo sforzo o al risultato, e non essere soggette ad andamenti casuali, poiché solo in questo modo esse fungono da incentivo ⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ Secondo il primo teorema dell'economia del benessere: a) se ci sono abbastanza mercati; b) se tutti gli agenti si comportano in modo competitivo; c) se un equilibrio esiste, allora l'allocazione delle risorse in tale equilibrio sarà Pareto-ottimale. Cfr. J.O. LEDYARD, *Market Failure*, in J. EATWELL, M. MILGATE, P. NEWMAN (a cura di), *The New Palgrave*, Macmillan, London, 1987.

⁽³⁸⁾ Cfr. K.J. ARROW, *Equilibrio, incertezza, scelta sociale*, cit., 289.

⁽³⁹⁾ «Una delle virtù di un sistema di prezzi di libero mercato è che i prezzi che portano le informazioni forniscono sia un incentivo a reagire alle informazioni sia i mezzi per farlo [...]. Se ciò che una persona ottiene non dipende dal prezzo che ella riceve per i servizi delle sue risorse, che incentivo avrà mai a cercare informazioni sui prezzi o ad agire in base a quelle informazioni? Se il tuo reddito è lo stesso sia che tu lavori con impegno o no, perché dovresti lavorare con impegno?» (cfr. M. FRIEDMAN, R.D. FRIEDMAN, *op. cit.*, 23 ss.

Ma il mercato del lavoro può svolgere efficacemente il suo ruolo solo se è veramente possibile stabilire l'effettivo valore delle prestazioni fornite da ciascun agente, così che le ricompense siano commisurabili ad esse ⁽⁴⁰⁾; i prezzi possono dunque adempiere al loro duplice compito solo se il mercato è perfetto, cioè se tutte le informazioni sono rivelate. Se invece l'informazione è incompleta o asimmetrica ⁽⁴¹⁾ il mercato non ha più gli strumenti per impedire agli agenti di procurarsi un vantaggio indebito nelle transazioni nascondendo le informazioni in loro possesso, e l'allocatione ottimale delle risorse non può più essere garantita.

La teoria economica dell'informazione ha evidenziato che, in un contesto in cui l'informazione non è più data e comune a tutti gli agenti, gli individui non si adattano passivamente all'incertezza, ma reagiscono ad essa ricercando ed elaborando l'informazione ⁽⁴²⁾. Arrow afferma: «il punto fondamentale è che l'informazione rappresenta una risposta all'incertezza. Se si conoscesse tutto, l'informazione, che è fondamentalemente una risposta all'incertezza, non avrebbe senso d'essere» ⁽⁴³⁾. La più immediata conseguenza che deriva dall'abbandono dell'ipotesi di informazione perfetta è dunque la nascita di un mercato dell'informazione, sul quale l'informazione viene comprata e venduta come un qualsiasi altro bene economico: «come le altre merci essa ha un costo di produzione e un costo di trasmissione, e perciò non è distribuita sull'intera popolazione ma è concentrata tra quelli che ne ricavano più profitto» ⁽⁴⁴⁾; in tali circostanze, infatti, gli agenti trovano profittevole investire risorse nella raccolta di informazioni anche su un mercato competitivo, perché si assume che i soggetti siano in grado di attribuire una probabilità ad ogni evento possibile, e che possano raccogliere a costi noti le informazioni utili al fine di valutare queste probabilità: «informazioni sul comportamento degli altri agenti economici, specialmente clienti o lavoratori, o sui prezzi futuri o attuali, o sulle differenti qualità di merci sono gli esempi più evidenti di informazioni che è possibile e conveniente acquistare» ⁽⁴⁵⁾.

Il comportamento di ricerca nasce pertanto come naturale risposta all'incertezza: con la ricerca si aumenta l'informazione disponibile e si allarga il campo delle al-

⁽⁴⁰⁾ Scrivono Alchian e Demsetz: «Due domande chiave si pongono ad un'organizzazione economica: la misurazione della produttività degli input e la commisurazione delle ricompense. La classica relazione economica tra produttività marginale e distribuzione del reddito assume implicitamente che esista un'organizzazione che alluchi le ricompense alle risorse secondo la loro produttività [...]. La nostra congettura è che la direzione della causazione sia l'inverso: lo specifico sistema di ricompensa su cui si fa affidamento stimola una particolare risposta di produttività. Se l'organizzazione misura malamente, con ricompense e produttività solo malamente correlate, allora la produttività sarà minore; ma se l'organizzazione economica misura bene, la produttività sarà maggiore». Cfr. A. ALCHIAN, H. DEMSETZ, *op. cit.*, 779.

⁽⁴¹⁾ Assumere l'ipotesi di informazione incompleta significa analizzare le decisioni economiche in una situazione di incertezza che fa sorgere il problema della scelta con costi di informazione; assumere l'ipotesi di informazione asimmetrica significa attribuire a ciascun soggetto il possesso di informazioni private che possono essere usate in modo strategico negli scambi.

⁽⁴²⁾ L'economista considerato il precursore della teoria della ricerca di informazioni è Stigler. Cfr. G.J. STIGLER, *Mercato, Informazione, Regolamentazione*, cit.

⁽⁴³⁾ Cfr. K.J. ARROW, *L'informazione come industria di servizi*, in G. TAMBURINI (a cura di), *Verso l'economia dei nuovi servizi: il settore finanziario*, Il Mulino, Bologna, 1988, 29.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. K.J. ARROW, *Equilibrio, incertezza, scelta sociale*, cit., 177.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. K.J. ARROW, *The Economics of Information, Collected Papers of Kenneth J. Arrow*, vol. IV, Basil Blackwell, Oxford, 1984, 141.

ternative di scelta, la ricerca consente dunque di fare scelte più soddisfacenti. Il mercato dell'informazione ha però una caratteristica che lo rende peculiare: il *fallimento*. Arrow spiega: «anche se l'informazione può essere considerata come un bene, lo è solo in un senso limitato – la presunzione che liberi mercati possano portare all'ottima allocazione delle risorse non vale in questo caso [...] vi sono infatti tre classiche ragioni che possono causare il fallimento della concorrenza perfetta nel raggiungimento dell'ottima allocazione delle risorse: indivisibilità, inappropriabilità e incertezza»⁽⁴⁶⁾, e tutte si manifestano sul mercato dell'informazione⁽⁴⁷⁾.

L'allocazione non ottimale dell'informazione rende rilevante l'analisi del contesto informativo specifico nel quale gli agenti prendono le loro decisioni, e pertanto l'impatto cruciale dell'informazione sull'ottima allocazione delle risorse non è meramente costituito dalla sua presenza o dalla sua assenza, ma dalla sua disuguaglianza tra gli agenti economici; non è la presenza di costi di contrattazione di per sé che conta, ma la loro distorsione⁽⁴⁸⁾.

Pertanto, «quando l'individualità di ogni soggetto *conta*, i rapporti tra gli attori sociali cessano di essere anonimi, e nessun meccanismo impersonale di mercato è più in grado di garantire l'internalizzazione completa degli effetti esterni associati a qualsiasi azione socialmente rilevante»⁽⁴⁹⁾. Ma «il sistema dei prezzi, con tutte le sue virtù, è solo uno dei modi concepibili di organizzare lo scambio, anche in un sistema di proprietà privata»; quando il mercato fallisce «ci è assicurato che tutti possono riuscire a star meglio per mezzo di un accordo non derivato dal sistema dei prezzi»⁽⁵⁰⁾. In tal caso, le relazioni sociali devono essere analizzate non più come scambi impersonali di mercato ma piuttosto come relazioni personali⁽⁵¹⁾ tra un «piccolo numero» di soggetti dotati di informazione incompleta e asimmetrica, che fronteggiano l'incertezza accordandosi sul coordinamento congiunto delle proprie scelte. E il meccanismo attraverso il quale due o più soggetti si accordano sul coordinamento congiunto delle proprie scelte è il *contratto*⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, 144.

⁽⁴⁷⁾ L'informazione è in primo luogo un bene inappropriabile (chi la vende non ne resta privo), e pertanto la sua produzione può restare al di sotto del livello ottimale; l'informazione è inoltre indivisibile (ad esempio, l'uso di informazioni sulle possibilità di produzione non varia al variare della quantità prodotta), e l'indivisibilità crea economie di scala che rendono inefficiente l'allocazione di equilibrio che ne risulta; infine l'incertezza sul valore dell'informazione stessa impedisce che sia allocata secondo criteri ottimali. «Vi è infatti un fondamentale paradosso nella determinazione della domanda di informazione; il suo valore non è noto all'acquirente fin tanto che egli non possiede l'informazione, ma a quel punto egli l'avrebbe ottenuta senza alcun costo. Naturalmente se il venditore potesse mantenere i diritti di proprietà sull'uso dell'informazione, questo non costituirebbe un problema, ma data la sua incompleta appropriabilità, il potenziale acquirente baserà la sua decisione di comprare su criteri meno che ottimali [...] e noi restiamo ancora con il problema irrisolto dell'incapacità del compratore di valutare in anticipo il valore dell'informazione che acquista». Cfr. K.J. ARROW, *The Economics of Information*, cit., 152.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, 293.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. M. GRILLO, *op. cit.*, 2.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. K.J. ARROW, *The Economics of Information*, cit., 292.

⁽⁵¹⁾ Come dice Arrow, «le parti in una transazione stabiliscono legami più stretti del semplice scambio impersonale di denaro contro servizi; l'informazione deve essere raccolta su individui identificati, non su clienti anonimi». Cfr. K.J. ARROW, *The Economics of Information*, cit., 148.

⁽⁵²⁾ Cfr. M. GRILLO, *Teoria dell'impresa e teoria dei diritti di proprietà*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Imprese e mercati*, Utet, Torino, 1991, 162.

5. Il problema della scelta del meccanismo di coordinamento più efficiente si pone dunque con particolare evidenza quando, volendo assumere ipotesi più realistiche di quelle tradizionali sul contesto informativo (non più perfetto) e sul comportamento degli agenti (non più parametrico), si fa cadere la dualità tra efficienza paretiana ed equilibrio di mercato; nasce di conseguenza l'esigenza di indagare quali strumenti istituzionali possano catturare i miglioramenti paretiani che gli scambi competitivi non riescono a realizzare.

Quando gli agenti sono in possesso di informazioni differenti, diventa rilevante con chi si sta entrando in relazione, perché l'identità, la reputazione, e le informazioni della persona con cui si sta effettuando lo scambio influiranno sul risultato. Poiché queste caratteristiche non possono essere adeguatamente considerate da meccanismi che mantengano la caratteristica dell'anonimato, le relazioni sociali saranno meglio interpretate analizzandole come relazioni contrattuali interpersonali invece che come scambi impersonali governati dal sistema dei prezzi.

La principale differenza tra uno scambio di mercato ed un contratto è relativa al modo con cui viene descritta la soluzione offerta al problema di scelta degli agenti. Se lo scambio avviene su di un mercato perfettamente concorrenziale, l'ipotesi che gli agenti assumano il prezzo come un dato spezza ogni possibile legame tra le decisioni individuali che non sia incorporato nel prezzo. Le scelte sono dunque disgiunte o indipendenti. Se lo scambio avviene invece via contratto, i termini contrattuali, cioè gli impegni reciproci tra le parti, definiscono la ripartizione dei costi e dei benefici connessi allo scambio; a ciascuno degli agenti è associato un insieme di scelta, e il contratto rappresenta l'accordo sulla soluzione congiunta del problema di scelta dei contraenti. Le scelte non sono più parametriche o indipendenti ma diventano interdipendenti, poiché l'azione di ognuno è condizionata da quelle altrui, e grazie a questo condizionamento reciproco è in qualche misura possibile realizzare l'internalizzazione delle *esternalità* che causano il *fallimento* del mercato.

La prima conseguenza dell'ipotesi di rilevanza del contesto informativo, cioè di rilevanza dell'uso che gli agenti economici fanno delle loro informazioni private al fine di modificare a proprio vantaggio i termini dello scambio, è infatti quella di indurre la necessità di tener conto degli effetti esterni delle loro decisioni. Si dice che vi è un effetto esterno quando l'utilità o il benessere di un individuo dipendono non solo da una serie di attività che si trovano sotto il suo controllo, ma anche da un'attività a lui esterna, che si trova cioè sotto il controllo di un altro agente. In tal caso è evidente che le decisioni dei soggetti non sono più indipendenti ma interdipendenti, poiché la decisione dell'uno influenza, positivamente o negativamente, il benessere dell'altro.

Le esternalità sono dunque merci che gli individui sarebbero disposti a comprare o vendere, dato che entrano nella loro funzione di utilità, ma poiché non sono scambiate su di un mercato, esse non possono avere un prezzo.

Arrow propone un esempio di esternalità che forse non è il più consueto, ma è di grande importanza ai fini di questo lavoro: l'etica, cioè le regole di comportamento morale che rendono le promesse affidabili e favoriscono la reciproca fiducia, la lealtà, l'abitudine di dire la verità. «La fiducia ha, se non altro, un valore pratico molto importante. È un importante lubrificante del sistema sociale. È molto efficiente: poter contare sulla parola degli altri consente di risparmiarsi

molti fastidi. Purtroppo, si tratta di una merce che non si può comprare facilmente. Se la dovete comprare, avete già dei dubbi circa ciò che avete comprato. La fiducia, e altri valori simili, come la lealtà e la veracità, sono esempi di ciò che gli economisti chiamano *esternalità*. Sono dei beni, delle merci. Hanno un valore reale, pratico, economico. Accrescono l'efficienza del sistema, e vi mettono in grado di produrre più beni, o più di un qualsiasi valore voi stimate. Ma non sono delle merci per cui sia tecnicamente possibile, o addirittura concepibile, uno scambio sul mercato aperto»⁽⁵³⁾.

Ora, se le esternalità hanno un valore per gli individui ai quali producono costi o benefici, ma non hanno un prezzo, come possono essere valutate e considerate al fine di non generare inefficienza allocativa? Se il decisore persegue unicamente il proprio tornaconto, infatti, egli non valuterà le conseguenze delle sue decisioni sul benessere di soggetti che non sono partecipi della decisione stessa, e produrrà così un divario tra costo privato e costo sociale dell'azione.

Il primo teorema dell'economia del benessere richiede che vi siano abbastanza mercati, per garantire che l'allocazione delle risorse sia efficiente; infatti, il principio generale su cui si fonda il meccanismo dei prezzi è che se un agente dell'economia ha bisogno di qualcosa che coinvolge almeno un altro agente, allora vi dovrebbe essere un mercato per quel *qualcosa*, qualcuno dovrebbe avere dei *diritti di proprietà* su quel *qualcosa*, la *cosa* dovrebbe avere un prezzo. Per raggiungere una allocazione Pareto-efficiente delle risorse bisogna che tutto abbia un prezzo, perché se non c'è un mercato che fissa questo prezzo gli agenti possono essere incapaci di informare e motivare gli altri a scambi reciprocamente vantaggiosi, cioè tali da lasciare entrambi in una posizione migliore.

In presenza di esternalità il sistema dei mercati è pertanto incompleto e di conseguenza fallisce nel suo compito allocativo; in queste circostanze, un'allocazione efficiente è comunque possibile, ma non la si ottiene dal meccanismo impersonale dei prezzi di mercato; essa viene raggiunta invece attraverso accordi personali con i quali gli agenti riconoscono che una modifica del loro comportamento spontaneo risulta di reciproco vantaggio.

Secondo il principio di razionalità individuale le persone agiscono solo in conformità al loro interesse personale. Mantenendo tale assunzione, affinché i contratti possano sostituire il meccanismo dei prezzi nel suo compito allocativo informando e motivando gli agenti a comportarsi nel modo più efficiente, bisogna che siano tali da indurre gli individui a prendere in considerazione non solo le conseguenze delle loro azioni che li riguardano direttamente, ma anche quelle che condizionano gli altri, sia rivelando fedelmente le informazioni in loro possesso che agendo in conformità con gli impegni assunti.

Quando le possibilità di condizionamento reciproco delle scelte sono illimitate, il contratto è per definizione in grado di garantire la completa internalizzazione delle esternalità e di conseguenza l'emergere di una situazione sociale efficiente. In linea di principio, un contratto completo potrebbe specificare la distribuzione di tutti i costi e i benefici in ogni possibile circostanza, così che ciascuno troverebbe ottimale adempiervi, dato che i contratti sono accordi volontari, cioè reciprocamente vantaggiosi; un contratto completo sarebbe dunque sempre in grado di in-

⁽⁵³⁾ Cfr. K.J. ARROW, *The Limits of Organization*, cit., 21.

durre gli agenti ad agire in modo coerente con l'interesse collettivo, producendo di conseguenza un risultato socialmente efficiente ⁽⁵⁴⁾. In realtà, però, non tutti i piani d'azione possono essere descritti con contratti completi e vincolanti. I contraenti possono scrivere solo contratti incompleti, il cui rispetto non può essere pienamente assicurato; in questo caso l'incompletezza dell'informazione lascia spazio a comportamenti opportunistici generati dalla imperfetta capacità di vincolarsi, e produce una mancanza di fiducia che ostacola il raggiungimento dell'efficienza perché impedisce la stipulazione di un accordo che sarebbe stato ottimale nel caso di informazione perfetta (completa e simmetrica).

Dunque è proprio in un contesto di informazione incompleta e asimmetrica che la specifica struttura contrattuale dello scambio diventa rilevante ai fini dell'efficienza allocativa. In tale contesto «i contratti forniscono il fondamento a gran parte dell'analisi economica. Ogni scambio – come *quid pro quo* – deve essere mediato da qualche forma di contratto, sia esso esplicito o implicito» ⁽⁵⁵⁾. In particolare, la teoria dei *contratti ottimali*, impliciti o espliciti, ha lo scopo di individuare modelli di contratti che siano efficienti in senso paretiano: «l'ottimalità non va intesa nel senso di *first-best*, ma piuttosto in senso vincolato, o di *second-best*. Invero, le limitazioni dovute all'informazione o di altro tipo che costringono il contratto ad essere di *second-best* sono il cuore dell'analisi – senza di esse si sarebbe rapidamente respinti nel paradigma standard di Arrow-Debreu dove la forma contrattuale è inessenziale» ⁽⁵⁶⁾. Un contratto ottimo garantisce pertanto che l'allocazione che da esso emerge sia efficiente relativamente alle allocazioni associate a qualsiasi altro contratto alternativo possibile; tale allocazione è tuttavia inefficiente nel senso di Pareto rispetto alle allocazioni che avrebbero potuto generarsi in condizione di informazione completa per tutti i soggetti coinvolti nel rapporto.

In un contesto informativo imperfetto i contratti svolgono un duplice ruolo: in primo luogo essi rispondono ad esigenze di coordinamento, cioè alla necessità di prendere decisioni che siano al tempo stesso compatibili e ottimali; in secondo luogo, essi consentono di attenuare il carattere incerto dell'attività economica riducendone i rischi o socializzandone le conseguenze.

Analizziamo ora più specificamente le soluzioni contrattuali ai problemi di coordinamento. I principali strumenti di coordinamento per via contrattuale sono la *routine* e l'*autorità*; la loro articolazione permette di ridurre il numero di decisioni da prendere, di semplificarne alcune e di delegarne altre ad agenti specializzati ⁽⁵⁷⁾. Poiché ogni volta che si prende una decisione si impiegano delle risorse, ridurre il numero delle decisioni significa ridurre i costi del processo decisionale; a tal fine gli individui trovano conveniente definire di comune accordo delle *routine* per evitare di decidere in ogni momento le azioni da intraprendere. Ma quando le *routine* non possono essere definite in modo compiuto perché la stesura di un contratto completo che precisi le regole di comportamento da osservare in ogni

⁽⁵⁴⁾ Cfr. P. MILGROM, J. ROBERTS, *Economics, Organization and Management*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, N.J., 1992 (trad. it., *Economia, organizzazione e management*, Il Mulino, Bologna, 1994).

⁽⁵⁵⁾ Cfr. O.D. HART, B. HOLMSTRÖM, *op. cit.*, 71.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, 14.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. E. BROUSSEAU, *Les théories des contrats: une revue*, in *Revue d'économie politique*, 1993, 1.

possibile circostanza futura risulta troppo complessa o troppo costosa, può essere conveniente per gli agenti firmare contratti incompleti. Nei contratti incompleti le *routine* sono sostituite dall'autorità, cioè da un meccanismo che indica agli agenti quale comportamento tenere nelle circostanze non specificate dal contratto. In questo ambito, l'autorità è dunque il diritto che permette a chi ne è titolare di decidere come devono essere utilizzate le risorse nelle eventualità non specificate dal contratto ⁽⁵⁸⁾.

Per meglio chiarire questo punto conviene introdurre una distinzione tra contratti espliciti e contratti impliciti. Un contratto esplicito è un *accordo vincolante* il cui rispetto è garantito dalla legge. Il principale vantaggio di questi contratti sta nel fatto che i costi della sanzione sono almeno in parte sostenuti dallo Stato ⁽⁵⁹⁾. I tribunali possono infatti imporre al contraente inadempiente penalità o danni (e, in certi sistemi giudiziari, anche l'adempimento forzoso dell'obbligazione); ma affinché questo meccanismo sanzionatorio possa essere utilmente impiegato è importante che tutte le eventualità che possono portare ad una rottura dell'accordo siano pre-specificate nel contratto stesso, se si vuole eliminare ogni possibile incertezza sul suo esito.

In realtà però, nessun contratto esplicito formale, per quanto attentamente studiato, potrà evitare il permanere di qualche incertezza sul suo esito. È infatti difficile credere che tutti i possibili futuri stati del mondo rilevanti ai fini dell'accordo possano essere esplicitamente previsti e pre-contrattati ad un costo accettabile; d'altro canto, anche se i contratti potessero essere rinegoziati al manifestarsi di ogni nuova circostanza rilevante, secondo un processo di contrattazione esplicita continua, diventerebbero probabilmente troppo costosi, e la loro utilità come strumenti allocativi delle risorse cesserebbe di esistere. Osservano in proposito Hart e Holmström: «In verità, la credibilità economica dell'approccio contrattuale può esser posta in questione quando, come spesso accade, i contratti ottimali diventano mostruose prescrizioni contingenti. Come tali contratti possono essere scritti e sanzionati?» ⁽⁶⁰⁾.

Per superare questi ostacoli gli economisti hanno proposto la nozione di *contratto implicito* ⁽⁶¹⁾; la sua principale applicazione è riferita al mercato del lavoro e spiega perché il rapporto di lavoro si struttura come una relazione contrattuale di lungo periodo ⁽⁶²⁾, cioè spiega le ragioni dei comportamenti consuetudinari e dell'accettazione tacita delle regole da parte dei contraenti.

Il rapporto di lavoro si compone dunque di due contratti: uno esplicito e uno implicito. Il primo contiene gli accordi che possono essere fatti valere in giudizio e sono garantiti dalla legge; il secondo contiene la promessa del dipendente di lavorare con impegno adeguato (o di rivelare fedelmente le informazioni in suo

⁽⁵⁸⁾ Cfr. O.D. HART, J. MOORE, *Property Rights and the Nature of the Firm*, in *Journal of Political Economy*, 6.

⁽⁵⁹⁾ Osserva Parsons: «in un mondo incerto, in cui nessun individuo è affidabile in modo assoluto, tale meccanismo sanzionatorio sovvenzionato ha un vantaggio evidente». Cfr. D.O. PARSONS, *op. cit.*, 798.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. O.D. HART, B. HOLMSTRÖM, *op. cit.*, 15.

⁽⁶¹⁾ Cfr. C. AZARIADIS, *op. cit.*

⁽⁶²⁾ «Questa costruzione differisce da quella più familiare dello scambio di lavoro neoclassico perché enfatizza il processo di negoziazione, che è spesso relativo ad un lungo periodo di tempo, tra due unità economiche specifiche [...] anziché un processo di mercato impersonale e spesso istantaneo in cui i salari decentrano e coordinano le azioni di chi offre e domanda lavoro». Cfr. C. AZARIADIS, *op. cit.*, 733.

possesso) in cambio della promessa del datore di lavoro di non licenziarlo, di attribuirgli un premio, o di promuoverlo.

In un contratto implicito ciò che vincola il comportamento degli agenti, e che garantisce l'attuazione degli accordi che una terza parte non potrebbe sanzionare perché non ha l'informazione sufficiente, è il proprio tornaconto⁽⁶³⁾; in questo caso dunque il termine contratto indica l'impegno reciproco dei contraenti, ovvero un *accordo volontario* che trova nel *self-interest* la propria ragione d'essere e la forza che lo sanziona. L'efficienza di un contratto implicito dipende pertanto dalla possibilità di garantire l'esecuzione dell'accordo mediante meccanismi meno formali della legge. La letteratura economica ha proposto due possibili strumenti sanzionatori: gli scambi ripetuti, cioè profittevoli relazioni successive tra le parti contraenti, e gli effetti di reputazione, che possono alterare le condizioni di contrattazioni successive con individui diversi dalle parti contrattuali.

Prendiamo adesso in esame più specificamente il secondo ruolo svolto dai contratti (dopo quello di coordinamento); analizziamo cioè le modalità con le quali i contratti consentono di affrontare il carattere incerto dell'attività economica riducendone e ripartendone i rischi. A tale proposito è possibile rilevare, nell'ambito della teoria economica del contratto, due problemi che ostacolano l'ottima allocazione del rischio in un contesto di informazione asimmetrica⁽⁶⁴⁾. Essi traggono la loro origine proprio dalla letteratura sull'assicurazione e sono consuetamente definiti come *rischio morale* e *selezione avversa*⁽⁶⁵⁾.

La teoria dell'agenzia⁽⁶⁶⁾ studia appunto le soluzioni contrattuali ai problemi di rischio morale e selezione avversa che si pongono tra un individuo, il principale, ed un altro, l'agente, quando l'azione dell'agente influenza il benessere di entrambe le parti ma non è osservabile né verificabile dal principale perché il risultato dell'azione può dipendere anche da una variabile casuale e dunque non può essere univocamente attribuito all'azione dell'agente.

«È interessante notare che la relazione principale-agente, definita in questo caso da una funzione di compenso, rappresenta un significativo allontanamento dalla abituale relazione a prezzo fisso tra agenti economici postulata dall'economia. Il principale non compra i servizi dell'agente a un prezzo fisso determinato dal mercato concorrenziale né acquista semplicemente il prodotto dell'agente. La relazione non è nemmeno descrivibile tramite un contratto contingente, in cui i pagamenti e i servizi resi sono funzioni prestabilite di una variabile casuale esoge-

⁽⁶³⁾ Azariadis scrive: «In particolare, i lavoratori erogheranno l'ammontare di impegno richiesto dal lavoro non tanto perché l'impegno possa essere accertato facilmente da un arbitro esterno, ma piuttosto perché essi sanno che il loro salario e la rapidità delle loro promozioni dipendono dalle loro prestazioni. E i datori di lavoro staranno attenti a non rompere neppure il più implicito dei loro impegni sulla parola se facendolo comprometteranno la loro capacità di attrarre lavoratori in futuro». Cfr. C. AZARIADIS, *Implicit Contracts*, in J. EATWELL, M. MILGATE, P. NEWMAN (a cura di), *op. cit.*, 737.

⁽⁶⁴⁾ «L'impatto cruciale dell'informazione sull'ottima allocazione del rischio non è meramente costituito dalla sua presenza o dalla sua assenza, ma dalla sua disuguaglianza tra gli agenti economici», cfr. K.J. ARROW, *Equilibrio, incertezza, scelta sociale*, cit., 300. «Non è la presenza di costi di contrattazione di per sé che conta, ma la loro distorsione», *ivi*, 293.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. K.J. ARROW, *Agency and the Market*, cit. (trad. it., 174).

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*; A.M. SPENCE, R. ZECKHAUSER, *Insurance, Information and Individual Action*, in *American Economic Review*, 1971, 61, *Papers and Proceedings*; S.A. ROSS, *The Economic Theory of Agency. The Principal's Problem*, in *American Economic Review*, 1973, 2, *Papers and Proceedings*.

na: il principale osserva l'evento ma non può decomporlo nei suoi due elementi, l'azione dell'agente e l'incertezza esogena. Anche se i principi sottostanti sono impeccabilmente neoclassici, poiché ogni parte agisce nel suo proprio interesse ed è soggetta all'influenza del mercato, la variabile da determinare non è il prezzo ma una complicata relazione funzionale»⁽⁶⁷⁾.

6. Il rapporto di lavoro in un contesto di informazione imperfetta costituisce un tipico esempio di contrattazione incompleta: l'impresa, al momento dell'assunzione, non conosce né la qualità dei dipendenti né le proprie esigenze future, e quindi gli accordi non possono definire adeguatamente le caratteristiche delle prestazioni e gli impegni dei contraenti; solitamente, nell'impossibilità di descrivere i compiti da svolgere in ogni circostanza, si attribuisce all'impresa l'autorità di dirigere le azioni dei dipendenti, entro certi limiti; si tratta pertanto di un *contratto di relazione*, che non si propone l'impossibile obiettivo di emulare un contratto completo ma si limita a definire un accordo di massima che struttura il rapporto tra le parti.

Arrow osserva che nel contratto di lavoro l'oggetto dello scambio è costituito da una relazione *personale*, e più specificamente da una relazione di *autorità personale* che consiste nel «dare e ricevere ordini»⁽⁶⁸⁾. «Come Herbert Simon ha sottolineato, un contratto di lavoro è per l'appunto un contratto con cui il dipendente accetta l'imposizione di un'autorità. In questo differisce [...] da un contratto di acquisto di una merce: ciò che viene comprato e venduto non è una cosa oggettiva, ma una relazione personale»⁽⁶⁹⁾.

Il rapporto di lavoro così inteso implica necessariamente l'esistenza di *esternalità* che sono proprie di ogni problema di scelte delegate: un individuo ha la responsabilità di prendere decisioni che si presumono nell'interesse di uno o più altri, in cambio di qualche tipo di pagamento. Il contratto di lavoro può pertanto essere studiato come relazione di agenzia. La teoria dell'agenzia pone il seguente quesito: a quali condizioni la soluzione congiunta ai problemi di scelta del principale e dell'agente determina una posizione di equilibrio Pareto-efficiente? O, per dir la stessa cosa in altro modo, a quali condizioni il principale e l'agente sceglieranno, rispettivamente, proprio quello schema retributivo e quell'azione che, dato lo stato di natura, minimizza il costo della relazione di agenzia, ovvero massimizza il vantaggio derivante dalla loro cooperazione?

Nella teoria dell'agenzia applicata ai problemi di selezione e di incentivazione del personale la funzione di benessere del principale è influenzata dal comportamento o dalle caratteristiche dell'agente. Il principale, osservando il risultato, non è in grado di separare gli effetti del caso da quelli imputabili o al comportamento dell'agente o alle sue caratteristiche personali non evidenti; egli deve pertanto of-

⁽⁶⁷⁾ Cfr. K.J. ARROW, *Agency and the Market*, cit., 181.

⁽⁶⁸⁾ «Nel quadro definito dal contratto, la relazione fra datore di lavoro e dipendente non è più una relazione di mercato, ma di autorità. L'ambito di questa autorità è normalmente delimitato dai termini del contratto, e, soprattutto, dalla libertà di lasciare il posto di cui gode il dipendente. Ma poiché l'esercizio di questa libertà non è privo di costi, l'ambito di tale autorità non è nullo». Cfr. K.J. ARROW, *The Limits of Organization*, cit., 46.

⁽⁶⁹⁾ Ivi, 47.

frire agli agenti contratti tali da indurli a rivelare le informazioni in loro possesso e a comportarsi secondo i propri desideri.

Un contratto è efficiente se massimizza l'utilità attesa del principale sotto due vincoli: quello di compatibilità degli incentivi e quello di partecipazione. Il primo vincolo esprime la necessità di *allineare* gli obiettivi dell'agente a quelli del principale; il secondo vincolo garantisce che l'agente ottenga dal rapporto di lavoro un livello di utilità almeno uguale a quello che otterrebbe accettando un contratto alternativo (utilità di riserva o costo opportunità della scelta).

La teoria dell'agenzia ricerca dunque forme contrattuali che, in presenza di asimmetria informativa, inducano la parte meno informata a non rinunciare ai benefici dello scambio e la parte più informata a non volgere a proprio esclusivo vantaggio i termini della transazione.

La teoria dell'agenzia comprende due tipi di problema: «chiamerò i due tipi di problema principale-agente rispettivamente *azione nascosta* ⁽⁷⁰⁾ e *informazione nascosta* ⁽⁷¹⁾. Nella letteratura economica essi vengono denominati *rischio morale e selezione avversa*» ⁽⁷²⁾.

Nel problema dell'azione nascosta l'agente deve scegliere, tra le tante possibili, un'azione il cui esito non dipende solo dalla sua scelta ma anche dal caso. L'azione resta dunque nascosta per il principale, che non può osservarla direttamente né può dedurla dall'osservazione del risultato, perché quest'ultimo non consente di separare gli effetti della decisione dell'agente da quelli del caso.

Nel problema dell'informazione nascosta le azioni dell'agente sono invece perfettamente osservabili, ma il principale non ne trae alcun vantaggio perché il risultato non dipende solo dall'azione dell'agente e dal caso, ma anche da una qualche caratteristica personale che solo l'agente conosce e che il principale non riesce a riconoscere; e senza la conoscenza di questa caratteristica il principale non è in grado, pur osservando l'azione e il risultato, di stabilire se quest'ultimo è merito dell'agente o è dovuto al caso.

La relazione di agenzia contiene dunque due elementi costitutivi: l'asimmetria informativa, che rende necessario incentivare gli agenti affinché rivelino le loro informazioni private (o impone costi di controllo sul loro operato o sulle loro caratteristiche), e l'incertezza esogena, che induce la ripartizione del rischio tra principale ed agente.

⁽⁷⁰⁾ «La più tipica *azione nascosta* è costituita dall'impegno lavorativo (*effort*) dell'agente», cfr. K.J. ARROW, *Agency and the Market*, cit., 174. «Il caso più frequente studiato dalla letteratura [...] è quello in cui l'azione dell'agente non è direttamente osservabile dal principale e dove in aggiunta il risultato dipende, ma non è completamente determinato, dall'azione dell'agente. (Se ciò non fosse vero, il principale potrebbe in effetti inferire l'azione dell'agente dall'osservazione del risultato). In linguaggio tecnico, il risultato è una variabile casuale la cui distribuzione dipende dall'azione intrapresa», *ivi*, 173. «Una relazione analoga ma non identica si verifica quando l'agente fa un'osservazione cui il principale non prende parte e basa la sua azione su questa osservazione. L'azione stessa può essere osservabile, ma il principale non sa se l'azione è la più appropriata», *ivi*, 174).

⁽⁷¹⁾ Nel caso della informazione nascosta «gli agenti differiscono dal principale poiché, a differenza di questi, hanno effettuato alcune osservazioni. Nel prendere le loro decisioni gli agenti utilizzano (e dovrebbero utilizzare) queste osservazioni ... Di qui il problema di come intercettare queste informazioni ... questa branca della letteratura ha acquisito il nome di *compatibilità degli incentivi*» (cfr. K.J. ARROW, *Agency and the Market*, cit., 176).

⁽⁷²⁾ Cfr. K.J. ARROW, *Agency and the Market*, cit., 174.

A proposito del primo elemento possiamo osservare che la difficoltà di comunicazione delle informazioni private sta nel fatto che può non esistere un modo semplice di rivelare tali informazioni: le dichiarazioni non provate possono non essere credute ⁽⁷³⁾, e dunque un contratto ottimale deve rappresentare un modo di comunicarle che sia credibile.

La letteratura presenta due possibili strategie che si differenziano a seconda di chi prende l'iniziativa: se è l'agente, cioè la parte che possiede l'informazione privata, che utilizza degli indicatori (segnali) per trasmettere le proprie caratteristiche al principale prima della definizione dei contratti si parla di segnalazione; se invece è il principale che cerca di discriminare tra agenti eterogenei offrendo una gamma di condizioni contrattuali alternative si parla di selezione.

Come esempio della prima strategia possiamo citare i contributi di Spence ⁽⁷⁴⁾ che dimostrano come la scolarità possa essere un buon segnale della produttività del lavoratore. Questo segnale è però credibile solo se ottenere un dato livello di istruzione risulta meno faticoso per i lavoratori con elevata produttività che per quelli con produttività più bassa, altrimenti entrambi potrebbero conseguire lo stesso titolo di studio vanificando l'informatività del segnale.

Come esempio della seconda strategia possiamo citare invece il saggio di Salop e Salop, che spiega la convenienza delle imprese ad impiegare un metodo di auto-selezione per minimizzare i costi di turnover. «Un metodo di autoselezione è un sistema di prezzi che induce gli aspiranti a rivelare in modo veritiero l'informazione su di sé per mezzo del proprio comportamento [...] Probabilmente il miglior caso di autoselezione è registrato nel Vecchio Testamento: la decisione di re Salomone di tagliare in due il bambino costrinse ciascuna madre a rivelare i suoi veri sentimenti nei confronti del bambino e quindi la sua vera identità» ⁽⁷⁵⁾.

Salop e Salop osservano che, quando un dipendente si dimette, l'impresa deve sostenere i costi di selezione e di addestramento del nuovo assunto; pertanto l'impresa ha un incentivo a preferire quegli aspiranti che hanno la minor propensione a dimettersi. L'impresa scoraggia gli individui con alto turnover e incoraggia quelli a basso turnover offrendo contratti in cui il salario aumenta con la durata del rapporto di lavoro. Ciò ha l'effetto di rendere gli aspiranti credibili nella loro promessa di continuità del rapporto di lavoro, poiché essi stessi pagherebbero le conseguenze delle loro premature dimissioni perdendo i futuri incrementi salariali. In altre parole, il salario che cresce con la durata del rapporto di lavoro agisce come una garanzia che rende l'impresa da un lato fiduciosa nei confronti dell'affermazione dell'aspirante che dice di essere stabile, e dall'altro indifferente nei confronti della verità, poiché non deve sopportare alcuna conseguenza negativa per essersi sbagliata.

⁽⁷³⁾ Osserva Spence che anche se le sanzioni legali possono rendere costose le dichiarazioni non veritiere, e se i vantaggi di una buona reputazione forniscono spesso efficaci incentivi a dire la verità, in generale: «le dichiarazioni verbali sono una fonte potenziale di informazione che è stata giudicata risibile perché, si è argomentato, le parole costano molto poco, e perciò non costituiscono uno strumento idoneo a differenziare il prodotto di coloro che offrono merce di alta qualità». Cfr. M. SPENCE, *Informational Aspects of Market Structure. An Introduction*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1976, n. 4, 593.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. ID., *Job Market Signaling*, ivi, 1973, n. 3; ID., *Market Signaling. Informational Transfert in Hiring and Related Screening Processes*, Harvard University Press, Cambridge, 1974.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. J. SALOP, S. SALOP, *Self-Selection and Turnover in the Labor Market*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1976, n. 4, 619.

Se dunque non vi fosse incertezza esogena (ma solo asimmetria informativa), il principale potrebbe incentivare gli agenti a rivelare le informazioni private offrendo loro una varietà di contratti ciascuno dei quali risulta attrattivo per un particolare tipo di lavoratore, così che l'accettazione del contratto rivela l'informazione nascosta. Infatti, se i risultati della transazione dipendessero solo dalle caratteristiche degli agenti e non anche dal caso, il principale potrebbe fissare il prezzo e le altre condizioni contrattuali in funzione dei risultati che gli rivelano *ex post* tali caratteristiche.

Consideriamo ad esempio una situazione in cui non vi sia incertezza esogena ma solo un costo di monitoraggio causato dall'asimmetria informativa; in tali circostanze vi può essere comunque il rischio di un comportamento sleale da parte di un contraente: si può infatti verificare una situazione in cui la razionalità individuale induce gli agenti a sfruttare a proprio vantaggio le carenze degli accordi che stipulano. Questo rischio di comportamento sleale può essere talmente rilevante da annullare i benefici attesi dello scambio, e dunque può essere conveniente destinare risorse all'attivazione di meccanismi volti a prevenirlo. Possiamo distinguere tra due tipi di meccanismi: quelli di sorveglianza (e punizione) e quelli di incentivazione.

La questione della sorveglianza è indissociabile da quella della punizione. Senza un adeguato sistema di repressione, infatti, gli agenti non avranno alcuna motivazione a rispettare i loro impegni. Il meccanismo di controllo deve pertanto essere determinato tenendo conto sia del costo della sorveglianza che della sua efficacia, che può essere valutata in base al calcolo dei benefici e dei costi che l'inadempienza e la conseguente punizione producono al contraente che non rispetta i patti.

Il rischio di comportamento sleale è un problema tanto più rilevante quanto più le risorse sono specifiche, cioè quanto meno è praticabile la sostituibilità tra contraenti. Quando invece vi è una certa sostituibilità tra le parti, essa può servire allo scopo di sanzionare le inadempienze mediante la rottura del contratto. Shapiro e Stiglitz ⁽⁷⁶⁾ esemplificano questa situazione mostrando come i datori di lavoro possano aver interesse a pagare ai dipendenti un salario maggiore di quello che assicura l'equilibrio del mercato per far sì che il licenziamento costituisca una punizione temibile per il dipendente sorpreso a *fare il furbo*. La differenza tra il salario pagato effettivamente dalle imprese e quello di equilibrio crea infatti disoccupazione, e pertanto il timore di perdere il posto di lavoro si traduce in un efficace strumento di disciplina.

I meccanismi di controllo e di punizione possono essere integrati o sostituiti da sistemi di incentivazione che hanno la proprietà di indurre – mediante trasferimenti monetari – coloro che sottoscrivono un accordo a rispettarlo. Un sistema di incentivi è dunque uno schema di ricompense volto ad assicurare una stretta corrispondenza tra il risultato del comportamento degli agenti e la loro retribuzione; a tale scopo si possono seguire due metodi: osservare e remunerare l'output dell'agente oppure osservare e remunerare i suoi input.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. C. SHAPIRO, J. E. STIGLITZ, *Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device*, in *American Economic Review*, 1984, 3.

Un'applicazione del primo metodo è costituito dal sistema dei *tornei* nei quali si remunera un agente in funzione del suo output *relativo*, cioè confrontato a quello di altri agenti ⁽⁷⁷⁾. Usando la classificazione ordinale dei risultati come base per i compensi, cioè remunerando ciascuno in funzione dello scarto tra il suo output e l'output medio di coloro che svolgono la stessa attività, la competizione tra gli agenti indurrà ciascuno a comportarsi in modo corretto. Talvolta i metodi retributivi legati all'output possono nascondere effetti perversi (ad esempio, i dipendenti potrebbero ostacolarsi reciprocamente a danno della necessaria cooperazione), ma in generale sono utili per incentivare l'agente a svolgere il suo compito nel modo migliore.

La soluzione alternativa alla remunerazione in funzione dell'output consiste nell'osservare e remunerare l'input. Ma, anche in questo caso, non è detto che la produttività marginale sia sempre deducibile dalla variabile osservata. La produttività del lavoro, ad esempio, è dovuta a due fattori – il tempo di lavoro e l'*effort* del lavoratore – uno dei quali (l'*effort*) è difficilmente osservabile. In tal caso si può cercare di stimare l'impegno erogato dal dipendente osservando un parametro ad esso correlato, che può anche essere confrontato col valore corrispondente della prestazione di altri agenti. In queste circostanze, se il principale è in grado di separare *ex-post* gli effetti del caso da quelli del comportamento intenzionale dell'agente, può essere conveniente differire la ricompensa per aumentare la probabilità di rendersi conto degli eventuali errori di valutazione, e per incentivare l'agente a comportarsi lealmente nei periodi successivi ⁽⁷⁸⁾.

Confrontando costi e benefici dei criteri di remunerazione possibili, si sceglierà la loro combinazione migliore; ma ciò che rileva al nostro scopo è che, in assenza di incertezza esogena, è comunque possibile progettare un sistema di incentivi che induca la realizzazione delle azioni socialmente ottimali.

Quando invece la presenza di asimmetria informativa si accompagna alla presenza di incertezza esogena e alla realistica assunzione che gli agenti siano avversi al rischio in misura maggiore del principale, la soluzione contrattuale ottimale non potrà essere comunque di *first-best*, cioè tale da determinare un'allocazione uguale a quella che si sarebbe realizzata nel caso di informazione completa, perché si verifica sempre un conflitto (*trade-off*) tra allocazione ottimale del rischio e incentivazione: il compenso sarà una funzione dell'evento, al fine di fornire incentivi, ma i rischi saranno ripartiti.

Come la teoria dei contratti impliciti ha evidenziato, i salari contrattuali incorporano pagamenti impliciti di premi assicurativi da parte dei lavoratori negli stati di natura favorevoli e la riscossione di indennità negli Stati sfavorevoli. Col contratto di lavoro, dunque, lavoratori avversi al rischio possono acquistare da imprese meno di loro avverse al rischio un'assicurazione contro l'incertezza esogena; in queste circostanze, il salario offerto dal datore di lavoro al momento dell'assun-

⁽⁷⁷⁾ Cfr. E.P. LAZEAR, S. ROSEN, *Rank-Order Tournaments as Optimum Labor Contracts*, in *Journal of Political Economy*, 1981, 89.

⁽⁷⁸⁾ Lazear dimostra che un datore di lavoro ha interesse a pagare un lavoratore meno della sua produttività all'inizio della carriera, e più della sua produttività alla fine della carriera. Durante i primi periodi, il lavoratore acquisisce il diritto alla maggior retribuzione futura che lo incentiva a massimizzare il suo impegno, per timore che il licenziamento gli faccia perdere il suo premio di anzianità, cfr. E.P. LAZEAR, *Why Is There Mandatory Retirement?*, in *Journal of Political Economy*, 1979, 6).

zione non può riflettere la produttività marginale del lavoratore perché quest'ultimo, essendo avverso al rischio, preferisce essere ricompensato con una retribuzione fissa, indipendente dalle variazioni congiunturali, invece di ottenere un reddito esattamente pari alla sua produttività marginale; ciò impedisce in qualche misura di far sopportare integralmente al responsabile le perdite che il suo comportamento ha generato, come mostrano le situazioni di rischio morale e selezione avversa precedentemente descritte.

7. Il quadro di riferimento teorico descritto nei paragrafi precedenti permette di trarre spunti di riflessione in tema di flessibilità e sicurezza del rapporto di lavoro, e le considerazioni di carattere giuridico ed economico che in tale contesto emergono, in relazione ai potenziali effetti di una ulteriore liberalizzazione dei contratti di lavoro, sembrano trovare un punto di convergenza nella nozione di *flessicurezza* recentemente raccomandata dalle istituzioni comunitarie ⁽⁷⁹⁾. Il termine «flessicurezza» indica una strategia integrata volta a promuovere *contemporaneamente* flessibilità e sicurezza sul mercato del lavoro, per evitare che politiche separate, adottate per aumentare la flessibilità per le imprese o la sicurezza per i lavoratori, possano produrre risultati che si neutralizzano vicendevolmente. La motivazione di fondo che ispira la strategia integrata è da ricercarsi nella valutazione empiricamente fondata e sostanzialmente positiva degli effetti che derivano da una maggiore articolazione contrattuale, finalizzata alla coniugazione di entrambe le esigenze espresse dal concetto di «flessicurezza».

Tra le considerazioni di carattere giuridico, si può sottolineare il fatto che anche nel contesto di massima liberalizzazione del confronto negoziale individuale, rappresentato nella teoria dei contratti ottimali, l'intervento del legislatore è necessario al fine di ottenere un risultato socialmente efficiente per almeno tre ragioni: per tener conto degli effetti esterni che gli accordi possono produrre a carico di soggetti che non partecipano alla contrattazione; per tutelare particolari gruppi sociali che abbiano difficoltà a difendere i propri interessi; e per rimediare a situazioni di disuguaglianza ritenute ingiuste e intollerabili. Questa regolazione legale dei rapporti di lavoro delimita intenzionalmente il campo di scelta degli agenti al fine di tutelare l'interesse collettivo, e si sviluppa a partire dalla definizione di un livello minimo di diritti garantiti a ciascun lavoratore, rinviando all'autonomia delle parti il disegno dello specifico contratto ottimale (diverso in diverse circostanze e tra diversi contraenti) purché esso sia, in ogni caso, inclusivo di questi diritti.

Tra le considerazioni di carattere economico, si può sottolineare il fatto che in presenza di asimmetria informativa il ruolo essenziale del contratto di lavoro consiste nella progettazione di un meccanismo (cioè di un insieme di premi e punizioni) che permetta di trovare soluzione congiunta al problema di scelta delle parti, e la forma contrattuale (implicita o esplicita, completa o incompleta) è la definizione delle regole che governano la transazione nel quadro normativo del confronto negoziale. La soluzione al problema di scelta dei contraenti è individuabile nella convenienza delle parti alla stipulazione del contratto, cioè nel vantaggio economico che entrambi i contraenti ne ricavano; grazie all'accordo, o-

⁽⁷⁹⁾ Cfr. COM(2007)359 def.

gnuno si trova in posizione migliore (o almeno non peggiore), altrimenti non accetterebbe il patto per l'ipotesi di razionalità degli agenti. Il disegno dei meccanismi contrattuali produce la convergenza di punti di vista contrapposti su un risultato accettabile da ogni contraente, permettendo a ciascuno di trarre beneficio dalla transazione; questo risultato è dunque portatore di un miglioramento paretiano nella allocazione delle risorse, ed è pertanto molto attraente dal punto di vista economico. Nell'approccio contrattualista, il ricorso a forme sempre più individuali e specifiche di incentivazione della prestazione potrebbe emergere a discapito di altre forme di contrattazione collettiva, perché in linea di principio la liberalizzazione dei contratti porterebbe a convergenza i punti di vista contrapposti di datori di lavoro e lavoratori, e aumenterebbe di conseguenza l'occupazione complessiva. Per esemplificare, proviamo a rappresentare il punto di vista delle imprese con lo slogan «c'è sempre un posto di lavoro per chi rende più di quello che costa» e il punto di vista dei lavoratori con lo slogan «poco è meglio di niente». Se l'unica alternativa praticabile fosse un contratto di lavoro subordinato standard, i datori che fossero particolarmente incerti sulla reale produttività degli aspiranti ai posti vacanti potrebbero rinunciare a fare nuove assunzioni; se invece fosse possibile sottoscrivere un contratto a termine, meno rischioso e dunque meno oneroso per l'impresa, le nuove assunzioni diventerebbero convenienti, e i contratti offerti sarebbero ben volentieri accettati da quei candidati che, pur preferendo un contratto standard a quello non standard, preferissero anche un contratto non standard alla condizione di disoccupato.

Ma, nel contesto informativo descritto nei paragrafi precedenti, la funzione che la teoria economica attribuisce ai contratti che regolano i rapporti di lavoro a lungo termine è ben più complessa del semplice scambio di mercato tra prestazione e retribuzione da cui si trae la deduzione che ad un minor costo del lavoro corrisponde *tout-court* un maggior livello di occupazione; la teoria dell'agenzia ha evidenziato che la finalità dei contratti di lavoro di lunga durata può essere articolata in tre diversi obiettivi: quello di *selezione* (o abbinamento tra individui e posizioni lavorative), che porta alla rivelazione delle caratteristiche personali non evidenti degli agenti (mette la persona giusta al posto giusto); quello di *incentivazione* (o erogazione dell'impegno richiesto dalla prestazione lavorativa), che induce il dipendente ad agire nell'interesse del datore di lavoro; e infine quello di *assicurazione* (o componente implicita dell'accordo), che riduce il rischio (fissando i termini contrattuali) e lo ripartisce in modo da garantire al dipendente una retribuzione costante.

In tale contesto, non è necessariamente vero che basta ridurre i costi per aumentare la domanda di lavoro, e la valutazione del beneficio di una articolazione contrattuale che permetta di scrivere da un lato complessi contratti standard per normare rapporti di lavoro di lunga durata, e dall'altro più lineari contratti non standard per normare rapporti iniziali o prestazioni di breve durata, è attuabile solo mediante il confronto empirico tra due punti di vista contrapposti, ciascuno dei quali può di volta in volta prevalere in luoghi e tempi diversi.

Il primo punto di vista enfatizza l'eventualità che possa risultare dominante la percezione dei lavoratori di essere «intrappolati» in una situazione vantaggiosa soprattutto per gli obiettivi di flessibilità delle imprese, e di avere ben poche prospettive di futura assunzione con contratti non standard; in tal caso, queste forme

contrattuali potrebbero disincentivare l'impegno e l'investimento in capitale umano specifico, e selezionare i dipendenti peggiori. Il secondo punto di vista sottolinea invece la possibilità che prevalga la percezione di questi contratti come strumento di *screening*, cioè di un meccanismo grazie al quale si rivela l'informazione nascosta, e che consente di superare l'incertezza delle imprese sulla qualità della prestazione lavorativa, portando all'incentivazione dell'impegno dei dipendenti e alla selezione dei candidati migliori.

In questo secondo caso, infatti, l'accettazione di un contratto di lavoro non standard può costituire un segnale (come la scelta della vera madre nell'esempio di re Salomone), cioè può agire come un filtro che separa gli agenti più produttivi da quelli meno produttivi. I datori di lavoro offrono contratti a termine con basse retribuzioni, ma con la prospettiva di una assunzione a tempo indeterminato, al fine di ottenere una autoselezione dei candidati migliori. Gli individui più capaci, consapevoli del loro merito, accetteranno infatti il contratto non standard perché sono fiduciosi di essere confermati, dopo l'accertamento delle loro caratteristiche produttive; gli agenti meno capaci, invece, temendo che il contratto non sarà rinnovato, preferiranno rinunciare al lavoro temporaneo e continuare la ricerca di un contratto a tempo indeterminato, più difficile da ottenere ma anche più difficile da sciogliere. Questa funzione informativa dei contratti di lavoro non standard può dunque migliorare le prospettive occupazionali dei lavoratori perché garantisce al datore di lavoro la qualità della prestazione lavorativa, e lo fa in modo costoso per il dipendente, e perciò credibile per l'impresa⁽⁸⁰⁾. In altre parole, le imprese possono usare i contratti a termine come un periodo di prova prolungato, durante il quale il vantaggio dei lavoratori è quello di aumentare le proprie competenze grazie all'esperienza lavorativa, e il vantaggio dei datori di lavoro è quello di osservare la qualità della prestazione del dipendente⁽⁸¹⁾.

Il solido fondamento teorico di entrambe le ipotesi di cui sopra (la teoria del capitale umano e la teoria dell'informazione) non può che rinviare all'analisi empirica la conclusione sulla desiderabilità o meno di una maggiore articolazione contrattuale; infatti, se è vero che i contratti di lavoro non standard servono a filtrare i lavoratori più produttivi, la probabilità che un contratto non standard sia trasformato in un contratto standard sarà necessariamente maggiore della probabilità di ottenere un contratto standard in modo diretto, cioè passando dalla condizione di inoccupato a quella di occupato a tempo indeterminato senza transitare per un contratto di lavoro temporaneo.

Molte ricerche empiriche hanno confermato l'esistenza di questo effetto positivo dei contratti non standard sulla transizione ad un posto di lavoro stabile (*stepping stone effect*) sul mercato del lavoro europeo⁽⁸²⁾, e anche studi recenti sul mercato

⁽⁸⁰⁾ Cfr. L. LARSSON, L. LINDQVIST, O.N. SKANS, *Stepping-stones or dead-ends? An analysis of Swedish replacement contracts*, Working Papers Series from IFAU, n. 18, Uppsala, 2005.

⁽⁸¹⁾ Cfr. E.S. LOH, *Employment Probation as a Sorting Mechanism*, in *Industrial and Labor Relations Review*, 1994, 47; R. WANG, A. WEISS, *Probation, Layoffs, and Wage-Tenure Profiles. A Sorting Explanation*, in *Labour Economics*, 1998, 5; A. BOOTH, M. FRANCESCONI, J. FRANK, *op. cit.*

⁽⁸²⁾ Cfr. L.M. SEGAL, D.G. SULLIVAN, *The growth of temporary services work*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1997, 11; A. BOOTH, M. FRANCESCONI, J. FRANK, *op. cit.*; M. ZIJL, G.J. VAN DEN BERG, A. HEYMA, *Stepping Stones for the Unemployed: The Effect of Temporary Jobs on the Duration until Regular Work*, IZA Discussion paper 1241, 2004, Bonn.

del lavoro italiano sembrano concordare con questi risultati ⁽⁸³⁾. A fronte di queste verifiche, il Consiglio europeo ⁽⁸⁴⁾ ha sollecitato gli Stati membri a progettare «una serie di principi comuni in materia di flessicurezza», indicando esplicitamente, al primo posto tra questi principi, la necessità di adottare «forme contrattuali flessibili e affidabili (nell'ottica del datore di lavoro e del lavoratore, degli *insider* e degli *outsider*) mediante una normativa del lavoro, contrattazioni collettive e un'organizzazione del lavoro moderne» ⁽⁸⁵⁾.

L'efficacia di queste nuove forme contrattuali dipenderà, in primo luogo, dalla loro capacità di moltiplicare i «punti d'accesso all'occupazione» e di incrementare la «progressione verso forme contrattuali migliori» a beneficio dei lavoratori; in secondo luogo, dalla loro validità come strumenti per la riduzione dei costi di ricerca e di selezione del personale a beneficio delle imprese; e infine, dalla loro idoneità a «ripartire la flessibilità e la sicurezza in modo più equo» tra tutti gli agenti economici, a beneficio della società ⁽⁸⁶⁾.

Libro Verde e modernizzazione del diritto del lavoro: un quadro di riferimento teorico e concettuale – Riassunto. *Il saggio analizza la funzione informativa dei contratti di lavoro nelle economie moderne; assume l'ipotesi di razionalità degli agenti e adotta un approccio metodologico neo-utilitarista; descrive il problema dell'allocazione ottimale di individui eterogenei in un contesto di informazione incompleta ed asimmetrica; presenta la letteratura sulla teoria economica del contratto, sul disegno dei contratti ottimali e sulla relazione di agenzia; argomenta che forme contrattuali complesse, implicite ed esplicite, possono ridurre l'inefficienza nell'abbinamento tra individui e posizioni lavorative; rappresenta il conflitto tra obiettivi di incentivazione dei dipendenti e di ripartizione dei rischi nel rapporto di lavoro; conclude che i contratti di lavoro non standard possono svolgere un ruolo informativo che agevola la transizione ad un contratto standard, operando come segnale oneroso, e perciò credibile, dell'impegno lavorativo delle persone in cerca di occupazione.*

The Green Paper and the modernisation of labour law: a theoretical and conceptual framework (Article in Italian) – Summary. *This paper examines the informative function of employment contracts in modern economies, starting from the assumption that the parties are rational actors, and adopting a neo-utilitarian methodology. It considers the optimal allocation of heterogeneous individuals in a context characterised by incomplete and asymmetrical information, and provides a survey of the literature on the economic theory of contracts, the optimal design of contracts, and agency relations. It is argued that complex contractual forms, both implicit and explicit, can reduce inefficiency in matching individuals and vacancies. In addition it describes the conflict between the objectives of providing incentives for employees and risk allocation in employment relations. In conclusion, it is argued that non-standard contracts can play an informative role, facilitating the transition towards standard contracts, by showing the commitment on the part of individuals in search of employment towards the needs of the employer, thus increasing their credibility.*

⁽⁸³⁾ Cfr. A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *op. cit.*; S. GAGLIARDUCCI, *The dynamics of repeated temporary jobs*, in *Labour Economics*, 2005, 12.

⁽⁸⁴⁾ Conclusioni della Presidenza, 8 marzo 2007.

⁽⁸⁵⁾ Le quattro componenti della flessicurezza indicate dalla Commissione per assicurare l'occupabilità ininterrotta dei lavoratori sono: la definizione di una normativa del lavoro che contenga forme contrattuali flessibili e affidabili; l'uso di politiche attive del lavoro; il ricorso a sistemi di sicurezza sociale; l'impiego di forme di apprendimento lungo tutto l'arco della vita. Cfr. COM(2007)359 def., 5-6.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. COM(2007)359 def., 15.

La modernità del diritto del lavoro

Luigi Mariucci

Sommario: **1.** La struttura del diritto «classico» del lavoro. – **2.** Cosa è vivo e cosa è da rivedere nel diritto del lavoro. La prospettiva. – **3.** Vecchi e nuovi diritti del lavoro.

1. Per comprendere la modernità del diritto del lavoro occorre conoscere la struttura dei diritti del lavoro e della disciplina entro cui tali diritti sono organizzati. Il requisito preliminare per la credibilità del discorso sta ovviamente nel fatto che tali discipline siano dotate di un grado apprezzabile di effettività, altrimenti si ragiona sul vuoto. Da questo punto di vista a volte è poco utile, se non controproducente, limitarsi ad osservare le discipline formali. Ad esempio i codici del lavoro dei Paesi dell'America latina sono in genere encomiabili, ma essi non ci dicono nulla della realtà effettiva, anzi ce ne danno una immagine deformata, se è vero che «nel diritto del lavoro latinoamericano è enorme la frattura che separa le norme dalla realtà che queste dovrebbero regolare» ⁽¹⁾. Come accadeva ai tempi della Unione Sovietica quando ottimi giuslavoristi di regime venivano a raccontare nei consessi internazionali le meraviglie dei codici del lavoro vigenti nei loro Paesi. In questo senso è bene essere consapevoli che le dichiarazioni degli organismi internazionali sono per lo più inautentiche. Basti rileggere il testo delle convenzioni prodotte da quasi un secolo a questa parte dalla OIL: a prendere sul serio quei testi sembrerebbe che i diritti fondamentali dei lavoratori nonché i diritti collettivi e sindacali siano garantiti da decenni in ogni parte del mondo. Nulla naturalmente di meno veritiero. Meglio quindi liberarsi di false immagini, e osservare il mondo nella sua realtà effettuale, costituita in larghe parti del pianeta da violazioni di carattere persino criminale dei diritti del lavoro e delle tutele ambientali, all'inseguimento tardivo di un modello di sviluppo fondato su una distruttiva espansione indiscriminata dei consumi individuali.

Per comprendere la natura più autentica dei diritti del lavoro occorre risalire alla loro genesi. Ai tempi della prima rivoluzione industriale e del protoliberalismo nei Paesi europei i diritti del lavoro si affermarono come limiti riferiti alla capacità di riproduzione della forza lavoro (nove ore di lavoro massimo al giorno e quarantotto settimanali per i fanciulli dai 9 ai 13 anni diceva il *factory act* inglese del

* Luigi Mariucci è professore ordinario di Diritto del lavoro dell'Università degli Studi «Ca' Foscari» di Venezia.

⁽¹⁾ La frase è di O.E. URIARTE, *Caracteres y tendencias del Derecho del trabajo en America latina y en Europa*, in *Revista de Derecho social latinoamericana*, 2006, n. 1, 12 ss.

1833): quindi come limiti per così dire ecologici. Questa è ancora la loro natura di fondo. Solo se si stabilisce un confine oltre il quale la forza lavoro non può essere utilizzata nonostante le esigenze del mercato ha un senso ragionare di sviluppo compatibile. Così un secolo fa si diceva: non più di 8 ore al giorno e di 48 ore settimanali. Come oggi si dice, per altro verso: basta con l'industria del carbone, la produzione dei monossidi, gli insediamenti urbanistici indiscriminati ecc. A ben vedere in questo consiste quindi la vera modernità dei diritti del lavoro: nel loro costituirsi come vincolo più forte ai fini di uno sviluppo compatibile, fondato sulla difesa dei diritti della persona che lavora, e quindi del nucleo più profondo e autentico dei diritti umani.

Di tali diritti occorre stendere un catalogo ragionevole e realistico, da commisurare sempre al requisito fondamentale della effettività.

Per comprendere i cambiamenti e individuare con la maggiore chiarezza possibile le risposte più efficaci alle trasformazioni in corso, evitando equivoci e fraintendimenti, è necessario mettere a fuoco gli elementi portanti del diritto del lavoro che si è storicamente affermato nella seconda metà del Novecento in particolare nei Paesi dell'Europa continentale, pure con molte varianti e diversificazioni nazionali: ciò che può chiamarsi il «diritto classico del lavoro». Con tale espressione si intende un complesso modello normativo strutturato nelle sue linee fondamentali già nel corso degli anni Cinquanta-Sessanta e consolidatosi poi essenzialmente negli anni Settanta. Nella descrizione che segue si farà specifico riferimento al caso italiano, assunto come rappresentativo di assetti più generali.

Tale modello si compone di un insieme coeso, e al tempo stesso differenziato in molte e specifiche articolazioni, di regole giuridiche e sociali. Il primo cardine è costituito dalla esistenza di un insieme di diritti costituzionali del lavoro, vale a dire dal fatto che i diritti dei cittadini-lavoratori e i diritti sociali più generali sono elevati al rango di diritti costituzionali fondamentali. Così è per alcune norme cruciali della Costituzione italiana del 1948: anzitutto l'inclusione tra i «principi fondamentali» della direttiva dell'uguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3, secondo comma («è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza 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») e del diritto al lavoro di cui all'articolo 4 («la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto»), quindi da specifiche norme precettive in ordine al diritto alla retribuzione «sufficiente e proporzionata», alla non-discriminazione per ragioni di sesso ed età, all'assistenza sociale, alla libertà sindacale, al diritto di sciopero e al diritto di partecipare alla gestione delle imprese (articoli 36, 37, 38, 39, 40, 46).

Naturalmente l'esperienza ha dimostrato che la dichiarazione costituzionale dei diritti del lavoro non è sufficiente a garantirne la effettività. In Italia, ad esempio, nel corso degli anni Cinquanta del secolo scorso continuavano a farsi licenziamenti di rappresaglia politica nonostante le dichiarazioni solenni della costituzione in materia di diritti civili e politici. Così come risultarono largamente inattuata le misure di protezione previste dalla legislazione ordinaria introdotte tra gli anni Cinquanta-Sessanta, in materia di apprendistato, lavoro a domicilio, lavoro a termine, appalti di manodopera, lavoro femminile. Tali leggi furono emanate

perché una inchiesta parlamentare sulle condizioni dei lavoratori, realizzata nel 1958, dimostrò che nonostante l'ampia flessibilità del lavoro consentita dalla disciplina allora vigente (a quel tempo valeva ancora la regola generale disposta da un articolo del codice civile che disponeva la libertà del licenziamento, c.d. licenziamento *ad nutum*, «con un cenno», per cui non era previsto neppure l'obbligo della forma scritta) molto estesa era l'area del lavoro sommerso, sotto-retribuito, non tutelato⁽²⁾. La vicenda dimostra quanto sia infondata l'idea che per rafforzare le tutele dei lavoratori «deboli» debbano essere diminuite quelle dei lavoratori c.d. «forti». Tanto è vero che il grado di tutela dei lavoratori marginali (a domicilio, in appalto, a termine ecc.) si elevò invece quando furono significativamente rafforzate le tutele dei lavoratori centrali dell'industria.

Un passaggio essenziale, per l'Italia, fu costituito infatti dalla entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori nel 1970, che mise in atto una strumentazione concreta dei diritti individuali dei lavoratori e introdusse una promozione dei diritti sindacali: da un lato furono specificati e sanzionati i diritti individuali alla libertà di espressione, alla dignità personale, alla salute, alla non-discriminazione, alla professionalità, alla tutela contro il licenziamento ingiustificato; dall'altro lato furono introdotti il diritto alla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali, i diritti di assemblea nei luoghi di lavoro, la tutela dei dirigenti sindacali e un procedimento giudiziario speciale per la repressione della condotta antisindacale. Si determinò così un intreccio tra rafforzamento delle garanzie sul piano individuale e sostegno all'azione sindacale che, anche in ragione di un forte sviluppo della contrattazione collettiva a livello nazionale e aziendale, determinò un significativo miglioramento della condizione di lavoro, sul piano salariale e normativo, specie nelle medio-grandi imprese. La vicenda indica che l'interazione tra dimensione individuale e collettiva delle tecniche di garanzia costituisce un punto essenziale della dinamica del diritto del lavoro.

Guardando a ritroso, il diritto classico del lavoro può essere quindi così descritto. Esso consiste, anzitutto, in una matrice essenziale di diritti del lavoro di rango costituzionale. In secondo luogo si articola in un complesso di leggi ordinarie che regolano i diversi aspetti del rapporto di lavoro (assunzione, retribuzione, mansioni, trattamenti di malattia, infortunio, gravidanza, licenziamento) attraverso norme dal carattere fondamentalmente inderogabile, modificabili solo in senso favorevole al lavoratore e integrabili dalla contrattazione collettiva. Infine si svolge attraverso il sostegno alla attività sindacale, in termini sia di attribuzione di diritti alla organizzazione in quanto tale (diritti di costituzione di rappresentanze sindacali aziendali, di assemblea, ai permessi retribuiti e non retribuiti per i dirigenti sindacali ecc.) sia di promozione della contrattazione collettiva.

Questa in effetti è la questione-chiave: si può dire che il diritto classico del lavoro consiste in un intreccio tra diritti individuali e collettivi, tra dimensione individuale e collettiva nei processi di regolazione dei rapporti di lavoro. In questo quadro anche il contratto individuale di lavoro ha un proprio spazio e una propria funzione: per i lavoratori deboli il contratto individuale recepirà le normative disposte dalle leggi e dai contratti collettivi; per i lavoratori forti, dotati di una pro-

⁽²⁾ Per richiami si veda L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Giappichelli, Torino, 2003.

pria capacità di negoziazione nel mercato in virtù della loro professionalità o di altri requisiti personali, le norme imperative di legge e di contratto collettivo costituiranno uno standard di riferimento a partire dal quale svolgere al meglio la negoziazione individuale. Si può in questo senso affermare che il diritto del lavoro, nella sua configurazione storica, sostiene e non conculca l'autonomia individuale, in altri termini promuove una migliore capacità di negoziazione del singolo lavoratore ⁽³⁾.

Questa è anche l'intelaiatura di base del c.d. «modello sociale europeo», con tutte le varianti nazionali ben note. Inoltre, tale modello è rafforzato dalla esistenza di un complesso di interventi di *Welfare* (pensioni, assistenza sanitaria, sostegni al reddito dei lavoratori occupati in imprese in crisi, interventi a favore di politiche attive del lavoro, indennità di disoccupazione ecc.) molto differenziati, per dimensione e qualità, tra gli stessi Paesi più omogenei della Europa continentale, e tuttavia fondati su una ispirazione comune che si può riassumere così: oltre alle discipline regolative del rapporto di lavoro, orientate a contemperare il potere di supremazia del datore di lavoro con i diritti, individuali e collettivi, dei prestatori di lavoro, si attiva una rete sociale, a matrice pubblica, la quale garantisce interventi nei casi di difficoltà sociale (avviamento al lavoro, disoccupazione), di malattia (le prestazioni sanitarie, in particolare, costituiscono un vero e proprio architrave delle politiche di *Welfare*), e di vecchiaia (trattamenti pensionistici).

La ricostruzione della formazione storica del diritto del lavoro smentisce quindi le tesi recentemente affermate dal Libro Verde della Commissione Europea secondo cui per favorire lo sviluppo e l'occupazione sarebbe utile ridurre le garanzie dei lavoratori occupati, a partire da quelle in materia di licenziamenti, in nome di una ambigua nozione di c.d. *flexicurity* che se non meglio declinata si traduce in una sorta di vero e proprio ossimoro ⁽⁴⁾. Ciò che occorre invece è introdurre misure mirate ad assicurare una flessibilità regolata anche attraverso nuovi diritti e regole del lavoro finalizzati a condizionare la dinamica del mercato.

2. Guardando alla prospettiva, alla duplice sfida dell'Europa allargata e della competizione globale un ragionevole e credibile tracciato delle politiche del lavoro può essere sintetizzato nei seguenti termini.

Anzitutto è necessario riaffermare la griglia dei diritti costituzionali fondamentali (diritto al lavoro, alla retribuzione sufficiente, alla non-discriminazione, a una tutela contro il licenziamento ingiustificato, alla contrattazione collettiva e alla organizzazione sindacale, secondo il catalogo sancito dalla nuova Costituzione europea, parte seconda). La riaffermazione e il rafforzamento dei diritti fondamentali del cittadino-lavoratore sono essenziali. Ma non ci si può illudere che questo basti. L'intera storia dell'Occidente insegna che la via dei diritti individuali è illusoria se questi non si innervano in discipline concrete, strumentazioni efficaci,

⁽³⁾ In questo senso, a proposito di «garanzie per l'autodeterminazione», si veda S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Giornale di diritto del lavoro*, 1990, 110. Cfr. anche A. BAYLOS, *Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo*, in *Revista de Derecho Social*, 1998, n.1, 12.

⁽⁴⁾ Per una valutazione problematica della c.d. *flexicurity* si vedano i contributi pubblicati nella ricerca promossa dal CONSIGLIO D'EUROPA, *Reconciling labour flexibility with social cohesion*, Council of Europe, Strasburgo, 2005.

interazioni tra dimensione individuale e collettiva. In breve nella capacità di condizionare l'evoluzione economica e la logica di mercato. Altrimenti si dovrebbe dedurre che tutti gli europei sono liberi e uguali a seguito della «dichiarazione dei diritti dell'uomo» emanata dopo la rivoluzione francese, e che tutti gli americani sono felici, poiché la Costituzione di Filadelfia del 1787 dichiara il «diritto alla felicità».

In questo senso non appare credibile l'idea di spostare l'asse del diritto del lavoro dal profilo individuale/collettivo a quello individuale/giurisdizionale. La tutela giurisdizionale da sempre ha svolto una funzione effettiva in quanto si è innervata in un sistema di garanzie già funzionante: per il resto essa può agire come stimolo e indirizzo. Guai a confondere una buona sentenza con i processi materiali: i giuristi avveduti, e in specie i giuslavoristi, sanno che occorre guardarsi dal feticismo giurisprudenziale.

Occorre poi mantenere, pur aggiornandola, l'ossatura fondamentale del diritto legislativo del lavoro fondato su norme, in via generale, inderogabili. Ciò implica di stabilire con norme imperative di legge alcune regole essenziali del rapporto individuale di lavoro: l'assunzione a tempo indeterminato come regola generale, salvo le eccezioni stabilite per legge o per contratto collettivo, l'obbligo di sicurezza e di salubrità dei luoghi di lavoro, i trattamenti di malattia e infortunio, la tutela delle lavoratrici madri e le azioni positive ai fini della promozione della occupazione femminile, le norme di fondo sul diritto alla retribuzione, i diritti di informazione sul piano individuale e collettivo-sindacale nei casi di ristrutturazione, trasferimento d'azienda, licenziamento collettivo, la tutela contro il licenziamento ingiustificato.

Nell'ambito delle politiche attive del lavoro, oltre alla attivazione di efficaci servizi pubblici dell'impiego integrati correttamente con le agenzie private, è opportuno individuare specifici contratti «atipici» ovvero «speciali» finalizzati all'accesso al mercato del lavoro. Rispetto alla diversa tipologia di figure flessibili di contratti di lavoro subordinato del tipo descritto occorre svolgere un'opera di razionalizzazione: accorpate i contratti flessibili mirati all'accesso al mercato del lavoro, con particolare riferimento ai contratti a finalità formative; regolare il contratto a termine, a part-time e il lavoro di fornitura in maniera da contemperare le esigenze di flessibilità delle imprese con il diritto dei lavoratori ad accedere alla stabilità dell'impiego ovvero alla libera scelta di modalità flessibili di impiego.

Per quanto riguarda l'area intermedia tra lavoro subordinato e autonomo va definita una nuova nozione di subordinazione ai fini della applicazione del diritto del lavoro: il diritto del lavoro deve applicarsi a chi lavora «alle dipendenze di altri», vale a dire a chi lavora destinando il prodotto del proprio lavoro alla organizzazione produttiva altrui, prescindendo del tutto dal vincolo della soggezione al potere direttivo, inteso come potere di determinazione specifica degli obblighi concreti del lavoratore (orario di lavoro, sottoposizione alle disposizioni di servizio ecc.). Nella disciplina italiana, ad esempio, si tratta di sostituire al vecchio articolo 2094 c.c. una nuova dizione. Tale soluzione consentirebbe di ricondurre alla applicazione del diritto del lavoro una serie di figure ora impropriamente collocate nel lavoro autonomo o semi-autonomo: buona parte dei c.d. collaboratori coordinati e continuativi (gli addetti ai *call center*, gli assunti nei grandi magazzini

per funzioni esecutive, gli informatici assunti dalle imprese con rapporto pressoché esclusivo ecc.) sono in realtà lavoratori dipendenti, la cui assunzione come collaboratori autonomi è finalizzata essenzialmente alla evasione dei contributi previdenziali e dei costi complessivi del lavoro dipendente.

Va in altri termini ridefinito il confine tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. Nell'ambito del lavoro autonomo «debole» vanno introdotte misure di *Welfare*: integrazioni del reddito per i periodi di mancanza di lavoro, assegni di maternità, garanzie sanitarie, contributi pensionistici.

Infine va affrontato un punto cruciale. La c.d. fuga dal lavoro subordinato non è dovuta solo ai veri o presunti eccessi di rigidità del diritto del lavoro dal punto di vista delle regole relative alla prestazione del lavoro e al contenuto del contratto di lavoro. Essa è dovuta soprattutto ai costi del lavoro subordinato regolare: tra prelievo fiscale e contributi previdenziali per finanziare il sistema di *Welfare* un lavoro regolare costa almeno il doppio di un lavoro irregolare, ovvero sommerso o in nero. Vanno quindi introdotte misure speciali dirette alla regolarizzazione del lavoro sommerso e irregolare, rafforzando per un verso gli interventi di controllo delle strutture ispettive, assistite da poteri effettivi di indagine e di sanzione, e introducendo efficaci misure finalizzate a favorire l'emersione delle aziende irregolari e il progressivo reinserimento dei lavoratori in esse occupati nel mercato del lavoro regolare.

Infine va promossa una nuova legislazione di sostegno alla organizzazione sindacale e alla contrattazione collettiva. Occorre assicurare sostegno ai sindacati, attribuendo diritti sindacali specifici (diritti di informazione, di organizzazione nei luoghi di lavoro, tramite permessi retribuiti, diritti di assemblea, ecc.) e promuovere la contrattazione collettiva, attribuendo ai contratti collettivi efficacia generale e assicurando, per legge, la trasparenza dei processi decisionali, il carattere rappresentativo dei sindacati che stipulano i contratti collettivi e il diritto di dissenso. Il sostegno alla dimensione collettiva è cruciale. Il diritto del lavoro post-classico infatti potrà svolgersi in molte varianti. Un suo carattere essenziale dovrà comunque essere riaffermato, pena la dissolvenza della nozione stessa di diritto del lavoro: un equilibrio tra dimensione individuale e collettiva della regolazione dei rapporti di lavoro.

In questo quadro va posto il tema delle forme di partecipazione dei lavoratori all'impresa, sollecitate dalla direttiva sullo Statuto della società europea: è evidente che le diverse forme di partecipazione, da quelle di tipo organico attraverso l'inserimento di rappresentanti dei lavoratori negli stessi organi societari o mediante altre forme di controllo sindacale sulle politiche d'impresa, a quelle relative ai diversi meccanismi di partecipazione ai risultati produttivi delle imprese, secondo svariate formule retributive fino all'azionariato dei dipendenti, esigono, come pre-condizione essenziale, una stabilità dei soggetti, dell'impresa, del suo *management*, dei sindacati e del corpo centrale dei lavoratori. Nessuna partecipazione è immaginabile, comprese le diverse tecniche manageriali di fidelizzazione del personale, nella impresa volatile, esternalizzata, dislocata in molteplici unità produttive tra loro non riconoscibili come dimensione unitaria, composta da dipendenti per lo più precari e transitori.

Infine, è evidente che una politica del tipo descritto non può essere adottata in termini autarchici, vale a dire a dimensione esclusivamente nazionale: ha bisogno

di una dimensione almeno europea. Qui sta la sfida della Unione Europea i cui fondamenti costituzionali vanno ricostruiti dopo il blocco del processo di approvazione del nuovo Trattato costituzionale. Si pone poi il tema della più ampia proiezione internazionale di tale politica, nell'ambito delle regole del commercio mondiale.

3. Osservando la scena globale, dominata da una competizione senza vincoli sociali effettivi, dove si fronteggiano i due modelli forti, nordamericano l'uno, fondato sull'*employment-at-will* e sulla de-sindacalizzazione, asiatico e specialmente cinese l'altro, fondato sulla combinazione perversa di dispotismo politico e di iper-liberismo economico, dal punto di vista europeo l'unica risposta possibile è: alzare il vincolo dei diritti sociali, porre un limite sociale al mercato, affermare un'altra concezione della competizione, in cui il parametro della qualità sociale sia assunto come concreto punto di riferimento ⁽⁵⁾.

In questo senso va svolta una critica delle politiche orientate alla indiscriminata estensione della flessibilità del lavoro. Un certo grado di flessibilità del lavoro è oggi necessario, a fronte della dinamica produttiva e della trasformazione del mercato del lavoro. Ma deve essere chiaro che la flessibilità in sé non è un valore ⁽⁶⁾. Per chi lavora, al contrario, la stabilità è un valore, perché solo un lavoro decente, giustamente retribuito e tendenzialmente sicuro consente di programmare la vita, di vivere di lavoro e non per il lavoro. La flessibilità va dunque regolata. Anzitutto attraverso regole imperative di legge dirette ad impedire che la precarietà diventi una condizione esistenziale a tempo indeterminato. Quindi con regole collettive e contrattuali. In questa chiave vanno introdotti nuovi diritti e va impostato un nuovo intervento pubblico. Va introdotto un vero e proprio diritto soggettivo alla formazione e all'impiego, nel senso di un diritto ad essere – per così dire – accompagnati nelle diverse fasi della vita professionale, mediante interventi sociali che assicurino la garanzia dei diritti fondamentali (alla salute, alla maternità, a una posizione pensionistica ecc.) anche nei casi di fluttuazione nel mercato del lavoro e di passaggio a diverse posizioni di lavoro, tra contratti precari di lavoro dipendente, semi-dipendente e autonomo. Corrispettivamente va rafforzato il ruolo degli strumenti di intervento pubblico sul mercato del lavoro, nel senso sia delle azioni mirate alla formazione, orientamento e avviamento sul mercato del lavoro, sia degli incentivi e degli interventi sociali necessari a favorire la buona occupazione, la stabilizzazione dei rapporti di lavoro e l'emersione dall'economia sommersa o addirittura illegale.

Va quindi promossa una nuova generazione di diritti del lavoro nel mercato del lavoro, e non più solo nel rapporto di lavoro. Tali nuovi diritti tuttavia non vanno

⁽⁵⁾ Cfr. U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, in *LD*, 2003, 569. Per una valutazione critica sui rapporti tra economia e diritto del lavoro si vedano gli interventi pubblicati in A. JEAUMMAUD (diretto da), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, Paris, 2005.

⁽⁶⁾ Di questa affermazione si danno poi diverse letture. Per un quadro delle opinioni cfr. L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2006. Per letture persino antitetiche cfr. specialmente M. TIRABOSCHI, *A due anni dalla riforma Biagi del mercato del lavoro: quale bilancio?*, ivi, 357 ss., M. ROCCELLA, *Lavori flessibili o lavori precari?*, ivi, 55 ss. Il pensiero di Marco Biagi è ben riassunto in uno dei suoi ultimi scritti: *Progettare per modernizzare*, in T. TREU (a cura di), *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, 2001, Bologna, Il Mulino, 269.

concepiti in alternativa o in contraddizione con i vecchi diritti nel rapporto di lavoro. Nuovi e vecchi diritti devono invece integrarsi in una nuova e più complessa dimensione, capace di assicurare anche un più completo esercizio della libertà individuale del singolo lavoratore. Concepire la c.d. individualizzazione dei rapporti di lavoro in alternativa e in sostituzione ai fondamenti del diritto classico del lavoro, costituito – come sopra detto – su un *mix* di discipline imperative di legge e di regolazioni collettive, rappresenta una pericolosa illusione: la c.d. individualizzazione dei rapporti di lavoro solo in un modesto numero di casi favorisce una autentica espressione della libertà individuale del singolo lavoratore. Ad essere generosi potrà trattarsi del 5 per cento o 10 per cento del mercato del lavoro. Per il resto il contratto individuale per lo più rimane ciò che aveva detto Otto Khan-Freund: *a legal mask of unfreedom* ⁽⁷⁾.

I vecchi diritti, nella loro ossatura fondamentale, sono tutt'altro che arcaici. Sono invece modernissimi. Basti ricordarne il catalogo essenziale: il diritto a buone condizioni di lavoro, a una equa retribuzione, alla non-discriminazione, alla libertà di associazione sindacale e allo sciopero ecc. Sono, né più né meno, i diritti sanciti dalla Carta di Nizza. Tali diritti stanno naturalmente in rapporto dialettico con la libertà di mercato. Questo è appunto l'essenziale: che vi sia tra i diritti sociali e la libertà di mercato un rapporto dialettico e non a senso unico. Questo in fondo è *l'ubi consistam* dell'Europa: il mercato deve servire all'uomo, e non è invece l'uomo al servizio del mercato. Naturalmente il diritto del lavoro può molto, ma non tutto. L'equità dello sviluppo economico non può essere affidata solo alla efficacia delle norme giuslavoriste. Essa dipende da una molteplicità di fattori: i caratteri in sé stessi dello sviluppo, vale a dire la capacità dei meccanismi economici di andare oltre la fase manchesteriana della accumulazione primitiva fondata sull'ipersfruttamento della forza lavoro, come ora avviene invece nei Paesi del c.d. modello asiatico, l'esistenza di autentiche istituzioni democratiche fondate sui principi dello stato di diritto, di strutture della amministrazione pubblica efficienti e immuni da vizi corruttivi, e così via. L'efficacia del diritto del lavoro non va dunque sopravvalutata, ma neppure sottovalutata. La rilevanza regolativa del diritto del lavoro si misura infatti sul tempo lungo e la sua intensità spesso riemerge dopo periodi di oscuramento e apparente declino. Come osserva infatti un maestro del diritto del lavoro, che pure non era stato alieno dal discettare in passato addirittura di «morte del diritto del lavoro» resta sempre vero che il diritto del lavoro «organizza la vita delle persone nei suoi aspetti più quotidiani, e più remoti da qualunque speculazione intellettuale; da esso dipende il loro sostentamento; dalla sua portata dipendono un congedo più o meno lungo, un'indennità più o meno elevata» di modo che «dal fatto che lo si applichi in un senso o in un altro dipenderà la sorte di milioni di persone» ⁽⁸⁾. Proprio in questa umile, e tuttavia straordinaria funzione si nasconde il fascino irresistibile di questa materia.

⁽⁷⁾ Così O. KAHN-FREUND, nelle sue memorabili ultime lezioni, *Labour Relations, Heritage and Adjustment*, University Press, Oxford, 1979.

⁽⁸⁾ G. LYON-CAEN, *Permanenza e rinnovamento del diritto del lavoro in una economia globalizzata*, in *LD*, 2004, 257 ss.

La modernità del diritto del lavoro – Riassunto. *L’A., premessa una considerazione generale circa la necessità di effettività del diritto del lavoro come condizione imprescindibile per ogni valutazione dello stesso, descrive il diritto «classico» del lavoro come una matrice essenziale di diritti di rango costituzionale che si articola in un complesso di leggi ordinarie relative ai diversi aspetti del rapporto di lavoro (assunzione, retribuzione, mansioni, trattamenti di malattia, infortunio, gravidanza, licenziamento) con norme di carattere inderogabile modificabili in senso favorevole al lavoratore e integrabili dalla contrattazione collettiva. Anche nel contesto delle trasformazioni in atto, la vera modernità dei diritti del lavoro consiste nel porsi come vincolo forte per uno sviluppo compatibile fondato sulla difesa dei diritti della persona che lavora, nucleo profondo e autentico dei diritti umani. L’A. ribadisce quindi che ogni evoluzione del diritto del lavoro deve riaffermare i diritti costituzionali fondamentali, mantenere l’ossatura del diritto del lavoro fondato su norme tendenzialmente inderogabili, adottare interventi di politica attiva relativi alla nozione di subordinazione quale presupposto per l’applicazione del diritto del lavoro, introduzione di misure di Welfare per il lavoro autonomo «debole», misure di emersione del lavoro irregolare in una dimensione tuttavia necessariamente almeno europea. Nella scena globale, dominata da una competizione senza vincoli sociali effettivi, l’A. critica le politiche orientate alla indiscriminata estensione della flessibilità che deve invece essere regolata attraverso un diritto soggettivo alla formazione e all’impiego e interventi sociali che assicurino i diritti fondamentali nelle diverse fasi della vita professionale.*

What is modern labour law? (Article in Italian) – Summary. *This paper begins with a general observation about the need for labour law to be effective as an essential condition for any assessment, and describes “traditional” labour law as an essential framework of rights at a constitutional level, giving rise to a complex of ordinary laws relating to various aspects of the employment relation (hiring, remuneration, duties, conditions relating to sickness, work-related accident and injury, maternity, dismissals) with norms of a compulsory character that can be modified in a way that is favourable to the employee and supplemented by collective bargaining. Also in the context of the transformations currently taking place, labour law can be said to be modern to the extent that it serves as a force for development that is compatible with the defence of the rights of people at work, as a profoundly significant and authentic nucleus of human rights. The author therefore argues that any evolution of labour law must uphold these fundamental constitutional rights, maintain the overall structure of labour law based on compulsory norms, adopt active policy measures relating to the concept of salaried employment as the condition for the application of labour law, introduce social protection measures for self-employed workers in a weak position, and devise measures to bring labour out of the hidden economy into the official labour market, in an international or at the very least a European dimension. In the global panorama, dominated by competition without effective social protection measures, the author criticises policies aimed at an indiscriminate extension of flexibility, which needs to be regulated by promoting the rights of workers to training, and by adopting social measures to safeguard the fundamental rights of workers in the various phases of their career.*

Il futuro del principio «il lavoro non è una merce» tra mercato e stato sociale

Richard Hyman

Sommario: **1.** *Embedding* ⁽¹⁾ – Il connaturamento: sviluppo di un concetto e di una prassi. – **2.** Demercificazione del lavoro e modello sociale europeo. – **3.** Dalla protezione dell'impiego alla *flexicurity*. – **4.** L'Integrazione economica e la sfida dello Stato Competitivo. – **5.** Le ambiguità della modernizzazione. – **6.** Questioni strategiche per i sindacati.

1. Il concetto di libero mercato è di per sé un ossimoro. L'esistenza di contratti, come Durkheim insegna, si fonda su norme sociali che non hanno una natura contrattuale. In tempi più recenti, Polanyi ⁽²⁾ ha sottolineato quanto sforzo abbia richiesto all'intervento statale la creazione di un'economia di mercato, e nello stesso tempo che l'attività economica è universalmente regolata attraverso le società e dal loro interno. La sua tesi, secondo la quale i mercati economici sono connaturati rispetto al tessuto sociale, successivamente riproposta da Granovetter ⁽³⁾ è stata applicata anche alla disciplina internazionale post bellica da parte di Ruggie.

Il concetto chiave nel contributo di Ruggie era che l'organizzazione economica può seguire logiche diverse a livello nazionale o internazionale. Polanyi aveva già parlato di reazioni simmetriche agli eccessi delle operazioni di mercato avvenute nelle decadi tra le due guerre: una rinnovata regolamentazione statale dell'economia nazionale, collegata alla sostituzione del sistema di «internazionalismo capitalista» con un nuovo sistema economico globale.

Ciò che venne stabilito dagli accordi di Bretton Woods, tuttavia, da un lato era un regime internazionale per regolamentare le relazioni commerciali e finanziarie tra i principali paesi industrializzati del mondo, ossia un mercato concordatamene li-

* Richard Hyman è professore di Relazioni industriali presso The London School of Economics and Political Science. Traduzione dall'inglese a cura di Daniel Gouveia M. Agnoli.

⁽¹⁾ L'ontologia del termine «*embedding*», non perfettamente traducibile in italiano, ha un'importanza centrale in questo contributo. «*Embedded*» indica letteralmente «incastonato», «immerso» o «incorporato», denota che un fatto o un oggetto è inestricabilmente compenetrato in una realtà più ampia. L'ontologia di «*embedding*», nelle scienze sociali, serve ad indicare che un fatto o un dato oggettivo si esplica o semplicemente esiste come realtà connaturata e compenetrata di un insieme più ampio di elementi interrelati. Per poter riprodurre il pensiero dell'A. utilizzando sempre lo stesso termine, è stato utilizzato il verbo «connaturato» (*ndt*).

⁽²⁾ K. POLANYI, *The Great Transformation*, Rinehart, New York, 1944.

⁽³⁾ M. GRANOVETTER, *Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness*, in *American Journal of Sociology*, 1985, 91: 481-510.

beralizzato ma allo stesso collegato all'amministrazione economica keynesiana, dall'altro la parziale «de-mercificazione» del lavoro al livello nazionale. «Vennero affermati i principi del multilateralismo e delle riduzioni tariffarie, ma in modo che fossero previste misure di sicurezza, esenzioni, eccezioni e limitazioni – interamente progettate per proteggere la bilancia dei pagamenti e una varietà di politiche sociali nazionali»⁽⁴⁾.

Ruggie ha chiamato questo regime «liberismo connaturato», anche se potrebbe essere considerata una definizione non del tutto appropriata. Il liberismo è effettivamente relativo, benché le dicotomie semplici tra le economie di mercato «liberali» *versus* le economie di mercato «coordinate» sopprimano tali complessità. Parafrasando una affermazione di Streeck⁽⁵⁾, tutti i mercati sono connaturati rispetto ad un contesto istituzionale, ma alcuni lo sono in misura maggiore rispetto ad altri. O, cambiando prospettiva, tutti i mercati sono costruzioni sociali e politiche, anche se il concetto di «connaturamento» sociale è marcatamente *antisociale* nella sua inclinazione politica⁽⁶⁾. Ruggie ha affermato⁽⁷⁾ che «nella organizzazione di un sistema liberale, è motivo di vanto il grado della sua razionalità nel mercato»; in base a questa definizione, l'ordine post-bellico era soltanto parzialmente liberale a livello internazionale, mentre era in generale non-liberale in ogni singola nazione. Come più tardi lo stesso Ruggie ha sintetizzato⁽⁸⁾, il liberismo connaturato ha comportato un compromesso sociale, «un grande contratto sociale», che ha unito «l'efficienza dei mercati con i valori della collettività sociale». Con il tempo, l'efficienza dei mercati è stata progressivamente limitata; come North⁽⁹⁾ ha calcolato, i costi di transazione all'interno dell'economia degli Stati Uniti – intesi come attività dirette a «definire, proteggere e imporre i diritti di proprietà sulle merci» – sono saliti dal 25% del reddito nazionale di un secolo fa a più del 45% a metà degli anni Ottanta e la proporzione è oggi presumibilmente ancora più alta. Nella stessa maniera, gli sforzi neoliberali di «liberare il mercato» dai vincoli regolatori fissati, conducono a tutti gli effetti a nuovi modelli di regolamentazione e ad una più forte (e costosa) capacità di intervento statale⁽¹⁰⁾. Come possiamo applicare questa analisi al processo di integrazione economica comunitaria nel contesto di una più vasta dinamica di liberalizzazione del commercio internazionale e dei flussi di capitale? Evidentemente, la globalizzazione neoliberista e le figure ad essa affini nel contesto comunitario, richiedono uno

⁽⁴⁾ J.G. RUGGIE, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in *International Organization*, 1982, 36(2), 396.

⁽⁵⁾ W. STREECK, *Introduction: Explorations into the Origins of Nonliberal Capitalism in Germany and Japan*, in W. STREECK, K. YAMAMURA (eds.), *The Origins of Nonliberal Capitalism: Germany and Japan in Comparison*, Cornell UP, Ithaca, 2001, 6-7.

⁽⁶⁾ G.R. KRIPPNER, *The Elusive Market: Embeddedness and the Paradigm of Economic Sociology*, in *Theory and Society*, 2001, 30(6), 775-810.

⁽⁷⁾ J.G. RUGGIE, *op. cit.*, 381.

⁽⁸⁾ J.G. RUGGIE, *Taking Embedded Liberalism Global: The Corporate Connection*, in D. HELD, M. KOENIG-ARCHIBUGI (eds.), *Taming Globalization: Frontiers of Governance*, Polity, Cambridge, 2003, 93-94.

⁽⁹⁾ D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, CUP, Cambridge, 1990, 28.

⁽¹⁰⁾ C. CROUCH, *The State and Innovations in Economic Governance*, in *Political Quarterly*, 2004, 75(S1): 100-16; L. WEISS, *The State-augmenting Effects of Globalisation*, in *New Political Economy*, 2005, 10(3): 345-53.

sforzo per *de*-connaturare il liberismo ⁽¹¹⁾. Il progetto di integrazione negativa cerca appunto di indebolire o eliminare quelle restrizioni connaturate al contesto di ogni singola nazione che impediscono ai capitali di fluire liberamente. Una nuova mercificazione delle opportunità di vita, con un aumento inevitabile in termini di insicurezza e di diseguaglianza, è elemento essenziale per una liberalizzazione *de*-connaturata rispetto al contesto.

2. La nozione di un modello sociale europeo è allo stesso tempo una categoria analitica, un costrutto ideologico e una *vexata quaestio*. Come Ebbinghaus ⁽¹²⁾ ha dimostrato, il concetto può essere osservato sia come realtà sia come mito. Nei Paesi dell'Europa continentale occidentale, le relazioni industriali e i relativi processi (si noti che nella maggior parte delle lingue europee l'aggettivo «sociale» si riferisce quasi sempre al rapporto di lavoro) sono strutturate molto diversamente rispetto al resto del mondo. I mercati, e in particolar modo il mercato del lavoro sono connaturati e costruiti all'interno di una densa rete di regolazione sociale. Vigé un clima di accettazione diffusa circa il bisogno di proteggere il lavoratore come contraente debole, una siffatta «de-mercificazione» del rapporto di lavoro ⁽¹³⁾ si articola lungo tre dimensioni principali.

Innanzitutto, tanto la tradizione socialista quanto quella cattolica hanno incoraggiato l'adozione di sistemi di *welfare* che in sostanza difendono i lavoratori dai capricci della domanda e dell'offerta di lavoro; e le parti sociali sono diventate spesso gli attori principali nello sviluppo e nella realizzazione di questi sistemi. In secondo luogo, la possibilità per il datore di lavoro di assumere o licenziare è fortemente limitata dalla legislazione a tutela dell'impiego (*ELP – Employment Protection Legislation*). Più generalmente, le questioni salariali e inerenti alle condizioni di lavoro non sono considerate semplicemente alla stregua di interessi privati contrattuali delle parti direttamente coinvolte, ma come materie di più ampio interesse sociale. Infine, i contratti di lavoro individuali sono tipicamente subordinati al contratto collettivo; le organizzazioni rappresentative, sia dei datori di lavoro che dei lavoratori sono state riconosciute giuridicamente e la voce collettiva dei lavoratori è strutturalmente inserita in sistemi standardizzati di rappresentanza sul posto di lavoro, in parte indipendenti dal datore di lavoro.

Ancora, il diritto del lavoro assume diverse forme, incorporando le tradizioni istituzionali ⁽¹⁴⁾ specifiche di ogni Paese che spesso presentano implicazioni opposte circa i diritti dei lavoratori e dei loro datori di lavoro, circa l'autonomia delle par-

⁽¹¹⁾ *Ndt*: «*Disembedding Liberalism*», ovvero non considerare il liberismo come una conseguenza necessaria, connaturata rispetto al contesto economico-sociale. Il termine *embedded* ha anche un senso figurato che denota un processo incarnato e inseparabile rispetto al darsi delle circostanze. L'A. critica la concezione del liberismo come presupposto necessario, «incarnato» nella realtà. Nel testo originale, l'A. utilizza il paradigma «*Embedding*» in vari modi, non sempre perfettamente riproducibili in italiano. In generale, sottolinea e critica il l'atto di considerare «connaturato» e necessario il non-intervento nella sfera economica.

⁽¹²⁾ B. EBBINGHAUS, *Does a European Social Model Exist and Can It Survive*, in G. HUEMER, M. MESCH, F. TRAXLER (eds.), *The Role of Employer Associations and Labour Unions in the EMU*, Ashgate, Aldershot, 1999, 1-26.

⁽¹³⁾ G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 1990.

⁽¹⁴⁾ C. CROUCH, *Industrial Relations and European State Traditions*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

ti sociali dall'autorità politica, e in riguardo al bilanciamento degli elementi che concorrono a formare il salario sociale.

In più, la struttura conferita al diritto del lavoro nazionale riflette tipicamente gli accordi politico-economici caratterizzanti il periodo post-bellico ⁽¹⁵⁾, accordi che sono il risultato di combinazioni di forze differenti da Stato a Stato: la volontà di screditare la vecchia classe dirigente, la condizione raggiunta dai movimenti dei lavoratori nella lotta antifascista, la consapevolezza del bisogno di un costante intervento statale per evitare un altro collasso verso la disoccupazione di massa.

L'idea di «Europa Sociale», elemento chiave del discorso UE per più di un decennio, è quindi anche un mito proprio perché intende livellare caratteristiche che tendono a differenziarsi (che, a loro volta, rappresentano reali ostacoli a qualunque armonizzazione nella disciplina del lavoro a livello europeo).

L'idea di Europa sociale è ancora una questione dibattuta (*vexata quaestio*) proprio in quanto è il frutto di molta ambiguità: non esiste, infatti, un unico modello sociale europeo e si è in grado di ammettere la sua esistenza solo se non ci si sofferma su specifiche disposizioni istituzionali. I motivi di disputa intorno a questa definizione si arricchiscono anche a causa dei cambiamenti nelle diverse condizioni strutturali entro cui le regole sociali si sono finora sviluppate. Come Howell ha affermato ⁽¹⁶⁾ «la transizione da un modello di crescita economica ad un altro comporterà una serie di problemi non facilmente risolvibili ricorrendo alle istituzioni esistenti». La creazione di un Mercato Unico Europeo, gestito dall'Unione Economica e Monetaria, ha costituito evidentemente un cambiamento di qualità nella crescita del contesto europeo. La domanda cruciale è stata se l'integrazione economica debba avvenire *all'interno* o *contro* i sistemi di regole sociali esistenti; o, più specificatamente, quali disposizioni istituzionali siano da considerare come complementari al «libero movimento di beni, servizi, capitali e manodopera» nell'UE e quali invece sono in contrasto con esso. Questo è stato il tavolo del confronto politico, a volte in modo manifesto ma più spesso latente, per più di dieci anni.

3. «Il lavoro non è una merce», affermarono a suo tempo i fondatori dell'International Labour Office nel 1919. Con questo essi non intendevano affatto indicare di dare credito all'analisi marxiana della relazione fra salario da lavoro e capitale (per Marx, il potenziale trasformativo del lavoro era una vera e propria merce, ma non il lavoro in se stesso).

Il significato attribuito alla frase era che il rapporto di lavoro è una relazione sociale, a cui soggiacciono diritti ed obbligazioni reciproche, con la conseguenza che il contenuto dei contratti di lavoro sarebbe necessariamente iniquo se la sua determinazione si fondasse esclusivamente sullo squilibrio di potere fra lavoratore e datore di lavoro. Due elementi chiave circa la natura inestricabilmente sociale di ciò che per Polanyi era la finzione concettuale del «lavoro-come-merce», risiedono nel riconoscimento che le forme di impiego precario e sub-standard pro-

⁽¹⁵⁾ P. LANGE, G. ROSS, M. VANICELLI, *Unions, Change and Crisis*, Allen and Unwin, London, 1982, 209.

⁽¹⁶⁾ C. HOWELL, *Trade Unions and the State: The Construction of Industrial Relations Institutions in Britain, 1890-2000*, Princeton UP, Princeton, 2005, 35.

ducono esternalità negative per tutta l'economia e la società, e la fiducia riposta nel fatto che lo status acquisito in tempi recenti dalla classe lavorativa (spesso a seguito di lunghe e aspre lotte), non dovrebbe portare ad una resa condizionata all'entrata nel posto di lavoro.

L'ortodossia economica non è mai stata a suo agio con l'analisi soggiacente o con le prescrizioni che ne conseguono. Se il lavoro non è da considerarsi merce, il mercato del lavoro non è un vero mercato, perciò l'economia del lavoro è una scienza fittizia. Di converso se i salari, come gli altri prezzi, devono essere considerati un meccanismo allocativo, l'interferenza con il meccanismo di determinazione del prezzo (e con la libertà dei datori di lavoro di terminare arbitrariamente ciò che è primariamente una relazione di scambio) comporterebbe necessariamente risultati sub-ottimali.

L'adesione ad uno schema concettuale liberistico aiuta a comprendere l'antipatia persistente dell'OCSE per le forme istituzionalizzate di regolazione del rapporto di lavoro, e in particolare per le Leggi di tutela dell'impiego – sebbene l'istituto si sia sentito recentemente in obbligo di dichiarare che il sostegno empirico alle sue posizioni «è in qualche modo fragile» e che «organizzazioni molto differenti possono avere performance simili»⁽¹⁷⁾.

La tesi, a lungo ribadita da parte dell'OCSE, ha ricevuto maggiori consensi con la crescita della disoccupazione in Europa e con la correlata crescita di un settore d'occupazione secondario, con forme di impiego precario. Come espresso nel Rapporto Kok⁽¹⁸⁾, forme di difesa bene radicate contro la mercificazione del lavoro minacciano di avere per risultato un mercato del lavoro dualistico, dove gli *insider* beneficiano di elevati livelli di protezione dell'impiego, mentre un numero crescente di *outsider* sono reclutati con forme contrattuali alternative, con protezioni più basse. La nozione di un mercato del lavoro duale è infatti plausibile, e si collega ai timori crescenti circa gli effetti distruttivi dell'esclusione sociale – sebbene Kok non trovi risposta nel chiedersi perché così tanti governi Europei abbiano scelto di permettere la diffusione di forme contrattuali alternative, con minori tutele, e precedentemente messe fuori legge.

La prevalenza di tali forme alternative ha ispirato l'analisi del Rapporto Supiot⁽¹⁹⁾. In esso veniva descritto il fatto che nella maggior parte dei regimi giuridici del lavoro europei sono imperniati su un modello Fordista, nonostante una rilevante varietà a livello nazionale, in cui i lavoratori offrono la propria resa incondizionata ad una struttura di management autoritario in cambio di sicurezza d'impiego. La situazione attuale, secondo Supiot, coinvolge una molteplicità di forme contrattuali, con la fine delle carriere lineari che prevalevano in precedenza, accanto ad una significativa deregolamentazione del tempo lavoro.

Il diritto del lavoro dovrebbe adattarsi basandosi su uno *statut professionnel*, con una transizione dalla protezione sociale alla cittadinanza sociale. L'implicazione è quella di rafforzare i diritti e le tutele del posto di lavoro, purché opportuna-

⁽¹⁷⁾ OECD, *Employment Outlook 2004*, OECD, Paris, 2004, 165-6.

⁽¹⁸⁾ Cfr. *Affrontare la sfida. Strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione. Relazione del gruppo ad alto livello presieduto da Wim Kok*, novembre 2004, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Strategia di Lisbona*.

⁽¹⁹⁾ Cfr. *Transformation of labour and future of labour law in Europe*, giugno 1998, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Diritto del lavoro*.

mente ridefiniti per coprire situazioni di lavoro temporaneo e atipico, così da rafforzare i nessi fra il diritto del lavoro e il sistema di *welfare*, accompagnando il cambiamento progressivo delle circostanze contrattuali nell'arco della vita lavorativa. Queste prescrizioni erano in contrasto con l'ortodossia de-regolamentante del nuovo millennio, e fu così che il Rapporto Supiot naufragò senza lasciar traccia.

La nuova soluzione ai problemi verso cui si indirizzava Supiot è la *flexicurity*. Concepita originariamente da Wilhagen ⁽²⁰⁾, sulla base dell'esperienza olandese negli anni Novanta, il concetto comporta un cambiamento di veduta dalla «sicurezza entro il singolo posto di lavoro», alla «sicurezza rispetto a un qualsiasi impiego», un cambiamento di vista che è fortemente correlato a cambiamenti nella struttura delle famiglie e dell'economia, e a all'emergere di un corrispondente sistema flessibile di sicurezza sociale.

L'accordo olandese fra le parti sociali del 1996, implementato nella legislazione l'anno seguente, ha rafforzato i diritti statuari dei lavoratori atipici alleggerendo nel contempo le restrizioni sul licenziamento dei lavoratori con contratto regolare ⁽²¹⁾. Presentato come un risultato di tipo «io vinco – tu vinci» (*win-win*), è in effetti un accordo che rappresenta un equo bilanciamento in contropartita fra gli interessi di coloro che sono inseriti a pieno titolo nel mercato del lavoro e coloro che stanno ai margini, nell'ottica di contrastare il consolidamento di un mercato del lavoro a due strati (*two tier*), un'esperienza che ha chiaramente contribuito al rapporto di Kok.

Un secondo modello familiare di *flexicurity* è il caso danese. Qui, il riferimento non è tanto ad una specifica iniziativa di politica sociale, quanto all'articolazione di diversi elementi nel sistema di protezione sociale. In primo luogo, per quanto ciò possa risultare sorprendente per coloro che presumono che tutte le nazioni del Nord vengano elevati livelli di sicurezza d'impiego, conviene notare che la Danimarca ha un sistema di regolazione piuttosto permissivo rispetto al licenziamento, ma la perdita del posto di lavoro è compensata da un elevato livello di sostituzione del reddito per coloro che sono rimasti disoccupati e da un'elevata spesa in formazione e aggiornamento professionale. Questo «triangolo d'oro» ⁽²²⁾ è interpretato come ciò che attua la «sicurezza sul mercato del lavoro» (*labour market security*) ⁽²³⁾ nonostante vi siano tassi di *turnover* fra i più elevati in Europa. Questo è consistente con le raccomandazioni di Supiot: «spostarsi dalla sicurezza del posto di lavoro alla sicurezza dei lavoratori» ⁽²⁴⁾.

E possibile far discendere da questa constatazione che la *flexicurity* comporti un sacrificio da parte di coloro che sono relativamente forti, in nome della solidarietà sociale, o che si tratti di una configurazione istituzionale che combina adattabi-

⁽²⁰⁾ T. WILTHAGEN, *Flexicurity: A New Paradigm for Labour Market Policy Reform?*, WZB Discussion Paper FS 1, Berlin, 1998, 98-202.

⁽²¹⁾ J. VISSER, A. HEMERIJCK, 'A Dutch Miracle': *Job Growth, Welfare Reform and Corporatism in the Netherlands*, Amsterdam UP, Amsterdam, 1997.

⁽²²⁾ T. BREDGAARD, F. LARSEN, P.K. MADSEN, *The Flexible Danish Labour Market: A Review*, CARMA, Aalborg, Research Paper, 2005, n. 1.

⁽²³⁾ G. STANDING, *Global Labour Flexibility: Seeking Distributive Justice*, MacMillan, Houndmills, 199, 52

⁽²⁴⁾ A. BEVORT, M. LALLEMENT, C. NICOLE-DRANCOURT (eds.), *Flexicurity: La protection de l'emploi en débat*, La documentation Française, Paris, 2006, 8.

lità e protezione sociale?. O potremmo utilizzare il termine, come ho suggerito altrove ⁽²⁵⁾, di «risoluzione composita», una combinazione puramente linguistica di opposti che può virtualmente essere sempre applicata alle politiche del lavoro? Secondo il Direttore Generale per l'impiego, la *flexicurity* è intellettualmente attraente perché riconcilia due aspirazioni apparentemente in contraddizione fra loro ⁽²⁶⁾; laddove altri potrebbero percepire un conflitto anziché una riconciliazione.

La risoluzione del consiglio dell'Unione Europea nel luglio del 2003 si riferiva alla priorità di «provvedere al miglior equilibrio fra flessibilità e sicurezza» ma – come ogni sindacalista sa, non vi è alcun equilibrio naturale fra opposti obiettivi, solo un temporaneo bilanciamento fra forze opposte. Qui la dimensione ideologica è un fattore importante. Per esempio l'OCSE ⁽²⁷⁾ presenta la *flexicurity* come: «un approccio che facilita le decisioni di assunzione e di licenziamento provvedendo nel contempo a efficienti servizi per il re-impiego». Non a caso, il termine «sicurezza» scompare del tutto in questa definizione.

La Commissione, nel Libro Verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro ⁽²⁸⁾, ribadisce la tesi che mantenere i livelli esistenti di protezione dell'impiego per coloro che hanno contratti standard (nei termini di periodi di notifica, costi e procedure per licenziamenti collettivi o individuali, o circa la definizione di licenziamento ingiusto) porterà inevitabilmente all'aumento di coloro che sono «impiegati precariamente e informalmente» come se vi fosse un nesso di causalità naturale, immune al controllo. Anche qui, la sicurezza di impiego è subito subordinata nella discussione agli argomenti in favore della flessibilità, sebbene vi sia riconoscimento ⁽²⁹⁾ del bisogno di una cornice di supporto per la sicurezza d'impiego che comprende il sussidio sociale e misure attive per assistere i lavoratori durante i periodi di transizione (un eufemismo per: «disoccupazione»).

In breve, il problema della *flexicurity* è triplice. Primo, rischia di offrire una «foglia di fico» sociale per nascondere un'agenda de-regolamentatoria finalizzata ad incrementare la flessibilità. Secondo, così come avviene per la Strategia Europea per l'Occupazione, mantiene un'enfasi predominante sulle misure dal lato della offerta, con un preconcetto che si mantiene nel rapporto Kok. Terzo, come corollario di queste limitazioni, i lavoratori (e i sindacati) sono per via sottintesa concepiti come colpevoli per le insufficienze degli esiti del mercato del lavoro e delle performance economiche più in generale, poiché gli *insiders* tendono ad attaccarsi egoisticamente alle tutele acquisite, portando così all'esclusione sociale degli *outsider*, i quali invece non riescono a rendersi sufficientemente «adattabili» e

⁽²⁵⁾ R. HYMAN, *Trade Unions and the Politics of European Integration*, in *Economic and Industrial Democracy*, 2005, 26(1), 9-40.

⁽²⁶⁾ N.G. VAN DER PAS, *Where Does EU Social Policy Meet Business?*, 2006, http://ec.europa.eu/ireland/press_office/speeches-press_releases/vanderpasspeech_en.htm.

⁽²⁷⁾ OECD, *Employment Outlook 2006: Boosting Jobs and Incomes*, OECD, Paris, 2006, 12.

⁽²⁸⁾ COMMISSIONE EUROPEA, *Green Paper: Modernising Labour Law to Meet the Challenges of the 21st Century*, 22 novembre 2006, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Flexicurity e Libro Verde*, qui 2.

⁽²⁹⁾ COMMISSIONE EUROPEA, *Green Paper: Modernising Labour Law to Meet the Challenges of the 21st Century*, cit., qui 8.

«occupabili». Ma, come Esping-Andersen ⁽³⁰⁾ ha dimostrato, vi è ben poca evidenza per sostenere una presunzione di questo tipo.

4. Perché sono sorti i sistemi di *welfare*? È importante sollevare la questione prima di considerare le minacce correnti ai sistemi di *welfare* e le possibili risposte del sindacato. Iversen ⁽³¹⁾ ha sostenuto che lo stato sociale è come il volto bifronte di Giano. Per alcuni versi è un meccanismo egualitario per ridistribuire il reddito (e l'aspettativa di vita più in generale) a favore dei meno avvantaggiati. Questo volto dello stato sociale può essere visto come un risultato di una conquista della democrazia e delle lotte del movimento dei lavoratori. Ma difficilmente Bismarck era un socialista, e tantomeno lo era Lloyd George! L'altro volto, sostiene Iversen, risiede in una sua funzione efficiente. Nel suo libro egli discute in particolare dei modi in cui la protezione contro le imprevedibilità dei mercati del lavoro ha incoraggiato lavoratori e datori di lavoro a cooperare per sviluppare in modo duraturo le competenze che hanno realizzato un'economia industriale di successo. Di conseguenza, «la protezione sociale salva il mercato da se stesso, aiutando gli attori economici a superare i fallimenti del mercato nella formazione delle competenze» ⁽³²⁾. Si potrebbe aggiungere che l'offerta di *welfare* ha anche aiutato a mantenere la pace sociale, rafforzata dalla legittimità e dalla coesione dello stato nazione, aumentando l'offerta di reclute in salute per l'arruolamento nelle forze armate (tutte considerazioni rilevanti nel caso di Bismarck). L'implicazione è chiara: i regimi di *welfare* possono basarsi su un ampio consenso quando vi è coincidenza da una parte fra le logiche dell'efficienza economica, caldeggiata dalle élites imprenditoriali, e la giustizia sociale dall'altra, con il sostegno dei movimenti dei lavoratori. Ma se queste logiche sono divergenti, lo stato sociale diviene inevitabilmente il fulcro del conflitto.

Si può sostenere che la globalizzazione incoraggi una tale divergenza? La maggior parte della letteratura recente adotta tale posizione, anche se la globalizzazione è di per se un concetto politicamente carico. È chiaro che l'esposizione al commercio internazionale non è in se stessa un ostacolo per i sistemi di *welfare*: alcuni dei più sviluppati sistemi europei risiedono infatti in piccoli stati orientati all'export. Tuttavia è anche plausibile sostenere che la crescente de-nazionalizzazione del capitale, e le accresciute opportunità di *Shopping ordinamentale*, creano pressioni per un *dumping* sullo stato sociale, almeno dove la tassazione per le imprese è una fonte primaria per il *welfare*, sebbene anche a questo riguardo vi siano buoni motivi per essere cauti ⁽³³⁾.

È cruciale che l'apertura del mercato europeo interno, e della più vasta liberalizzazione del commercio e degli investimenti coincidono in un mutuo rinforzo con altre due correnti. Primo, la spesa di *welfare* si espande se vi sono più elevati li-

⁽³⁰⁾ G. ESPING-ANDERSEN, *Who Is Harmed by Labour Market Regulations? Quantitative Evidence*, in G. ESPING-ANDERSEN, M. REGINI (eds.), *Why Deregulate Labour Markets?*, OUP, Oxford, 2000, 66-93.

⁽³¹⁾ T. IVERSEN, *Capitalism, Democracy and Welfare*, CUP, Cambridge, 2005.

⁽³²⁾ M. ESTEVEZ-ABE, T. IVERSEN, D. SOSKICE, *Social Protection and the Formation of Skills: A Reinterpretation of the Welfare State*, in P.A. HALL, D. SOSKICE (eds.), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, OUP, Oxford, 2001, 145.

⁽³³⁾ M. FERRERA, A. HEMERIJCK, M. RHODES, *The Future of the European «Social Model» in the Global Economy*, in *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 2001, 3(2), 168.

velli di disoccupazione, che a loro volta aumentano il costo delle reti sociali di sicurezza del mercato, nonché con la crescente articolazione e dispendiosità degli interventi sanitari, e con le pressioni date dalla maggiore longevità media sui sistemi della sanità e della previdenza⁽³⁴⁾. In secondo luogo, la retorica che «non esiste alternativa», che è necessario arrendersi ad una «logica del mercato globale», si coniuga pacificamente all'avanzamento delle ideologie neoliberali nella *governance* europea. Come dice Cerny⁽³⁵⁾, abbiamo assistito al «sorgere di un nuovo discorso» e di una pratica di «ortodossia finanziaria connaturata», che a sua volta stabilisce i parametri dell'azione politica. Hay *et Al.*⁽³⁶⁾ suggeriscono che le idee a proposito della globalizzazione, se non la globalizzazione stessa, continuano ad informare le decisioni di politica pubblica, e ad ispirare richieste di arretramento dello stato sociale.

Ciò che Soros⁽³⁷⁾ ha chiamato «fondamentalismo del mercato» e Dore «la *formamentis* del mercato» è diventata parte di un più ampio consenso al cuore delle *governance* europea. Sebbene persista un'adesione retorica al modello sociale europeo, vi è una pressione crescente tesa a ridefinire i temi dello stato sociale nei termini di priorità per uno «stato competitivo»⁽³⁸⁾. I vincoli posti alla spesa pubblica, incorporati nei criteri di convergenza di Maastricht sono stati riaffermati nel patto di stabilità e crescita, alle pressioni per l'arretramento dello stato sociale, mentre le disposizioni per la privatizzazione del *welfare* – con il passaggio dallo Stato al mercato e/o alla famiglia (nel processo che porta le donne dalla occupazione di nuovo alla famiglia) – è incoraggiato dalla politica di competizione dell'Unione Europea⁽³⁹⁾. La logica di efficienza (come stabilito dai principi capitalistici di contabilità) porta a un passaggio da una solidarietà «protettiva e redistributiva» a una solidarietà «competitiva e produttiva»⁽⁴⁰⁾, sovvertendo i valori sociali sui quali erano inizialmente basati i regimi europei di protezione sociale.

La solidarietà competitiva implica una riconfigurazione dello stato sociale. Gli indietreggiamenti e le ristrutturazioni sono stati un fenomeno universale negli ultimi vent'anni⁽⁴¹⁾, sebbene i cambiamenti nella maggior parte delle nazioni siano stati incrementali e specifici piuttosto che sistemici. Come ha insistito Berger⁽⁴²⁾, l'evidenza empirica suggerisce l'esistenza di una capacità di adattamento del formato di «disponibilità universale di protezione sociale», in contrasto con le letture pessimistiche suggerite dalla nuova distribuzione del potere all'interno delle società avanzate. Anche se i governi rispondono in modo crescente ai detta-

⁽³⁴⁾ E. HUBER, J.D. STEPHENS, *Welfare State and Production Regimes in the Era of Retrenchment*, in P. PIERSON (ed.), *The New Politics of the Welfare State*, Oxford OUP, Oxford, 2001, 107-45.

⁽³⁵⁾ P.G. CERNY, *Paradoxes of the Competition State: The Dynamics of Political Globalization*, in *Government and Opposition*, 1997, 32(1), 259-60.

⁽³⁶⁾ C. HAY, M. WATSON, D. WINCOTT, *Globalisation, European Integration and the Persistence of European Social Models*, in www.one-europe.ac.uk/pdf/w3.PDF, 1999.

⁽³⁷⁾ G. SOROS, *The Crisis of Global Capitalism*, Public Affairs, New York, 1998.

⁽³⁸⁾ P.G. CERNY, *op. cit.*

⁽³⁹⁾ F.W. SCHARPF, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, Max Plank Institute for the Study of Societies Working Paper, luglio 2002, n. 8.

⁽⁴⁰⁾ W. STREECK *International Competition, Supranational Integration, National Solidarity: The Emerging Constitution of «Social Europe»*, in M. KOHLI, M. NOVAK (eds.), *Will Europe Work?*, Routledge, London, 2001, 21-34.

⁽⁴¹⁾ E. HUBER, J.D. STEPHENS, *op. cit.*, 123.

⁽⁴²⁾ S. BERGER, *Globalization and Politics*, in *Annual Review of Political Science*, 2000, n. 3, 55.

ti della competitività, ciò che questi dettati significano non è mai privo di ambiguità: l'internazionalizzazione non costituisce necessariamente una «situazione con una sola via di scampo», che vincola i governi a reagire in un modo specifico, è invece una situazione con più possibili uscite, che offre una sorta di «menù di scelte»⁽⁴³⁾. Di conseguenza, come Kitschelt *et Al.*⁽⁴⁴⁾ concludono, vi sono indubbiamente tendenze verso una convergenza nel capitalismo avanzato, ma queste non escludono regioni e nazioni che sviluppano il cambiamento in continuità con il proprio percorso storico, che riflettono a volte modalità competitive, altre volte modalità di cooperazioni fra gli attori politici, finalizzate a trovare nuove soluzioni a vecchi dilemmi.

Ciononostante, si può identificare la creazione di un paradigma di politica sociale⁽⁴⁵⁾ a livello europeo che privilegia alcune ricette del «menù di scelta» a spese di altre. Questo paradigma, fortemente connesso alle priorità della Strategia Europea per l'Occupazione, incoraggia un passaggio dai sistemi di *welfare* ai sistemi di *workfare*. Nei primi, la cittadinanza sociale implica il *diritto* alla protezione sociale, mentre nei secondi l'enfasi è posta sulle *obbligazioni* di coloro che ricevono i benefici. Per mantenere la piena eleggibilità per il sussidio, i disoccupati e i non-occupati devono dimostrare la loro prontezza ad accettare l'impiego offerto, e, se necessario, migliorare la propria occupabilità. Secondo lo studio comparato di Hander⁽⁴⁶⁾, il giudizio sul fatto che i soggetti soddisfino o meno tali criteri ristabilisce la divisione novecentesca fra il «meritare» e «non meritare» del soggetto debole e indigente. Le pubbliche amministrazioni, oberate per il fatto di essere incaricate di applicare le regole del *workfare*, tendono a stereotipare i richiedenti, concentrando i loro sforzi di assistenza al collocamento soprattutto su coloro che più probabilmente ritroveranno un posto di lavoro, penalizzando coloro che giudicano inadatti. Il risultato è quello di rafforzare l'esclusione sociale dei più vulnerabili, spostando il costo dell'adattamento sui più deboli e indifesi⁽⁴⁷⁾.

Questo significa che il concetto oggi alla moda di «attivazione» è in qualche modo problematico. La nozione di «politica attiva del mercato del lavoro», pionieristicamente apparsa nel modello svedese di relazioni industriali mezzo secolo fa, comportava una formula che abbinava il sostegno al reddito per i disoccupati alle misure strutturate per trovare un nuovo lavoro. La stessa formula è sottostante al triangolo d'oro danese. Le misure «attive» sono chiaramente preferibili ai sistemi essenzialmente «passivi» di molti paesi europei che pagano sussidi di disoccupazione senza facilitare in modo significativo il rientro al lavoro. Ma in questa nuova forma, «l'attivazione è più spesso messa in risalto per il fatto di ridurre il livello e la durata del sussidio di disoccupazione, e per imporre criteri di eleggibilità

⁽⁴³⁾ P. GENSCHEL, *Globalization and the Welfare State: A Retrospective*, in *Journal of European Public Policy*, 2004, 11(4), 632.

⁽⁴⁴⁾ H. KITSCHELT, P. LANGE, G. MARKS, J.D. STEPHENS, *Convergence and Divergence in Advanced Capitalist Democracies*, in H. KITSCHELT, P. LANGE, G. MARKS, J. D. STEPHENS (eds.), *Continuity and Change in Contemporary Capitalism*, Cambridge UP, Cambridge, 1999, 428, 460.

⁽⁴⁵⁾ P.A. HALL, *Policy Paradigms, Social Learning and the State*, in *Comparative Politics*, 1993, 25(3), 275-96.

⁽⁴⁶⁾ J.F. HANDLER, *Social Citizenship and Workfare in the United States and Western Europe: The Paradox of Inclusion*, CUP, Cambridge, 2004.

⁽⁴⁷⁾ TUAC, *Adaptability versus Flexibility*, TUAC, Paris, 1995, 19.

più stringenti», che per creare nuove opportunità di lavoro, e in particolare i «migliori posti di lavoro» proclamati a Lisbona nel marzo del 2000 (che in ogni caso implica che la dimensione di intervento sul lato della domanda sia assente dal dibattito sulle attuali politiche per il lavoro. È significativo che le iniziative recenti in Danimarca hanno comportato l'arretramento dei sussidi di disoccupazione, minando una delle basi del «triangolo d'oro», bilanciando la flessibilità *a scapito* della sicurezza.

5. «Questo *status quo* non è un'opzione. A meno che non modernizziamo i nostri sistemi non riusciremo a difendere i nostri valori, e non potremmo proiettare un approccio europeo a questo mondo globalizzato», così il Presidente della Commissione Europea ha informato il Parlamento nel 2005⁽⁴⁸⁾. Un anno dopo ha ribadito la questione dicendo che la domanda è «oggi di quale tipo di Europa Sociale necessiti un Europa Globalmente proiettata». «Abbiamo bisogno di una visione sociale per accompagnare la spinta di apertura dei mercati»⁽⁴⁹⁾. Il consiglio di Lisbona aveva dichiarato in precedenza la «necessità di sviluppare uno stato di *welfare* attivo e dinamico», la nozione di modernizzazione ricorre infatti costantemente nelle pubblicazioni EU dell'ultimo decennio, con il recente Libro Verde sul diritto del lavoro imperniato sullo stesso argomento. Chi, eccetto un conservatore non riformato, potrebbe mai obiettare sulla modernizzazione? Il problema, invece, è che la retorica della modernizzazione è spesso usata per mascherare forme di ristrutturazione neoliberalista, come una copertura per l'arretramento, per la privatizzazione, per la *mercattizzazione* e per un nuovo *public management*. Marquand⁽⁵⁰⁾ ha eloquentemente esposto la tendenziosità degli appelli alla modernizzazione, che insistono sul fatto che «il mondo è nuovo (...), la modernità non è problematica e il percorso verso il futuro è lineare... Esiste solo un futuro. Le scelte che pone sono tecniche, né morali né politiche». Questo, ribatte, è un'assurdità. «La modernità ha molti volti. Che cosa è più moderno? Il cibo geneticamente modificato o l'agricoltura organica? L'energia nucleare o l'energia eolica? Le autostrade o le piste ciclabili? Un mercato del lavoro deregolato o una settimana lavorativa di 35 ore? È solo malcelata nella teleologia della modernizzazione l'assunzione che l'agenda dei soggetti dominanti nel mercato del lavoro globale è, per definizione, moderna, e che l'unico motivo per cercare una alternativa sia la paura del cambiamento».

Infatti, i sistemi di protezione sociale devono cambiare. Per molti aspetti, le istituzioni e i principi sviluppati più di un secolo fa, consolidati nel processo di ricostruzione dopo il 1945, non sono gli stessi che i sindacati progressisti di oggi vorrebbero difendere. In primo luogo, tutti gli stati sociali e i sistemi di diritto del lavoro tradizionali, erano imperniati sulla figura del «maschio che guadagna il pane», le donne erano trattate come familiari a carico, come cittadini secondari.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. www.news.bbc.co.uk, 20 ottobre 2005, anche in www.csmb.unimore, indice A-Z, voce *Flexicurity e Libro Verde*.

⁽⁴⁹⁾ J.M. BARROSO, *The New Social Reality of Europe*, 2006, in www.progressive-governance.net/index.aspx?id=374.

⁽⁵⁰⁾ D. MARQUAND, *False Friend: The State and the Public Domain*, in *Political Quarterly*, 2004, 75(S1), 51-62.

Queste distorsioni di genere sono state rimediate in parte ma non totalmente eliminate⁽⁵¹⁾.

In secondo luogo, dove le titolarità del *welfare* siano basate sull'occupazione, esiste un problema di genere addizionale a causa delle discontinuità tipiche delle carriere femminili nella maggior parte delle nazioni europee. Questi sistemi sono generalmente poco indicati (come sosteneva Supiot) per accompagnare le circostanze di lavoro sempre più fluide di entrambi i sessi. Come il Libro Verde ha correttamente identificato, la crescita di forme di lavoro dipendente senza un ben definito status occupazionale significa che l'effettività delle protezioni legali tradizionali per i lavoratori si sta indebolendo. Il vuoto legale necessita di essere riempito (e, sebbene il Libro Verde sia vago su questo argomento, le forme spurie di lavoro autonomo debbono essere combattute). Supiot pone la questione in modo eloquente: ciò che serve «è una forma di solidarietà che assicuri sicurezza collettiva e individuale a fronte delle contingenze che possono capitare ovunque e in qualsiasi momento, a causa dell'inarrestabile crescita dell'insicurezza»⁽⁵²⁾.

Terzo, seguendo Supiot, i sistemi di diritto del lavoro (e gli *Welfare State*) sono basati su un modello fordista del «normale» rapporto di lavoro. Questo modello occupazionale, nota Supiot, comporta una compensazione in cui il lavoratore accetta di essere subordinato all'autorità manageriale, e con ciò il diritto del datore di definire le modalità di lavoro, in cambio di una sicurezza relativa in termini di paga e di status. Il datore otteneva così una forza lavoro fedele e prevedibile, avendo per contropartita il costo di essere ostacolato nel dimettere, scartare lavoratori indesiderati in tempi difficili, o quando dovessero sorgere altre opzioni più redditizie. Questa reciprocità scompare nella società fondata sul rischio che caratterizza le moderne relazioni industriali⁽⁵³⁾. Le richieste ai lavoratori si moltiplicano: essi sono sempre più responsabili di esiti per i quali manca loro tempo e risorse perché possano controllarli, mentre la loro sicurezza diminuisce. Il ritorno al *trade-off* fordista è tanto indesiderabile quanto impossibile. La sfida è quella di ristrutturare i sistemi di protezione sociale così da sfuggire sia l'insicurezza che la subordinazione.

Questo porta a un quarto problema: molti regimi di *welfare* implicavano la socializzazione della carità, avendo per beneficiari i percipienti passivi di ciò che uno stato paternalistico concedeva. Molto presto questa operazione si rivelò rigida, burocratica, e inefficiente. Il discorso della scelta, del beneficiario del servizio pubblico (ad esempio la sanità), come consumatore sovrano, può essere attraente, considerato il nuovo insieme di bisogni ed aspirazione dei lavoratori di oggi.

Infine, anche in assenza di pressioni da parte del neoliberismo e del «mantra» della competitività, si porrebbero delle scelte difficili per il futuro della protezione sociale. Il potenziale per la spesa pubblica è virtualmente illimitato, mentre la base per le entrate è limitata, particolarmente in virtù di vincoli elettoralistici. Gli ideologi della *mercantizzazione* non hanno inventato il problema della sostenibilità

⁽⁵¹⁾ C. ANNESLEY, *Transforming Welfare and Gender Regimes: Evidence from the UK and Germany*, in *Comparative European Politics*, 2003, 1(2), 129-47; J. LEWIS, *Gender and the Development of Welfare Regimes*, in *Journal of European Social Policy* 1992, 2(3), 159-73.

⁽⁵²⁾ A. SUPIOT, *The Transformation of Work and the Future of Labour Law in Europe: A Multidisciplinary Perspective*, in *International Labour Review*, 1999, 138(1), 44.

⁽⁵³⁾ U. BECK, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986

dei tradizionali regimi di *welfare*; ciò si obietta è la soluzione proposta, che implica una *ri-mercificazione* dello status del lavoro e dell'esistenza sociale più in generale. Ciò che si richiede è una concezione alternativa della modernizzazione che rimane fedele ai principi della solidarietà sociale. Sebbene non sia d'accordo con tutte le loro prescrizioni, approvo gli argomenti di base di Ferrera *et Al.* ⁽⁵⁴⁾: «I principi fondamentali del modello sociale europeo possono essere mantenuti e per certi versi sviluppati se vengono adottate misure appropriate di ricalibrazione».

Soprattutto, è compito dei sindacati definire un modello alternativo per la integrazione europea. Per aspirare a qualcosa, è spesso necessario essere antagonisti. Il lavoro decente e il capitalismo neoliberale non si combinano bene fra loro.

6. Concludo con alcuni brevi pensieri sulle risposte dei sindacati alle crescenti minacce alla de-mercificazione del lavoro, che secondo alcuni osservatori era stata ampiamente consolidata dagli accordi sociali più di mezzo secolo fa.

«Qual è il futuro del sindacato nel nuovo capitalismo?» si è chiesto recentemente il Segretario Generale dell'ETUC ⁽⁵⁵⁾. «Forse non ci è sempre piaciuto ma sapevamo dov'eravamo quando lavoravamo dentro la Ford. La Goldman Sachs, per contrasto, è una terra straniera, e gli *hedge funds* sono in un altro universo». L'inarrestabile ricerca del profitto finanziario a breve termine, l'arricchimento di chi è già super ricco, comporta una ulteriore disintegrazione del nesso fra lavoratore e datore di lavoro. La sua conclusione è che «all'interno di questo nuovo, strapotente capitalismo, bisognerà continuare a lottare costantemente».

Esisteva un'espressione molto comune nel quadro del vecchio capitalismo che ha così forti affinità con il contemporaneo: la lotta di classe. Sono abbastanza di vecchie vedute per pensare che i sindacati non abbandoneranno il concetto di lotta di classe finché i capitalisti non abbandoneranno certe loro pratiche, e, per molti versi, i capitalisti sono oggi avversari ancora più spietati rispetto ai loro predecessori.

Dore ⁽⁵⁶⁾, uno scrittore non incline alla sovra-drammatizzazione o alla retorica di sinistra, ha descritto l'attacco a livello nazionale ai sistemi stabiliti di protezione sociale come il risultato «non solo degli obiettivi di flessibilità ed efficienza, ma anche dell'obiettivo politico di incrinare il potere dei sindacati e la loro abilità di influenzare l'elettorato». Nella sua valutazione «i politici che risposero con la legislazione richiesta dalla potente classe manageriale, non erano solo preoccupati di creare le condizioni per la competitività nazionale. Essi erano anche impegnati in una lotta di classe». La lotta di classe è una buona descrizione del *Washington consensus*, e si presta bene come caratterizzazione dei loro sostenitori entusiasti a Bruxelles. Come possono i guerrieri di classe del neo-liberismo essere considerati «partner sociali»?

⁽⁵⁴⁾ M. FERRERA, A. HEMERIJCK, M. RHODES, *op. cit.*, 164.

⁽⁵⁵⁾ J. MONKS, *The Challenge of the New Capitalism*, 2006, in www.etuc.org/la/3052.

⁽⁵⁶⁾ R. DORE, *New Forms and Meanings of Work in an Increasingly Globalized World*, ILO Social Policy Lectures, 2003, in www.ilo.org/public/english/bureau/inst/download/dore.pdf, 32.

L'azione dei sindacati a livello europeo ha sempre comportato una tensione fra una logica di *membership* e una logica di *influence* ⁽⁵⁷⁾. Infatti il sindacalismo ad ogni livello implica un'interazione delicata fra il compito di esprimere i punti di vista e le aspirazioni dei rappresentati (*membership*), e l'adattamento delle forme e dei contenuti nella rappresentazione di tali preferenze nei confronti delle controparti negoziali (*influence*). Ma a un livello sopranazionale, semplicemente in virtù del fatto che la distanza dei rappresentanti rispetto alla base è maggiore, la logica dell'influenza è quella che tende a prevalere.

Questa logica può facilmente portare i sindacati in modalità di *diplomazia sindacale* ⁽⁵⁸⁾, portandoli a distanziarsi rispetto alla loro base e rafforzare la loro dipendenza rispetto agli interlocutori. Pochi anni or sono, Ramsay ⁽⁵⁹⁾ ha scritto che «gli sforzi dell'ETUC sono focalizzati quasi del tutto nel circuito della lobby europea»: le sue risorse limitate sono concentrate sostanzialmente nella creazione di un rapporto con le istituzioni di Bruxelles. Se diventa univoco il coinvolgimento con la macchina di Bruxelles, i sindacati possono soccombere in un abbraccio elitista. «Il potere seducente della retorica europea sul dialogo sociale è stato strumentale all'acquisizione di legittimità e di sostegno per le richieste del sindacato circa il proprio riconoscimento e per avere più influenza nella politica comunitaria», ma con il rischio che «i rappresentanti dell'ETUC possano essere cooptati nelle istituzioni Europee» ⁽⁶⁰⁾.

Si trattava di un rischio che valeva la pena di correre nel periodo (piuttosto breve) in cui il moto dominante della politica comunitaria sembrava in favore di una maggiore regolazione sociale. Oggi l'ambiente è manifestamente più ostile: lungi dal cercare in modo credibile una più forte Europa Sociale, i sindacati stanno oggi battendosi per difendere le conquiste delle decadi precedenti. La logica dell'influenza può risultare poco efficace a meno che il sindacalismo possa meglio riconnettersi alla logica della rappresentanza. In passato le attività europee dei sindacati sono state largamente delegate a specialisti europei; dato il diffuso euroscetticismo fra i ranghi sindacali, la parola d'ordine tacita era «non davanti ai bambini». Questo è sempre stato un errore, e oggi lo è in modo manifesto. Affinché i sindacati riprendano una seria influenza all'interno dei processi di formazione delle decisioni politiche in Europa, essi devono coinvolgere la base associativa con un progetto europeo definito in termini che siano distintivamente sindacali. Questo significa che essi hanno bisogno di sfidare in modo non ambiguo le tendenze politiche ostili agli interessi dei lavoratori, e cercare mezzi attivi per mobilitare forme di opposizione. Si può dire, infatti, che la protesta contro la direttiva Bolkenstein ha segnato un cambiamento di paradigma rispetto all'assorbimento nel modello elitista della *governance* europea.

⁽⁵⁷⁾ J.E. DØLVIK, *Redrawing Boundaries of Solidarity?*, Arena/FAFO, Oslo, 1997; F. TRAXLER, P.C. SCHMITTER, *The Emerging Euro-Polity and Organized Interests*, in *European Journal of International Relations*, 1995, 2(2), 191-218.

⁽⁵⁸⁾ R. HYMAN, *Shifting Dynamics in International Trade Unionism: Agitation, Organisation, Diplomacy, Bureaucracy*, in *Labor History*, 2005, 46(2), 137-54.

⁽⁵⁹⁾ H. RAMSAY, *Solidarity at Last?*, in *Economic and Industrial Democracy*, 1997, 18, 528.

⁽⁶⁰⁾ J.E. DØLVIK, J. VISSER, *ETUC and European Social Partnership*, in H. COMPSTON, J. GREENWOOD (eds.), *Social Partnership in the European Union*, Palgrave, London, 2001, 32.

Per avere successo nel contenzioso politico posto dalla *flexicurity* e dalla modernizzazione dello stato sociale, i sindacati dovranno riguadagnarsi la loro legittimità sociale. Come ha detto Flanders quasi quarant'anni fa ⁽⁶¹⁾, «i sindacati hanno sempre due volti, quello di spada della giustizia e quello di interesse acquisito». Oggi i sindacati sono visti troppo spesso come rappresentanti degli interessi acquisiti di coloro che sono già relativamente sicuri nel mercato del lavoro, ed hanno paghe e condizioni di lavoro relativamente buone; ovvero rappresentano coloro che nella maggior parte dei casi sono considerati «vincitori» o quantomeno non «perdenti» nel processo di ristrutturazione economica. I sindacati sono stati spesso inseriti all'interno di rituali onorifici e venerandi, gestiti con linguaggio altrettanto onorifico, ritualistico e venerando, così da distanziarli da coloro che cercano di reclutare e rappresentare. Il problema di immagine del sindacato è una ragione per cui i livelli di adesione sono spaventosamente bassi fra i giovani lavoratori, che sono molto inclini a diventare «outsider» del mercato del lavoro.

I sindacati sono stati concepiti come una spada di giustizia quando hanno articolato una visione di una società migliore. Nonostante l'antagonismo fra il sindacalismo social-democratico, cristiano e comunista, le correnti hanno sempre avuto in comune la convinzione di essere una forza per difendere i deboli e costruire una società che non può essere divisa fra vincenti e perdenti. La retorica può essere sopravvissuta, ma la convinzione è scomparsa – facendo sì che sia più facile formare un'unità attraverso le divisioni ideologiche precedenti, minando tuttavia il senso della missione del movimento dei lavoratori.

«La forza organizzativa priva di ideologia è forma senza contenuto», disse il grande stratega del sindacalismo svedese Rudolf Meidner ⁽⁶²⁾. Oggi le difficoltà materiali con cui si confrontano i sindacati sono date dalla «perdita delle loro giustificazioni ideologiche» ⁽⁶³⁾. Può il vuoto ideologico essere riempito? Le società contemporanee sono sempre più frammentate, hanno perso molte dei tradizionali fondamenti della coesione. Vi è un crescente divario fra coloro che si sono arricchiti in fretta con le opportunità della nuova economia, coloro che stanno ragionevolmente bene ma si sentono sempre più insicuri, e coloro che sono socialmente marginalizzati e alienati. Questo può risultare in una crescente violenza e nel sostegno a forme di politica repressiva ed autoritaria. Un compito ed una opportunità per i sindacati è quello di aiutare a ridefinire la solidarietà sociale, e costituire una forza per la coesione basata sulla giustizia sociale. Oltre ad influenzare gli aspetti materiali dell'economia, la missione dei sindacati è anche quella di stabilire un'«economia morale» ⁽⁶⁴⁾. Per fare ciò, con le parole dell'ex segretario dell'ETUC «ciò di cui abbiamo bisogno è di utopie creative che mettano nuovi sviluppi in moto» ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶¹⁾ A. FLANDERS, *Management and Unions*, Faber, London, 1970, 15.

⁽⁶²⁾ Citato in EVATT FOUNDATION, *Unions 2001*, Evatt Foundation, Sydney, 1995.

⁽⁶³⁾ M.J. PIORE, *Unions: A Reorientation to Survive*, in C. KERR, P.D. STAUDOHR (eds.), *Labor Economics and Industrial Relations*, Harvard UP, Cambridge, 1994, 514.

⁽⁶⁴⁾ P. SWENSON, *Fair Shares: Unions, Pay and Politics in Sweden and West Germany*, Cornell UP, Ithaca, 1989.

⁽⁶⁵⁾ E. GABAGLIO, *Perspektiven einer europäischen Arbeitszeitpolitik*, in R. HOFFMAN, J. LAPEYRE (eds.), *Arbeitszeit - Lebenszeit*, Westfälisches Dampfboot, Münster, 1995, 111.

I sindacati sono attori sociali chiave in una posizione problematica. È molto comune porre una distinzione fra sindacati da un lato e organizzazioni non governative dall'altra. Eppure i sindacati sono (o dovrebbero essere considerate) organizzazioni non governative! Essi hanno un ruolo chiave nel rappresentare i meno privilegiati, ma in questo non detengono un monopolio. Questo è qualcosa che i sindacati hanno sempre avuto difficoltà ad accettare, troppo raramente essi hanno costruito alleanze genuine con altre organizzazioni e movimenti sociali che potessero essere più attraenti per le generazioni giovani rispetto ai sindacati stessi. Questa è una delle sfide cruciali nel movimento dei lavoratori nel ventunesimo secolo: indebolito materialmente e ideologicamente, il sindacato da solo non ha sufficienti capacità per difendere efficacemente il modello sociale europeo.

Lo stato sociale, e altre modalità generali di de-mercificazione, erano soltanto parzialmente una conquista del movimento dei lavoratori, e non sono mai stati la piena realizzazione degli ideali progressisti; per essere difeso, deve essere ridefinito e re-inventato. Visto che i sindacati sono più forti fra i «produttori» dello stato sociale – ovvero tra gli impiegati pubblici – che attraverso la generalità dei «consumatori», il fatto di difendere i modelli di *welfare* esistenti può essere visto facilmente come una difesa di interessi acquisiti. Essi sono organizzazioni dei lavoratori più anziani, una considerazione importante quando un nuovo contratto inter-generazionale diventa necessario.

«Lo stato sociale implica un contratto con la cittadinanza»⁽⁶⁶⁾. I sindacati sono allo stesso tempo organizzazioni di massa dei lavoratori e dei cittadini; possono dare forma agli estremi di questo contratto. Eppure in anni recenti sono stati marginalizzati nello scontro di idee che ha vincolato la costruzione di un'Europa economicamente integrata con la de-costruzione delle fondamenta nazionali della de-mercificazione. Molta della retorica adottata nella causa della «riforma» neo-liberista – modernizzazione, scelta, attivazione, flessibilità – è intrinsecamente attraente. I sindacati hanno bisogno di proporre il proprio significato distintivo rispetto a questi concetti, come tentò la TUAC dieci anni fa con la nozione di «adattabilità positiva»⁽⁶⁷⁾.

Un secolo fa, nella loro classica analisi delle funzioni dei sindacati, Sidney e Beatrice Webb⁽⁶⁸⁾ vedevano nel sindacato «il fine di stabilire una regola comune per governare le condizioni di lavoro di tutti i componenti di ciascun gruppo di lavoratori». I movimenti di massa hanno aderito a questo concetto in un modo più rigido di quello che immaginavano i coniugi Webb: un modello di tutela uniforme, «a taglia unica». Paradossalmente, vi fu spesso un'affinità elettiva fra la regolazione posta dai sindacati e la standardizzazione imposta dai datori di lavoro fordisti. Mentre i datori insistevano che i lavoratori «non erano pagati per pensare», i sindacati erano sospettosi rispetto all'idea che i singoli lavoratori potessero esercitare un potere di scelta rispetto alle proprie condizioni di lavoro. Comprensibilmente andò così perché la base di tutto il movimento sindacale consiste nel fatto che la contrattazione individuale fra datore di lavoro e lavoratore sarebbe

⁽⁶⁶⁾ G. ESPING-ANDERSEN, *Towards the Good Society, Once Again?*, in G. ESPING-ANDERSEN, (ed.), *Why We Need a New Welfare State*, OUP, Oxford, 2002, 7.

⁽⁶⁷⁾ TUAC, *op. cit.*, 1995.

⁽⁶⁸⁾ S. WEBB, B. WEBB, *Industrial Democracy*, Longmans, London, 1897.

tutta nell'interesse del management, con la necessaria conseguenza che per migliorare le condizioni dei lavoratori l'unica opzione viabile era quella di limitare il proposito di contrattare separatamente. Eppure il principio della standardizzazione ha fallito nel riconoscere qualsiasi differenziazione fra questi temi. I sindacati hanno identificato correttamente alcune regole comuni essenziali, tariffe minime, massimali per l'orario di lavoro, essenziali per evitare che i lavoratori intraprendessero una competizione al ribasso. Su alcune questioni, tuttavia, la scelta individuale non necessariamente minerebbe le salvaguardie generali; ma l'approccio alla contrattazione da parte dei sindacati tradizionali è stato scettico rispetto all'idea di una regolazione flessibile che lascia gioco alle preferenze personali.

È giusto essere sospettosi rispetto all'idea di «*soft-law*» (o il più recente entusiasmo per il metodo di coordinamento aperto), nozioni che sono diventate centrali nell'«eurogergo»: la loro implicazione è spesso un processo di regolazione che non regola genuinamente. Si prendano in considerazione alcune questioni specifiche del sindacalismo contemporaneo. Per esempio, il lavoro notturno dovrebbe essere proibito del tutto, ricompensato da pagamenti extra, o controbilanciato da tempi liberi discrezionali? Alcuni recenti accordi in Danimarca, per esempio, hanno riconosciuto il fatto che gli associati hanno preferenze diverse fra loro, e perciò nei loro accordi si offrono veri e propri «menù di opzioni» possibili. Il lavoro part-time dovrebbe essere osteggiato (come facevano i sindacati fino a poco tempo fa) o dovrebbe essere posto l'obiettivo di avere ore lavorative variabili – posto che i lavoratori stessi possano accettare o rifiutare, con le stesse tutele dei lavoratori a tempo pieno? Se la relazione «normale» di lavoro del ventesimo secolo è scomparsa, e le forme «atipiche» divengono sempre più tipiche, i sindacati possono continuare a condurre battaglie probabilmente perse in partenza, oppure possono mobilitarsi per ottenere una regolazione efficace e flessibile della giungla occupazionale corrente. Questo si raccorda con un altro dei temi di Supiot: per sopravvivere, i sindacati devono costantemente cambiare la loro funzione da soggetti decisori ad attori di coordinamento, così che una maggiore individualizzazione dell'orario di lavoro possa darsi entro una cornice di contrattazione collettiva.

Più in generale, i sindacati devono riconsiderare il rapporto fra tempo di lavoro e tempo di vita. Il termine piuttosto debole e diluito di «equilibrio fra vita e lavoro» denota tipicamente politiche per la maternità. Tali questioni sono sicuramente importanti, ma l'impatto del lavoro nelle nostre vite ha implicazioni molto più ampie. In modo più cruciale, la stessa idea di equilibrio vita-lavoro implica che si tratti di due sfere separate. Eppure questo problema si pone solo se si considera il lavoro una merce. In modo analogo, il «lavoro decente» è uno slogan utile, ma il fatto che questo sia diventato il suo perno strategico è nel contempo un segno di retrocessione dei diritti. Per costruire una forza efficace nella battaglia delle idee, per ispirare ed attrarre gli idealisti, i sindacati necessitano un programma più ambizioso: recuperare un ruolo nella lotta per una vita decente, per una società decente, un'Europa decente, un mondo decente.

Il futuro del principio «il lavoro non è una merce» tra mercato e stato sociale – Riassunto.

L'A. si propone di fare luce su alcune categorie concettuali che permeano il dibattito relativamente alle politiche del lavoro e alla modernizzazione dello Stato sociale ponendo al centro dell'attenzione il futuro del principio che il lavoro non è una merce. Per preservare tale principio, sostiene l'A., è fondamentale comprendere che la modernizzazione delle politiche del lavoro quale soluzione ai problemi posti dalla globalizzazione non passa necessariamente per la de-regolamentazione. L'evoluzione dello Stato, delle relazioni industriali e dei rapporti di lavoro non può negare gli assetti istituzionali e sociali esistenti ed è quindi tendenzioso suggerire che la soluzione liberista sia l'unica opzione possibile. Tali dinamiche, ad avviso dell'A., risultano di particolare importanza per i rappresentanti della confederazione dei sindacati europei tenuto conto che gli stessi, nello sforzo di rendersi partecipi rispetto al processo di integrazione, corrono, tuttavia, il rischio di perdere in termini di capacità di coinvolgimento e di rappresentanza.

Labour, Markets and the Future of «Decommodification» (Article in English) – Summary.

This paper aims to cast light on certain conceptual categories in the debate on labour market policy and the modernisation of the welfare state, focusing on the future prospects of the principle that labour is not a commodity. In the defence of this principle, it is argued that there is a fundamental need to grasp the fact that the modernisation of labour policy as a response to the problems arising from globalisation does not necessarily imply deregulation. The evolution of the State, industrial relations and employment relations needs to take account of existing institutional and social structures and it is therefore questionable that the liberal solution is the only possible option. These processes are of particular importance for the representatives of the European Trade Union Confederation, taking account of the fact that in their efforts to participate in the process of integration, these representatives run the risk of a decline in involvement and representation.

Alcune osservazioni sul Libro Verde

Edoardo Ghera

Sommario: **1.** Il Libro Verde e l'obiettivo della *flexicurity*. – **2.** Tutele del rapporto di lavoro standard e segmentazione del mercato del lavoro: la strategia della occupabilità. – **3.** Il nodo della regolamentazione delle forme atipiche di occupazione e l'area della c.d. dipendenza economica. – **4.** La flessibilità nella sicurezza: un obiettivo suggestivo ma ambizioso. – **5.** Le reazioni al Libro Verde: un dibattito datato. – **6.** Conclusioni: un dibattito utile per una riflessione sulla opportunità di introdurre correttivi al sistema attuale del diritto del lavoro.

1. Il Libro Verde interviene in un periodo di ridotta attività (una pausa di riflessione?) nella politica sociale comunitaria e nel diritto del lavoro europeo.

La pausa è dovuta, anzitutto, alle difficoltà, ormai evidenti, cui va incontro la SEO (Strategia Europea per l'Occupazione).

La ridotta crescita economica e la bassa produttività del lavoro hanno impedito l'attuazione degli obiettivi indicati nella c.d. Agenda di Lisbona (Consiglio Europeo del 23-24 marzo 2000) e hanno imposto un sostanziale ridimensionamento delle aspettative generate dall'andamento favorevole degli anni 1997-2001 mirate «a creare condizioni di piena occupazione in una società basata sulla conoscenza» ⁽¹⁾ e, in particolare, a raggiungere il traguardo di un mercato del lavoro orientato alla qualità del lavoro e perciò capace di offrire lavori di qualità e assicurare più forte coesione sociale.

In questa situazione di incertezza (anche della cultura giuridica) il Libro Verde, nell'intento di conciliare la flessibilità dei contratti di lavoro e quindi della occupazione con la sicurezza dei lavoratori, propone l'obiettivo della *flexicurity* (in italiano: flessicurezza; ma il neologismo è sgradevole).

All'indicazione dell'obiettivo fa seguire un catalogo di situazioni critiche e di azioni concrete da intraprendere impiegando gli strumenti, differenti, della legislazione e del dialogo sociale. Lo scopo è rimuovere gli ostacoli che, irrigidendo la separazione tra i contratti di lavoro *standard* (a tempo pieno e indeterminato) e i contratti *non standard* (o c.d. atipici: lavoro a tempo determinato, parziale, intermittente, in somministrazione), determinano il dualismo tra lavoratori *integrati* con un posto di lavoro permanente e lavoratori *esclusi* (disoccupati, persone in situazioni precarie e informali o addirittura escluse dal mercato del lavoro). Il Rap-

* Edoardo Ghera è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università «La Sapienza» di Roma.

⁽¹⁾ Si veda la decisione del Consiglio n. 2001/63 CE del 10 gennaio 2001.

porto Kok del 2003 ⁽²⁾ indica la via da percorrere: è quella della flessibilità delle tutele combinata con le politiche attive del lavoro.

Alle politiche attive dell'occupazione è rimesso il compito di contrastare e, se possibile ridurre la segmentazione del mercato del lavoro. Al diritto del lavoro il compito di introdurre riforme strutturali del mercato e di mettere ordine nella zona grigia dei contratti atipici, troppo spesso caratterizzati dalla incertezza sui diritti di protezione sociale (una incertezza questa che si riflette sulla vita stessa delle persone).

Quanto agli strumenti normativi il Libro Verde si affida – o, con maggiore esattezza presuppone – al metodo aperto di coordinamento ⁽³⁾ e dunque propone un diritto del lavoro flessibile come il mercato che deve regolare, orientato all'uso della *soft law* come tecnica di regolazione dei rapporti sociali. A fronte di situazioni nazionali caratterizzate da una marcata diversità così del mercato del lavoro come dei sistemi di relazioni industriali, il Libro Verde propone l'obiettivo non più della armonizzazione normativa ma piuttosto della convergenza su alcuni traguardi comuni (indicati periodicamente dagli orientamenti per le politiche degli Stati membri in materia di occupazione) ⁽⁴⁾.

2. Muovendo dalla constatazione della segmentazione del mercato del lavoro il Libro Verde sembra individuarne la causa nella separazione normativa tra i rapporti di lavoro *non standard*, flessibili in uscita, e il contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato normalmente tutelato dall'esercizio ingiustificato del potere di licenziamento e propone un modello di liberismo socialmente temperato. Per superare la dicotomia tra l'area centrale della occupazione stabile e la area periferica dei contratti non stabili – tra i quali anche i contratti di lavoro autonomo, privi dello statuto protettivo incorporato nel lavoro subordinato – viene proposta una legislazione finalizzata non più alla protezione del posto di lavoro ma alla protezione della occupazione; anzi della occupabilità. In sostanza, scambiando una attenuazione della legislazione vincolistica dei licenziamenti con un sistema integrato di sussidi di disoccupazione e – cosa molto importante – di incentivi sia monetari sia reali (servizi all'impiego; cicli di formazione e riqualificazione professionale) alla mobilità e alla creazione di posti di lavoro.

Insomma l'obiettivo principale – costruire un mercato del lavoro flessibile ed inclusivo – viene perseguito mettendo a punto una normativa legislativa e contrattuale di sostegno alle *transizioni occupazionali*. Transizioni da una situazione o *status* di occupazione attiva ad una situazione diversa: di disoccupazione involontaria (quando l'interruzione dell'attività è dovuta ad un licenziamento per cause economiche o anche personali) oppure di disoccupazione volontaria (periodi di formazione, congedi di vario tipo). Ma anche transizioni senza inattività: da un contratto di lavoro *non standard* ad altro contratto temporaneo o, naturalmente, ad un contratto stabile e a tempo pieno.

⁽²⁾ Cfr. *Facing the challenge. The Lisbon strategy for growth and employment. Report from the high level group chaired by Wim Kok*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, novembre 2004, reperibile anche in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Flexicurity e Libro Verde*.

⁽³⁾ Cfr. l'art. 128 Trattato Comunità Europea.

⁽⁴⁾ Cfr. la decisione del Consiglio n. 2005/600 CE del 12 luglio 2005.

Il concetto – si dovrebbe dire la figura giuridica – della *situazione occupazionale* come *vicenda soggettiva* del lavoratore o meglio della sua vita lavorativa e non più come semplice effetto (della estinzione) del rapporto di lavoro, viene così in primo piano: fungendo da chiave di accesso ad un sistema di mobilità protetta dei lavoratori: occupati, disoccupati involontari oppure disoccupati volontari.

Il lavoratore non è più soltanto il soggetto occupato alle dipendenze altrui o, in alternativa il disoccupato. Lavoratore è non solo chi ricerca una occupazione ma la persona che si colloca volontariamente in una posizione di *attività* da intendere non solo come attitudine o disponibilità al lavoro ma anche quale bisogno – o esigenza – del lavoro come valore e non solo come mezzo di sussistenza (come dire: il lavoro è modo di autorealizzazione e non solo necessità o, peggio sfruttamento della persona).

3. Sono intuibili le ricadute di simili suggestive aperture sul sistema attuale del diritto del lavoro incentrato sul valore della stabilità del rapporto di lavoro e nel quale la ricerca della opportunità di lavoro è solo una *chance* e non una situazione soggettiva degna di tutela al pari di quella del lavoratore occupato.

Il Libro Verde ha il merito di indicare il tema delle transizioni da uno stato occupazionale all'altro e delle sue possibili forme di giuridificazione come il *focus* di un nuovo diritto (del mercato) del lavoro. Ma è evidente che l'efficacia delle misure e delle tecniche di tutela ipotizzate è tutta da sperimentare (ciò vale anche per l'esempio austriaco indicato quale modello possibile).

Del resto la vera sfida è quella di guardare al lavoro come «ciclo di vita» sul piano esistenziale e, sul piano giuridico, come *status* sociale e professionale della persona, secondo le utili indicazioni, di un altro importante contributo europeo (⁵). Nel mercato e nel diritto del lavoro flessibile la persona del lavoratore resta in primo piano e il suo bisogno di tutele non è annullato ma modificato.

D'altronde l'obiettivo della sicurezza dell'occupazione in un mercato flessibile non può essere disgiunto da una regolamentazione delle forme atipiche di occupazione: un tema questo sul quale il Libro Verde offre utili spunti di riflessione. In primo luogo, l'area della c.d. dipendenza economica: non solo il fenomeno del lavoro pseudo-autonomo ma anche il lavoro effettivamente autonomo ma dipendente dalla posizione dominante del committente (un fenomeno riconosciuto giuridicamente solo in pochi Paesi tra cui il nostro); ed ancora l'area dei lavori atipici perché occasionali o intermittenti; i rapporti di lavoro triangolari (la somministrazione o fornitura di manodopera tramite agenzia, gli appalti e il sub-appalto; le cessioni parziali di attività produttive o di stabilimento). Realtà che devono essere adeguatamente regolate: ad esempio – come suggerisce il Libro Verde – riconoscendo un nucleo minimo essenziale di diritti a tutti i lavoratori, indipendentemente dal tipo del loro contratto di lavoro.

4. Il Libro Verde si ispira ad una filosofia che privilegia la mobilità rispetto alla stabilità del lavoratore e propone di agire iniziando da una liberalizzazione del potere di licenziamento in modo da favorire il più possibile la transizione dal lavoro non standard al lavoro standard. È un inizio particolarmente difficile. In Ita-

(⁵) Cfr. A. SUPIOT (a cura di), *Au de là de l'emploi*, Flammarion, Parigi, 1999.

lia finora è stato impossibile introdurre temperamenti alla tutela basata sulla reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo (nelle imprese con più di 15 dipendenti).

D'altronde è proprio vero che l'eccesso di protezione del lavoro *standard* è la causa principale della segmentazione del mercato del lavoro? Al contrario è vero che vi sono altre cause: le insufficienze del sistema scolastico e formativo; la eccessiva frammentazione del sistema produttivo; la diffusione del lavoro irregolare.

Del resto lo stesso Libro Verde non manca di affrontare altri nodi problematici: il controllo e la repressione del lavoro non dichiarato o c.d. sommerso; la disciplina e la tutela del lavoro autonomo economicamente dipendente sono capitoli decisivi per la riunificazione del mercato del lavoro e il rinnovamento del diritto del lavoro.

Questo non esclude che una moderata riduzione dei vincoli al potere di licenziamento, facilitando l'occupazione a tempo indeterminato possa essere utile per unificare il mercato del lavoro, promuovendo la transizione dei lavoratori dai contratti temporanei ai posti di lavoro stabili.

È certo importante che il diritto del lavoro non ostacoli ma anzi contribuisca alla espansione dell'occupazione e che questa occupazione sia *buona*, cioè soddisfacente anche per il lavoratore. Una più razionale ed equa distribuzione delle tutele è sicuramente un fattore positivo. Ma, in questa direzione, la via da percorrere è lunga. La flessibilità nella sicurezza è un obiettivo suggestivo ma ambizioso. Si tratta, in buona sostanza di riscrivere gran parte del diritto del lavoro e forse modificare il suo codice genetico. Dopo tutto l'art. 125 TCE assegna alla azione comunitaria il compito della «promozione di una forza lavoro competente, qualificata, adattabile e di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici». Non si poteva riassumere meglio la filosofia del Libro Verde.

5. È difficile prevedere se le linee guida del Libro Verde saranno utilizzate dai governi europei (evidentemente, non tutti) per modificare l'attuale assetto legislativo o per aprire un confronto con le parti sociali. Su questo versante d'altronde si registra la contrarietà aperta dei sindacati e un atteggiamento di favore più o meno deciso, degli imprenditori e delle loro organizzazioni. Per ora la discussione è quasi soltanto tra i giuristi i quali – almeno in Italia – si stanno dividendo tra i favorevoli (i neoliberali) e i contrari (la sinistra garantista): è un dibattito datato perché ricalca le coordinate teoriche (e le opzioni ideologiche) della discussione intorno al rapporto tra diritto del lavoro e *mercato* (e, in definitiva, sui fondamenti economici del diritto del lavoro). Lo stesso Libro Verde, del resto, allorché richiama esplicitamente la divisione tra lavoratori integrati e lavoratori esclusi dalla protezione assicurata dal posto di lavoro stabile, sembra riecheggiare questa discussione (e, indirettamente, la contrapposizione che la anima).

Ma è una prospettiva riduttiva. Si è giustamente osservato che – come teoria della disoccupazione – la teoria *insiders-outsiders* è debole. In questa teoria gli ostacoli alla flessibilità in entrata e cioè alle nuove assunzioni sono infatti l'effetto, più che della rigidità in uscita e cioè dei vincoli al licenziamento, della esistenza degli *standard* salariali minimi e, in generale, della inderogabilità delle norme protettive. Ciò sembra essere confermato dalla realtà italiana; un mercato del lavoro

segnato dalla divisione tra aree di pieno impiego e un'area di forte disoccupazione che denota il forte impatto negativo di un eccesso di oneri contributivi e fiscali sul lavoro subordinato e quindi sull'occupazione. È soprattutto questo differenziale di costi a determinare la fuga dal lavoro subordinato verso il lavoro irregolare, non dichiarato o sommerso.

Del resto la stessa teoria neoclassica riconosce che, essendo il mercato del lavoro un mercato imperfetto, l'esistenza di norme protettive inderogabili non ha un impatto negativo sull'occupazione ma è giustificata non solo da esigenze politiche di giustizia sociale ma anche dalla convenienza economica di correggere le asimmetrie della concorrenza del lato della offerta e dunque, in primo luogo, il deficit di potere che qualifica la posizione del lavoratore.

Di qui la conclusione che l'esistenza di *labour standards* efficaci *erga omnes*, fissando una base al di sotto della quale le condizioni di lavoro non possono scendere, e quindi regolando la concorrenza verso l'alto assicura equità ed efficienza nel mercato del lavoro, riducendone anche la segmentazione alla condizione, tuttavia, che le norme protettive, collettive o di legge, siano razionalmente giustificate ed allocate.

6. In realtà la teoria *insiders-outsiders* offre uno schema semplificato che non riesce a spiegare le asimmetrie di un mercato del lavoro istituzionalizzato da un sistema di relazioni industriali a sua volta governato dai sindacati e, in definitiva, condizionato dalla azione di gruppi sociali e professionali organizzati di lavoratori.

Lo stesso Libro Verde d'altronde riconosce ampiamente il ruolo del sindacato e la funzione del dialogo sociale: la *flexicurity*, viene anzi prospettata come l'effetto possibile di un approccio bilaterale al governo del mercato del lavoro e alla gestione congiunta dei rischi sociali della disoccupazione e della discontinuità del lavoro. L'Interim Report del 20 aprile 2007 ⁽⁶⁾ delinea la *flexicurity* come una strategia rivolta a creare una sinergia virtuosa tra politiche attive dell'occupazione e politiche di formazione continua per migliorare la qualità e la quantità dei lavori e, in definitiva, valorizzare il lavoro come capacità di produrre ricchezza e coesione sociale (il c.d. capitale umano). Una strategia dunque rivolta a conciliare la *flessibilità* della offerta e quindi la adattabilità dei lavoratori al cambiamento organizzativo e produttivo con la *sicurezza*, quest'ultima intesa non solo come tutela economica dal rischio di disoccupazione ma anche come promozione della occupabilità del lavoratore. Un sistema di inevitabilmente costosi sussidi non solo di disoccupazione ma anche di formazione e di mobilità professionale, insieme ad una rete di servizi sociali all'impiego e in particolare di sostegno alla rioccupazione dei lavoratori è dunque la condizione necessaria della *flexicurity*.

Sarebbe allora sbagliato vedere nel Libro Verde soltanto la proposta – che pure c'è – di allentare o quanto meno rimodulare i vincoli al licenziamento. Per questo aspetto il Libro Verde ha una funzione di stimolo utile per una riflessione sulla

⁽⁶⁾ Cfr. *Flexicurity Pathways. Expert Group on Flexicurity. Interim report from the rapporteur*, presentato alla Stakeholder Conference on Flexicurity tenutasi a Bruxelles il 20 aprile 2007, reperibile in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Flexicurity e Libro Verde*.

opportunità di introdurre correttivi al sistema attuale: ad esempio eliminando l'alea del costo del licenziamento ingiustificato e, soprattutto, prevedendo le tutele compensative per i contratti di lavoro temporaneo. Sono quindi linee da implementare con il contributo tecnico dei giuristi, dai soggetti pubblici e dalle parti sociali.

In conclusione il difetto maggiore del Libro Verde sembra essere un *eccesso di semplificazione*. Non basta liberalizzare la disciplina del licenziamento o dei contratti a tempo determinato: conciliare flessibilità e sicurezza non vuol essere un semplice *slogan* ma richiede un impegno concreto del governo e delle parti sociali.

In realtà l'agenda della modernizzazione del diritto del lavoro è più complessa – come, d'altronde era stato avvertito dal *Libro Bianco* italiano del 2001 ⁽⁷⁾ – comprende molti temi non toccati o soltanto accennati dal Libro Verde. Ne elenco alcuni guardando alla esperienza del nostro Paese:

- 1) la disciplina del licenziamento collettivo per eccedenza di personale e le connesse azioni di sostegno del reddito e di riqualificazione dei lavoratori coinvolti;
- 2) il lavoro irregolare o non dichiarato e la concreta esigenza di una legislazione sul salario minimo;
- 3) la democrazia economica e la partecipazione dei lavoratori alle decisioni aziendali da attuarsi attraverso procedure di informazione e consultazione;
- 4) le relazioni industriali cooperative e non più antagonistiche o puramente conflittuali.

Quest'ultima è forse il problema più difficile essendo il riassetto del sistema contrattuale connesso inevitabilmente alla regolamentazione del conflitto e in primo luogo della rappresentanza sindacale.

Il Libro Verde si concentra su alcuni aspetti critici del diritto individuale del lavoro: e il costo dei limiti al licenziamento e della separazione tra contratti temporanei e contratti di lavoro stabile, con le distorsioni che ne derivano; ma resta mutuo sul versante del diritto collettivo del lavoro. Più che una lacuna è un limite oggettivo che deriva – è da credere – da una scelta di auto-limitazione della Commissione, consapevole che il diritto collettivo rimane estraneo alla competenza della Comunità e agli interventi dei suoi organi.

Alcune osservazioni sul Libro Verde – Riassunto. *L'A. osserva come dalla lettura del Libro Verde della Commissione Europea emerge un modello di liberismo socialmente temperato attraverso una legislazione finalizzata non più alla protezione del posto di lavoro ma alla protezione della occupabilità. In questo quadro, il termine lavoratore assume un significato più ampio tale da ricomprendere colui che è alla ricerca di una occupazione ma anche la persona che si colloca volontariamente in una posizione di attività intesa qui come attitudine al lavoro quale valore e non solo come mezzo di sussistenza. Il Libro Verde, ad avviso dell'A., ha il merito di indicare come il focus di un nuovo diritto (del mercato) del lavoro il tema delle transizioni da uno stato occupazionale all'altro e delle sue possibili forme di giuridificazione attraverso, in primo luogo, la liberalizzazione del potere di licenziamento. Una più razionale ed equa distribuzione delle tutele può costituire sicuramente un fattore positivo per l'espansione di una occupazione che sia soddisfacente an-*

⁽⁷⁾ Cfr. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Roma, ottobre 2001, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*.

che per il lavoratore. All'esito della analisi, l'A. non manca di sottolineare i limiti del Libro Verde rappresentati dall'ambiziosità dell'obiettivo e da un eccesso di semplificazione che sottovaluta il necessario impegno di governi e parti sociali per garantirne l'implementazione. L'A. rileva infine, criticamente, il silenzio del Libro Verde sul versante del diritto collettivo del lavoro, riconducibile, tuttavia, alla estraneità di tale materia rispetto alle competenze della Comunità e dei suoi organi.

Observations on the Green Paper (Article in Italian) – Summary. *This paper argues that the European Commission Green Paper advocates a model of liberalism conditioned by social values by means of legislation no longer aimed at the protection of existing jobs but at promoting employability. In this framework, the term «worker» takes on a wider meaning, to include those in search of employment, but also those who engage in work on a voluntary basis, with the result that work is seen as something of value in itself and not simply a means of subsistence. The author argues that the Green Paper is worthy of attention as it sees as the focus of a new (market-oriented) labour law the process of transition from one employment status to another, and considers the possible legal consequences, above all the liberalisation of dismissal procedures. A more rational and fairer distribution of employment protection should be seen as a positive factor for the expansion of employment that is a source of satisfaction for the worker. In concluding the analysis, the author highlights the limits of the Green Paper, in particular the ambitious nature of its objectives, and the degree of oversimplification that fails to fully underline the commitment required of governments and the social partners that is necessary for its implementation. Finally, in critical vein, the author notes the lack of attention in the Green Paper to collective labour law, that in all probability is due to the fact that this matter does not fall within the remit of the EU and its institutions.*

Prospettive di attuazione del Libro Verde della Commissione Europea: il caso italiano

Giuseppe Ferraro

Sommario: **1.** La dottrina italiana di fronte al Libro Verde. – **2.** Le trasfigurazioni del lavoro. – **3.** La filosofia del Libro Verde. – **4.** Le transizioni professionali. – **5.** Le principali obiezioni. – **6.** La revisione del concetto di lavoro subordinato. – **7.** Le linee di evoluzione della legislazione italiana.

1. Come era prevedibile, l'impostazione di fondo che ha ispirato il recente Libro Verde presentato dalla Commissione Europea, dal titolo *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, ha suscitato vivaci critiche da buona parte della dottrina lavorista ed anche accorati rimpianti per documenti comunitari ben più sofisticati, come il *Libro Bianco* di Delors o il Rapporto predisposto dalla Commissione Supiot nel 1999. Tuttavia, al di là di valutazioni critiche su punti specifici, a me sembra che il documento manifesti un opportuno realismo rispetto a taluni processi in atto, almeno in parte sottraendosi alla retorica dei documenti comunitari che si ostinano a disegnare dei mondi fiabeschi in cui è possibile conciliare esigenze antitetiche al di fuori di qualunque compatibilità finanziaria. Il documento invece prende atto di un processo di flessibilizzazione progressivamente crescente che ha investito l'intero mondo lavorativo e che rischia di erodere l'area del lavoro stabile e garantito, anche per effetto dell'allargamento della Comunità a Paesi economicamente ancora arretrati e con un costo del lavoro fortemente competitivo, e mostra allo stesso tempo ampia consapevolezza della inadeguatezza delle categorie classificatorie e dei corrispondenti regimi di tutela sviluppatasi in una diversa congiuntura storica ed economica, che possono determinare delle barriere artificiali rispetto ai processi in corso ed impedire di elaborare delle risposte di carattere globale ed unificante. Esso si colloca in una fase di post-flessibilità «classica», in cui la deregolazione investiva un'area marginale e complementare del mondo del lavoro e si poneva quindi come un fenomeno meramente derogatorio, e descrive piuttosto una fase in cui i lavori flessibili intaccano progressivamente i lavori stabili, anche per gli effetti di sostituzione e di ricambio generazionale, il che determina una incessante mobilità sul mercato del lavoro con continue fasi di transizione da un lavoro ad un altro. Sicché il documento si pone realisticamente il problema di un rimesco-

* Giuseppe Ferraro è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi Federico II di Napoli.

lamento delle regole del gioco e di una riunificazione dei diversi mercati del lavoro, anche a costo di una riduzione delle tutele e delle garanzie tradizionali dell'area protetta.

Rispetto a simili prese di posizione i giuslavoristi continuano a replicare con il sentimentalismo dei valori perduti invece di impegnarsi a leggere il mercato del lavoro nelle sue dinamiche reali ed a proporre soluzioni anche marcatamente innovative.

2. Come infatti la maggior parte delle elaborazioni economiche e sociologiche conferma, la internazionalizzazione dei sistemi di produzione ha comportato un rafforzamento del capitale rispetto agli interessi dei lavoratori ed ha determinato quel fenomeno suggestivamente descritto del capitalismo mobile, versatile o liquido, che è in grado di muoversi con estrema rapidità da un posto ad un altro andando a scegliersi i lavoratori là dove sono più economici e meno organizzati sotto il profilo sindacale ⁽¹⁾. Seppure è vero che il fenomeno non ha carattere generalizzato ed è stato forse eccessivamente enfatizzato in alcuni periodi ⁽²⁾, non c'è dubbio che le prospettive future, che ormai nitidamente si intravedono, esaltano le possibilità di scelta delle imprese e le varie opzioni organizzative adottabili, accentuando, ad esempio, gli investimenti in capitali fissi a discapito della manodopera, oppure spostando alcune produzioni elementari da un territorio ad un altro, o ancora frazionando i processi produttivi attraverso figure imprenditoriali più o meno artificiose e fittizie. Insomma si può dire, con un'accreditata dottrina sociologica, che «il rapporto tra capitale e lavoro non è più simmetrico, ovvero non vi è più dipendenza reciproca. Da reciproca la dipendenza è divenuta unilaterale. Mentre chi è alla ricerca di un'occupazione resta, come in passato, legato all'ambiente in cui vive, senza potersi trasferire altrove, e la sua sopravvivenza dipende quindi in larga misura dalla creazione di posti di lavoro locali, i capitali al contrario possono oggi spostarsi senza limitazioni, senza badare più di tanto alle distanze ed alle frontiere degli Stati che si ergono sulla loro via» ⁽³⁾.

In tale contesto, come ci viene ossessivamente ricordato, il lavoro come elemento strutturale della vita delle persone tendenzialmente stabile e continuativo tende sempre più a diradarsi a favore di esperienze lavorative poliedriche, variabili e modulari, con una frequente trasmigrazione da periodi di impegno lavorativo a periodi di inattività lavorativa. L'instabilità, la precarietà, la frammentarietà investono non solo il mondo variopinto degli atipici e dei lavoratori pseudo-autonomi ma coinvolgono il mondo del lavoro nella sua globalità al punto da travalicare la classica ripartizione tra gli *insiders* e gli *outsiders*, giacché la c.d. precarizzazione

⁽¹⁾ Cfr. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Edizioni Laterza, 2002 e più recentemente ID., *Lavoro, consumismo e nuove povertà*, Città Aperta Edizioni, 2005; R. SENNETT, *L'uomo flessibile*, Feltrinelli, Milano, 1999; U. BECK, *Vivere nella società del rischio globale*, in *RDSS*, 2007, n. 1, 1 ss.

⁽²⁾ S. SACCHI, *Mercato del lavoro e welfare state: che cosa la globalizzazione (non) implica*, in *Biblioteca della libertà*, XXXVI, 161, 2001, 45 ss.

⁽³⁾ U. BECK, *op. cit.*

riguarda ormai da tempo anche i soggetti inquadrati stabilmente in una solida realtà imprenditoriale ⁽⁴⁾.

Le società occidentali evolute sono attraversate da uno scontro ormai strutturale tra le forze, prevalentemente economiche, che premono per rendere sempre più flessibili le prestazioni di lavoro fino ad espugnare anche le aree più garantite e le forze, prevalentemente politiche, che premono per conservare il sistema di sicurezza costruito nel corso del Novecento e per preservare quello che tradizionalmente viene rappresentato come modello sociale europeo. Ma lo scontro è impari e l'esito sembra abbastanza scontato.

La direzione di marcia dello sviluppo futuro ci viene segnalata da un'ampia letteratura sociologica abbastanza univoca nelle indicazioni di fondo, anche a non volere prendere troppo sul serio le ricostruzioni più catastrofiste sulla scomparsa delle forme tradizionali di produzione manifatturiera e sulla fine del lavoro. È sufficiente del resto guardarsi intorno per registrare i fenomeni di ristrutturazione ormai permanente della medio-grande impresa con massicce operazioni di espulsione di manodopera e frequenti ricambi generazionali (che evocano l'immagine schumpeteriana del «turbine incessante della distruzione creatrice» «come fatto essenziale del capitalismo»), ovvero i processi di deindustrializzazione di interesse aree geografiche, per non parlare poi della intrinseca fragilità delle piccole imprese, tradizionalmente soggette ad elevata volatilità.

Tutto ciò ha modificato profondamente la condizione di vita di ampie masse di lavoratori, ha ribaltato antiche gerarchie sociali e professionali che sembravano radicate, ha favorito forme diffuse di proletarizzazione anche di alcuni ceti intellettuali, ha intaccato persino lavori che sembravano privilegiati (si pensi a quelli dei dirigenti, dei bancari, degli operatori finanziari, ecc.) ⁽⁵⁾.

In questo contesto soltanto nell'indagine dei giuristi continua ad esistere una precisa linea divisoria tra una realtà stabile, coesa, garantita e protetta, la c.d. aristocrazia del mondo del lavoro, ed una realtà, diametralmente opposta, instabile, precaria, insicura, quando piuttosto è vero che ormai l'incertezza e l'instabilità hanno investito l'intera società occidentale che non a caso viene rappresentata come la società del rischio globale ⁽⁶⁾.

L'unica area effettivamente protetta rimane quella del settore pubblico ove viene tuttora assicurata una solida stabilità in un contesto non a caso disimpegnato ed inefficiente. Ma questa, com'è noto, è una realtà autarchica sottratta alle drastiche leggi dell'economia e risponde a logiche prevalentemente politiche di contendersi una solida base di consensi elettorali nell'ambito del ceto medio.

3. In presenza dei richiamati fenomeni, vediamo allora di mettere meglio a fuoco la *filosofia di fondo* che ispira il documento in esame e gli obiettivi concretamente perseguiti al di là dei vari quesiti, semmai retorici e non sempre limpidamente

⁽⁴⁾ T. BOERI, P. GARIBALDI, *Regimi di protezione dell'impiego: implicazioni teoriche e indicazioni dalle riforme in atto in Italia*, in *Sociologia del Lavoro*, n. 90, 42 ss.; E. REYNERY, *Luoghi comuni e problemi reali del mercato del lavoro italiano*, in *DLM*, 2006, 1 ss.

⁽⁵⁾ A. ACCORNERO, *San Precario lavora per noi*, Rizzoli, Milano, 2006; L. GALLINO, *Se tre milioni vi sembrano pochi*, Einaudi, Torino, 1998.

⁽⁶⁾ U. BECK, *op. cit.*

concepiti. L'obiettivo preminente sembra quello di favorire una riaggregazione delle forme di impiego del lavoro ed anche una semplificazione delle stesse, consentendo così un migliore equilibrio nel rapporto *insiders-outsiders*, e contrastando le prassi elusive, legittime o illegittime che siano, che determinano forti sperequazioni nel mercato del lavoro. L'impostazione non è affatto innovativa ed è stata ampiamente preannunciata nel dibattito italiano dalle riflessioni di autori importanti, come Biagi ed Ichino, che già avevano messo a nudo gli insopportabili squilibri del mercato del lavoro e le rigidità che precludono uno sviluppo produttivo più intenso ed armonioso. In un certo senso l'adesione a tale elaborazione in un documento comunitario rappresenta una rivincita nei confronti di coloro che avevano severamente bollato certe prospettazioni giudicandole *ora* semplicemente avanguardiste *ora* reazionarie. Non può sfuggire la tensione ideale che induce a spalmare le forme di tutela su una più vasta platea di destinatari, anche a costo di una revisione di alcuni istituti giudicati, a torto o a ragione, eccessivamente protettivi. Nella prospettiva richiamata assume un significato qualificante una revisione radicale, complessiva e contestuale dei trattamenti di tutela, in particolare di quelli previsti per il lavoro *standard*, che comporti anche interventi incisivi su aspetti strategici della normativa, quale in particolare l'organizzazione del lavoro, gli orari di lavoro e le procedure di mobilità in uscita. Insomma sembra che il Libro Verde voglia favorire uno spostamento dell'asse gravitazionale del Diritto del lavoro dalle politiche di flessibilità concentrate sulle tipologie contrattuali in entrata, che hanno contraddistinto la più recente legislazione del lavoro, a quelle che invece ruotano su una maggiore elasticità organizzativa e che consentono processi di espulsione della manodopera nelle fasi critiche del ciclo economico.

È evidente che in questa prospettiva è sottintesa una critica sin troppo severa nei confronti del Diritto del lavoro che, così come concepito in molti ordinamenti nazionali, può costituire un fattore ostativo, *sia* nei confronti dei necessari processi di trasformazione ed evoluzione produttiva, *sia* con riferimento alle esigenze di mobilità della manodopera. Il Diritto del lavoro del Novecento sembra il principale accusato nel momento in cui inizia una nuova fase regolamentare ed in cui si ritiene che la legislazione del lavoro debba essere finalizzata ad obiettivi più ampi e complessi di quelli che si traducono nella mera protezione del lavoratore dipendente quale soggetto economicamente e contrattualmente debole. Anche se non si può non rilevare un sovraccarico di responsabilità imputato alla legislazione del lavoro, il cui peso e la cui funzione vengono evidentemente sopravvalutati ⁽⁷⁾ giacché, così come non può essere considerata la causa di tutte le distorsioni del mercato del lavoro, non può essergli nemmeno assegnato un compito preminente nel disegnare nuovi scenari di sviluppo e di emancipazione sociale.

4. L'obiettivo preminente che traspare da una tale revisione regolamentare è prioritariamente quello di favorire *le transizioni professionali* e cioè una maggiore mobilità dei lavoratori nel mercato del lavoro, in una dimensione che in parte prescinde dall'ottica locale o nazionale e tiene conto della libera circolazione dei

⁽⁷⁾ O. KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, Stevens & Sons, Londra, 1972.

lavoratori e dei servizi in ambito europeo. Lo scenario è quello di una realtà sociale in cui è più facile trovare occupazione, ma anche perderla, per ragioni aziendali o per esigenze personali, senza che ciò determini traumi intollerabili e senza che precluda la possibilità di costruirsi una vera e propria carriera e di mantenere un elevato livello di aggiornamento professionale, che favorisca anche una maggiore permeabilità tra molteplici esperienze lavorative sino a forme di autoimpiego e di lavoro associativo.

Una tale politica richiede evidentemente dei forti meccanismi compensativi che vengono disegnati in due direzioni qualificanti: *da una parte* in quella di favorire una più autentica politica attiva del lavoro *sia* in materia occupazionale *sia* nella realizzazione di una formazione permanente, e *da un'altra parte* nella prospettiva di una revisione radicale dei sistemi di welfare quali si sono venuti a strutturare sino ad ora e che in buona parte riflettono le stesse disparità e disuguaglianze rilevabili nel mondo del lavoro. È quest'ultima senza dubbio la sfida più suggestiva, che si traduce in una revisione spesso radicale, se non rivoluzionaria, dei sistemi di protezione sociale vigenti in Europa, e che presuppone un ruolo attivo dello Stato nella costruzione di una rete protettiva generale, ispirata a principi universalistici e solidaristici, che consenta di tutelare i lavoratori in tutte le fasi delle loro vicende lavorative, garantendo così quella sicurezza e quella stabilità che sino ad ora è stata assicurata in buona parte dalla rigidità dei processi organizzativi. Una tale prospettiva evolutiva emerge ormai nitidamente nei vari documenti comunitari ed è alla base di un ampio dibattito registrabile negli Stati nazionali ove già si rilevano timidi tentativi di muoversi in quella direzione ancorché tra molte resistenze e contraddizioni.

5. Tuttavia la prospettiva di ridisegnare i principi ispiratori dello Stato sociale in una logica universalistica, che garantisca stabilità e sicurezze a tutti i lavoratori a prescindere dai rapporti negoziali intercorrenti con le imprese e che favorisca quindi una maggiore dinamicità produttiva ed occupazionale, va incontro ad almeno *quattro obiezioni di principio* che in forme spesso traslate si ripropongono costantemente nel dibattito in materia.

La *prima obiezione*, di tipo politico-istituzionale, rileva che un rinnovato ruolo interventista degli stati nazionali sembra contraddire la tendenza ad una maggiore liberalizzazione delle economie e ad interventi regolamentari più snelli e meno impositivi. Ed invero un accentuato liberalismo di mercato difficilmente si può coniugare con una politica statalistica di programmazione e di intervento, che presuppone anche Governi forti e ampiamente rappresentativi.

La *seconda obiezione*, strettamente connessa alla prima, è di matrice tipicamente economicistica e si esprime nell'evidenziare i costi particolarmente elevati che una tale politica comporta, difficilmente compatibili con sistemi fiscali già molto elevati e con i pesanti deficit pubblici che gravano sulle principali economie occidentali.

Una *terza obiezione* ha invece una matrice politico-sindacale, ed esprime preoccupazioni per la tenuta del sistema di relazioni industriali, giacché è evidente che una revisione radicale della legislazione del lavoro correlata ad un riassetto dello stato sociale può avere effetti squilibranti nei confronti del potere sindacale tradi-

zionalmente concentrato a rappresentare in via preminente gli interessi del lavoro stabile e garantito e dei pensionati per così dire tradizionali.

La *quarta obiezione* potrebbe essere definita di ordine sociologico e si traduce in una contestazione radicale dell'idoneità del riassetto ipotizzato rispetto ai fini perseguiti, atteso che è frequente e persino ridondante il rilievo che ad una maggiore liberalizzazione delle relazioni di lavoro non corrisponde necessariamente né una maggiore occupazione né un maggiore sviluppo produttivo.

Si tratta di obiezioni niente affatto trascurabili, e tuttavia non decisive, che se possono rallentare un processo di revisione della legislazione del lavoro ed un riassetto degli attuali sistemi di welfare, difficilmente possono impedire una direttrice di marcia che sembra ormai inevitabilmente delineata e che inizia a trovare già una qualche articolazione tecnica e concettuale nei più recenti documenti comunitari (si veda in particolar modo la recente comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo del 27 giugno 2007 intitolata verso principi comuni di flessi-sicurezza).

6. In qualche modo consustanziale ai processi descritti si presenta anche il tema di *una revisione del concetto di lavoro subordinato* e del sistema protettivo che attorno ad esso si è andato a strutturare. È ormai da tempo che la fattispecie contrattuale tipica di impiego e di utilizzazione del lavoro altrui, in varie fogge diffusa nei vari ordinamenti nazionali, si presenta sotto tensione a causa dei radicali mutamenti sociologici che ne hanno contraddistinto la nascita e l'evoluzione. Alla unitarietà e tipicità del modello di lavoratore dipendente occupato in una fabbrica tradizionale corrisponde oggi la varietà di rapporti che si dispiegano nella società contemporanea, che presentano sistemi negoziali, modalità di svolgimento e stili di vita anche molto eterogenei.

Il Libro Verde si ispira ad una operazione di semplificazione della fattispecie tipica, che consenta di superare le incrostazioni storiche che contraddistinguono alcune definizioni nazionali e la varietà definitoria concretamente rilevabile nei diversi ordinamenti nazionali anche al fine di assumere una protezione ed una mobilità orizzontale e transazionale. Insomma una definizione di lavoro dipendente depurata da elementi contingenti o di contesto, semplificata nella sua struttura interna, tale da comprendere tutte le forme di messa a disposizione delle energie lavorative a favore di terzi in via più o meno coordinata e continuativa.

Una tale formula allargata di subordinazione ha una intrinseca potenzialità unificante, tale da comprendere non solo le forme tradizionali di impiego, ma anche quelle improprie e/o fraudolente, e persino quelle collocate in zone grigie, come almeno in parte devono considerarsi le collaborazioni coordinate e continuative ed i rapporti ispirati dal perseguimento di determinati risultati progettuali.

La prospettiva non è affatto arbitraria, e neppure del tutto originale, anzi in qualche modo rievoca l'elaborazione di una non più recente dottrina⁽⁸⁾ che, nel nostro Paese, dopo avere rigorosamente contestato i vari elementi per così dire sintomatici della subordinazione, ha individuato il tratto tipico e qualificante del lavoro dipendente nella messa a disposizione delle energie lavorative a favore di

⁽⁸⁾ E. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 1969; U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1995.

terzi. Elaborazione che si è progressivamente arricchita con quella, apprezzata anche dalla Corte Costituzionale, che ha più volte segnalato il relativismo dei criteri sintomatici o indiziari, e persino del criterio della eterodirezione, legato ad una impostazione gerarchica dell'organizzazione del lavoro, per concentrare piuttosto l'attenzione sull'elemento della alienità, che costituisce un tratto tipico ed in qualche modo esclusivo del lavoro dipendente contraddistinto sempre da un'estraniamento del lavoratore rispetto all'organizzazione produttiva ed agli obiettivi dalla stessa perseguiti ⁽⁹⁾.

La lungimiranza di tale dottrina non è stata sempre apprezzata nel dibattito lavoristico italiano, probabilmente per la forte matrice acontrattualistica (e inconsapevolmente istituzionalista) che l'ha ispirata, tale da farla apparire in qualche modo eterodossa rispetto alle categorie classificatorie che hanno improntato la dogmatica civilistica. E tuttavia quella dottrina rivela, al cospetto delle suggestioni europee, una sua incredibile attualità, perché consente di trascendere la distinzione in gran parte ormai artificiosa tra il lavoro subordinato e quello autonomo e di ricostruire una disciplina protettiva in qualche modo unificante per quelle posizioni lavorative accomunate da uno stato di subalternità economico, tecnico-giuridico ed altresì contrattuale.

Il che non vuole trascurare l'opportunità di preservare una disciplina peculiare per il lavoro autonomo, che al suo interno ha anche un'elevata dinamicità e che a sua volta si presenta in forme nuove e spesso molto articolate. Ciò nondimeno la disciplina del lavoro autonomo deve essere ricostruita all'esterno di una nozione allargata di lavoro dipendente e con una impostazione fortemente tipologica e selettiva che disegni le varie forme di impiego ed i relativi regimi di tutela.

7. A questo punto dell'indagine sommariamente condotta viene da chiedersi quali potrebbero essere *i riflessi di una tale impostazione sulle linee di evoluzione della legislazione italiana* e se quest'ultima si muove lungo linee coerenti o contraddittorie rispetto alle tendenze sin qui delineate. A tale domanda occorre fornire necessariamente una risposta articolata, giacché è evidente che le tendenze emerse negli ultimi tempi nella legislazione italiana in parte contraddicono l'impostazione europea in parte l'assecondano.

È sicuramente contraddittoria la forte spinta a consolidare i rapporti precari, sia nel settore privato che in quello pubblico, assicurando spesso una forte stabilità nelle relazioni di lavoro che potrebbe rivelarsi artificiale o comunque provvisoria. Infatti dalla esperienza di altri Paesi emerge nettamente l'indicazione che una semplificazione delle forme di impiego ed una riduzione dei contratti a termine o comunque precari possono solo correlarsi ad una attenuazione delle rigidità organizzative e persino ad una maggiore libertà dell'impresa di procedere ai licenziamenti per ragioni economiche. L'obiettivo di concentrare le forme di impiego a favore del contratto di lavoro a tempo indeterminato, pur essendo idealmente apprezzabile, rischia di essere difficilmente integrabile con una forte rete protettiva che irrigidisce gli organici imprenditoriali e preclude quei necessari adeguamenti all'evoluzione dei mercati. A meno che non si determini un robusto inter-

⁽⁹⁾ L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in *Atti giornate di Studi Ferrara maggio 2000*, Giuffrè, 3.

vento assicurativo da parte dello Stato, come avvenuto nella storia nazionale neppure tanto recente, attraverso interventi massicci della Cassa integrazione a sostegno dei settori più impegnati nella competizione nazionale ed internazionale. Ma se sembra difficile che possa riprodursi un processo redistributivo di quella entità, è anche difficile pensare che il legislatore italiano possa nuovamente intervenire su una materia incandescente quale quella dei licenziamenti, pur essendo alquanto diffusa la convinzione che la disciplina attualmente vigente in materia di licenziamenti collettivi per riduzione di personale sia artificiosa e burocratica e sostanzialmente volta a rendere i licenziamenti pressoché impossibili.

Sul versante opposto emerge una diversa tendenza a ridisegnare il sistema di protezione dei rapporti precari attraverso interventi che consentano di tutelare i lavoratori nei periodi di maggiore instabilità lavorativa e di favorire la formazione di una tutela pensionistica in una misura almeno tollerabile. In questa direzione si muovono, *sia* le varie forme assicurative previdenziali che coinvolgono il lavoro precario, *sia* il progressivo aumento contributivo e fiscale a carico dei lavori coordinati e continuativi, *sia* le varie tecniche previdenziali di valorizzazione dei periodi lavorativi ai fini della maturazione del diritto a pensione (riscatto dei periodi di laurea, ricongiunzione, totalizzazione, anzianità figurative, ecc.).

Si tratta di timidi tentativi di revisione del sistema previdenziale concepiti ancora in un'ottica parziale e settoriale, che in qualche modo vorrebbero porre rimedio ad un sistema previdenziale calibrato sulla tutela del lavoro stabile, e che ancora mantiene una tale filosofia di ispirazione, come può desumersi dalla progressiva generalizzazione del sistema contributivo di calcolo delle pensioni, che sembra concepito apposta per proteggere il lavoratore che gode di una continuità lavorativa. Là dove è evidente che occorre un impegno progettuale molto più ampio, che consenta di ridisegnare globalmente i principi del sistema di protezione sociale, ispirato non solo ad una logica solidaristica ed universalistica, ma anche da una logica per così dire compensativa o risarcitoria volta a fornire maggiori protezioni e tutele supplementari ai lavori più fragili e precari, trasferendo così in qualche modo i costi della flessibilità, in certa misura ineluttabile, sulla fiscalità generale.

Prospettive di attuazione del Libro Verde della Commissione Europea: il caso italiano – Riassunto. *L'A. muove da una panoramica sulla dottrina italiana di fronte al Libro Verde, rilevando come a fronte dell'opportuno realismo della Commissione europea rispetto al processo di flessibilizzazione crescente, i giuslavoristi continuano a replicare con il sentimentalismo dei valori perduti. Tale atteggiamento, infatti, condizionato dall'immagine del lavoro come elemento strutturale della vita delle persone tendenzialmente stabile e continuativo non appare, se non nel solo settore pubblico, rispondente alla realtà là dove appaiono sempre più frequenti esperienze lavorative poliedriche, variabili e modulari, con una frequente trasmigrazione da periodi di impegno lavorativo a periodi di inattività lavorativa. L'obiettivo preminente del Libro Verde è favorire una riaggregazione delle forme di impiego del lavoro ed una semplificazione delle stesse verso un migliore equilibrio nel rapporto insiders-outsiders e contro prassi elusive che determinano forti sperequazioni nel mercato del lavoro, favorendo in particolare le transizioni professionali. A fronte di una valutazione complessiva della politica individuata dalla Commissione con riferimento ai forti meccanismi compensativi presupposti, l'A. ricorda le obiezioni di principio, di natura istituzionale, economica, politico-sindacale, che vengono costantemente riproposte nel dibattito sulla materia. L'A. si sofferma quindi, in particolare, sulla prospettiva di fondo adottata dalla Commissione verso una definizione di lavoro dipendente depurata da elementi contingenti o di contesto, semplificata nella*

sua struttura interna, tale da comprendere tutte le forme di messa a disposizione delle energie lavorative a favore di terzi in via più o meno coordinata e continuativa. All'esito dell'analisi, l'A. si interroga sui possibili riflessi di una tale impostazione rispetto agli orientamenti possibili della legislazione italiana e se quest'ultima si stia muovendo lungo linee coerenti ovvero contraddittorie rispetto alle tendenze precedentemente individuate.

Prospects for implementation of the Green Paper of the European Commission: the Italian case (Article in Italian) – Summary. *This paper begins with an overview of the response to the Green Paper by legal scholars in Italy, highlighting the fact that in contrast with the realism of the European Commission concerning the dissemination of flexible working arrangements, labour law scholars continue to support a sentimental view based on outdated values. Only in the public sector does this approach (conditioned by a conception of work as the structural element of the life of the individual that tends to be stable and characterised by continuity) appear to reflect a society in which working life tends increasingly to be characterised by a wide variety of experiences, subject to change over time, with an alternation between periods of employment and periods away from employment. The key objective of the Green Paper is to favour the combination of various forms of employment, with a simplification of employment procedures, in order to move beyond the disparity between insiders and outsiders, to combat fraudulent practices associated with profound inequality in the labour market, and to favour the transition between occupations. In attempting an overall assessment of the policies advocated by the Commission, with reference to the compensatory mechanisms proposed, the author examines the objectives based on principle, of an institutional, economic, political and trade-union nature, that are constantly put forward in the debate on these issues. The author focuses in particular on the long-term objective of the Commission, to move towards a definition of salaried employment that is freed from contingent factors, with a simplified structure, so that it encompasses all the forms in which labour is made available to others in a more or less coordinated and continuous manner. In concluding the analysis, the author examines the possible repercussions of this approach on legislative provisions in Italy, and considers whether the Italian legal framework is developing in a consistent or a contradictory manner in relation to the trends outlined.*

Il diritto del lavoro europeo. Le sfide del XXI Secolo

Mario Grandi

Sommario: **1.** Considerazioni introduttive. – **2.** Il falso dilemma tra politiche sociali e diritti sociali fondamentali. – **3.** La dimensione della sussidiarietà orizzontale: il ruolo della contrattazione collettiva. – **4.** La politica dell'impiego e la flessibilità dei rapporti di lavoro. – **5.** Le probabili risposte del diritto del lavoro europeo alle sfide del XXI Secolo.

1. Premetto una chiarificazione preliminare sul tema che intendo trattare. Che cosa si intende per «diritto del lavoro europeo»? La formula ha un duplice significato, se considerata nell'ottica dell'ordinamento comunitario, che regola il processo di integrazione economica e politica dell'Europa. Da un lato, il «diritto del lavoro europeo» designa il diritto degli ordinamenti del lavoro degli Stati membri dell'Unione Europea (il diritto del lavoro *nell'Unione Europea*); dall'altro, con questa formula, si intende il diritto del lavoro comunitario, cioè il diritto del lavoro risultante dalle norme dei Trattati, dalle norme derivate e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (il diritto del lavoro *dell'Unione Europea*). La dimensione nazionale del diritto del lavoro, benché sovente si alluda, come linea di tendenza, a processi di «denazionalizzazione» degli ordinamenti del lavoro, assume una posizione prioritaria nel diritto di Trattati e nelle politiche sociali dell'Unione. La priorità dei diritti nazionali risulta dall'articolo 140 del Trattato di Nizza, che limita i poteri della Commissione ad una mera azione di incoraggiamento della cooperazione e di facilitazione del coordinamento nella materia riguardante «il diritto del lavoro e le condizioni di lavoro». Nella stessa ottica si pone l'articolo 137, che, per il conseguimento degli obiettivi di politica sociale previsti dall'articolo 136, limita l'azione della Comunità ad interventi di «sostegno e di completamento», tramite direttive, dell'azione degli Stati membri. È a questa dimensione del «diritto del lavoro europeo» che si rivolge il recente Libro Verde della Commissione (Bruxelles, 22 novembre 2006 COM(2006)708 definitivo) dal titolo *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI Secolo*; questa stessa dimensione, in una prospettiva interdisciplinare di confronto comparatistico, era stata considerata nel Rapporto finale del gruppo di esperti, presieduto dal collega francese A. Supiot (autore anche del predetto Rap-

* *Mario Grandi è professore emerito dell'Università di Bologna «Alma Mater Studiorum» e docente della Scuola di alta formazione in Relazioni industriali e di lavoro di Adapt e della Fondazione Marco Biagi.*

porto), dal titolo *Trasformazioni del lavoro e divenire del diritto del lavoro in Europa* del 1998 ⁽¹⁾. Si tratta di documenti e di studi che assumono, come approccio analitico, le dinamiche del diritto del lavoro o di aspetti specifici del diritto del lavoro negli ordinamenti dei Paesi europei, con l'intento di individuare, sia a livello nazionale che a livello sopranazionale, aree comuni di intervento attivo delle normative nazionali o comunitarie.

Ma vi è un'altra dimensione del «diritto del lavoro europeo» di non minore importanza ed effettività, che è la dimensione comunitaria in quanto tale, cioè il diritto del lavoro dell'Unione Europea. Intendo per «diritto del lavoro dell'Unione Europea» quel *corpus* di norme e di principi che può essere ricostruito sulla base delle sue fondamentali direttive interne, desumibili, per via d'interpretazione dei testi comunitari, da alcuni nuclei normativi caratterizzanti e da alcune enunciazioni programmatiche o di principio ⁽²⁾. Si tratta di un ordinamento normativo sopranazionale dotato di una propria autonomia di principi d'orientamento (o di direttive ispiratrici) nel quadro generale del diritto comunitario, che può configurarsi come ordinamento normativo complesso (costituito da varie categorie di norme: di diritto internazionale [norme costitutive] e di diritto comunitario derivato [interno ed esterno]), dotato di meccanismi autonomi di attuazione e di sanzione [anche sul piano giudiziario]).

Contro questa tesi, che ha oggi il conforto di un sistema di diritti fondamentali anche nel campo sociale (come risulta dal richiamo, nell'articolo 136 del Trattato di Nizza, ai diritti sociali fondamentali previsti dalla Carta sociale europea e dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 nonché, seppur non richiamata, dalla Carta di Nizza), non è argomento decisivo il fatto che il «diritto del lavoro comunitario» assolve ad un ruolo secondario, di «sostegno e di completamento» dell'azione degli Stati membri (come recita l'articolo 137, § 1, del Trattato). Non è la funzione operativa di un ordinamento, che decide della sua autonomia (questo aspetto riguarda il grado di integrazione tra l'ordinamento sovranazionale e gli ordinamenti nazionali), ma soltanto la qualità e la coerenza interna delle sue norme e delle sue istituzioni. D'altra parte, vi sono competenze comunitarie, che hanno natura esclusiva e, quindi, preminente rispetto alla sovranità degli Stati (come in tema di libera circolazione dei lavoratori), mentre la clausola «costituzionale» di sussidiarietà (articolo 5 del Trattato) ⁽³⁾ consente al potere comunitario di sostituirsi, al potere degli Stati (senza con ciò alterare la divisione delle competenze) nelle ipotesi in cui gli obiettivi dell'azione prevista possono essere meglio realizzati a livello sovranazionale.

2. È ben noto che, fin dalla sua costituzione, la Comunità economica europea, seconda la sua ispirazione liberale, ha affidato il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro nonché la loro parificazione nel progresso al funzionamento del mercato comune (cfr. ora l'articolo 136 del trattato di Amsterdam), assegnando

⁽¹⁾ Cito l'edizione francese del Rapporto dal titolo *Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Luxembourg, 1999, 1 ss. Nel gruppo di esperti non figura nessun giuslavorista italiano.

⁽²⁾ Mi permetto di citare il mio scritto *Diritto del lavoro e Comunità Europea*, in *RIDL*, I, 1995, 133 ss.

⁽³⁾ Sul punto cfr. M. NAPOLI (a cura di), *Principio di sussidiarietà. Europa. Stato sociale*, Vita e Pensiero, Milano, s.d. (2003), 3 ss.

all'azione sociale, riservata prioritariamente agli Stati membri, un ruolo di dipendenza dai processi di integrazione economica. Con l'evoluzione successiva dell'ordinamento comunitario (ricordo le tappe più significative di questa evoluzione: l'*Atto unico europeo* [1986], il *Trattato di Maastricht* e l'annesso *Protocollo sulla politica sociale* [1992] il *Trattato di Amsterdam* [1998], il *Trattato di Nizza* [2002]) con la «carta dei diritti fondamentali» e, da ultimo, con il *Trattato costituzionale europeo* [che, però, non è entrato in vigore, non essendo stati depositati tutti gli strumenti di ratifica secondo quanto previsto dall'articolo IV-437 del predetto Trattato]), la «dimensione sociale» del mercato unico europeo ⁽⁴⁾ ha assunto una importanza crescente nel quadro delle politiche di integrazione, tenuto fermo il principio «costituzionale» della concorrenza di competenza tra potere comunitario e potere degli Stati membri. Questa evoluzione ha di fatto portato al rafforzamento dell'azione comunitaria anche nel campo sociale a causa di un accresciuto attivismo delle istituzioni comunitarie, dell'estensione delle ipotesi di voto a maggioranza qualificata del Consiglio, dell'ampliamento delle competenze della Comunità per effetto del diritto dei Trattati (e, talora, delle sentenze della Corte di Giustizia).

Nonostante questa evoluzione (su alcuni aspetti della quale mi soffermerò in seguito), alcuni settori del diritto del lavoro europeo, più inclini a segnalare le carenze che a porre in luce le opportunità del processo di integrazione, animati da un certo spirito critico nei riguardi di una politica sociale europea non sempre dotata di strumenti normativi chiari e coerenti, hanno posto una questione, che merita qualche parola di commento. La questione riguarda l'alternativa tra diritti sociali fondamentali e politiche sociali, nel senso che una politica sociale europea, che non voglia dipendere da logiche di mercato, ha bisogno di un quadro «costituzionale» di diritti sociali fondamentali, che ne orienti la direzione e lo sviluppo ⁽⁵⁾. Non bastano le azioni di politica sociale, poiché queste, nella logica attuale dei Trattati, subiscono il condizionamento delle altre politiche di integrazione (della politica economica e monetaria, della politica dell'impiego [che prevede nuove competenze della Comunità in base alle norme del Titolo VIII del Trattato di Amsterdam], delle altre politiche di integrazione dello spazio unico di mercato). Occorre, pertanto, assicurare – secondo questo punto di vista – una priorità incondizionata di diritti sociali fondamentali, che non possono essere strumentalizzati in funzione delle politiche di mercato e della concorrenza (comprese le politiche dell'impiego).

In realtà, tra le due strategie – quella dei diritti sociali fondamentali e quella delle politiche sociali – non vi è un rapporto di alternativa, ma piuttosto di complementarità. Occorre vincere l'illusione, che è frutto di un positivismo giuridico legalista, che basti un *floor of rights* a livello di «costituzione» europea per assicurare una base solida ad un diritto del lavoro sovranazionale, se poi l'effettività dei diritti e la loro concretizzazione non sono sostenute da adeguate politiche e risorse

⁽⁴⁾ Cfr. M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia, s.d. (2000), 3 ss.; cfr. anche AA.VV., *Trattato di Amsterdam e dialogo sociale europeo*, Giuffrè, Milano, s.d. (1998), 3 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. M. RODRIGUEZ PIÑERO, E. CASAS, *In Support of European Constitution*, in AA.VV., *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 23 ss.

istituzionali ⁽⁶⁾. Si sa che i diritti sociali fondamentali sono per lo più enunciazioni astratte di principi (sono norme senza fattispecie) ⁽⁷⁾, che rinviano ad un momento successivo la loro concretizzazione; essi hanno la funzione di orientare l'azione normativa e di ottimizzarne i risultati; richiedono, per diventare effettivi, la mediazione di fatti normativi concreti, senza dei quali si risolvono in mere prospettive di senso e di valore. Occorre rammentare, però, che in uno Stato di diritto, i diritti sociali fondamentali non possono essere intesi in senso polemico o estremistico; essi non hanno soltanto una funzione promozionale, ma anche un valore di delimitazione delle garanzie sociali. Per assicurare l'effettività del diritto del lavoro comunitario, che è soggetto inevitabilmente all'impatto delle politiche economiche e di mercato (compreso il mercato del lavoro) ⁽⁸⁾, occorrono anche politiche e risorse istituzionali, sia a livello sovranazionale che a livello nazionale e subnazionale. Non si vuol negare l'importanza di una carta di diritti sociali fondamentali a livello europeo (benché finora si sia trattato per lo più di una astratta operazione dottrinale); si vuol soltanto sottolineare la sfasatura che si verrebbe a creare, nell'azione pubblica concreta della Comunità, tra le aspettative connesse all'attuazione di tali diritti e gli strumenti istituzionali atti a renderli operativi nei rapporti intracomunitari e negli ordinamenti nazionali.

Proprio con riferimento a questo ultimo aspetto, una carta di diritti, affidati alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, porrebbe il problema del loro impatto sugli ordinamenti costituzionali nazionali, che prevedono per lo più analoghi diritti (ricordo che il diritto comunitario prevale sui diritti degli Stati membri, salvi i diritti delle persone costituzionalmente garantiti). Potrebbero determinarsi conflitti di competenza tra l'ordinamento «costituzionale» comunitario e gli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, in considerazione anche del fatto che l'Unione Europea (e, con essa, la Comunità) non è (ancora) uno Stato federale sovrano o una confederazione di Stati; la sovranità sovranazionale è limitata dalle competenze dell'Unione ed è esercitata collettivamente dagli Stati membri. Questo concetto è chiaramente espresso nel Preambolo della Carta di Nizza dei diritti fondamentali e dall'articolo 51 della Carta medesima, che ne afferma l'applicazione agli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», precisando che essa «non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai Trattati».

Per ora, in attesa che si realizzi un più maturo disegno di «costituzionalizzazione» dei diritti fondamentali, l'Europa comunitaria deve accontentarsi di una versione debole e condizionata dei diritti sociali, quali sono quelli richiamati dall'articolo 136 del Trattato di Amsterdam con riferimento alla Carta sociale europea e alla Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e quali essi risul-

⁽⁶⁾ Cfr. T. TREU, *Diritti sociali europei: dove siamo*, in *LD*, 2000, n. 3, 29 ss.; cfr. anche A. LYON CAEN, *The legal efficacy and significance of fundamental social rights: lessons from the european experience*, in B. HEPPLER (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 182 ss.

⁽⁷⁾ Si tratta, infatti, di un diritto per principi: cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, s.d. (1992), 147 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. sul punto P. POCHE, B. VANHERCKE (a cura di), *Les enjeux sociaux de l'Union économique et monétaire*, Presse Universitaire Européennes, Bruxelles, s.d. (1998), 9 ss.

tano dalla Carta di Nizza ⁽⁹⁾ (la sovrapposizione di questi documenti comporta alcune evidenti disarmonie: ad esempio, il diritto di sciopero, che non rientra nell'ambito di competenza della legislazione comunitaria [articolo n. 137, § 5, del Trattato di Amsterdam], non è espressamente previsto dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, ma è previsto soltanto dalla Carta di Nizza [articolo 28]; così la serrata, definita come diritto dell'articolo 137, § 5, contrariamente a quanto previsto nella maggior parte degli Stati membri (Italia, Francia, Spagna), non è menzionata in quanto tale dalla Carta comunitaria, che usa una formula ambigua, così come non è menzionata dalla Carta di Nizza, che, però, riconosce anche ai datori di lavoro il diritto di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi).

3. Occorre riconoscere che, pur nell'assenza di un quadro «costituzionale» adeguato di diritti sociali fondamentali, la politica sociale della Comunità ha registrato significativi progressi in settori importanti del diritto del lavoro – ad es., in tema di sicurezza del lavoro, eguaglianza di trattamenti, difesa dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda, di licenziamenti collettivi, di diritti di informazione e consultazione, di modernizzazione dei regimi di protezione sociali – attraverso le tecniche di armonizzazione delle legislazioni nazionali o di adozione di prescrizioni minime o altre tecniche di coordinamento (come, ad es., nel settore delle politiche dell'impiego). La dimensione «verticale» della clausola di sussidiarietà nei rapporti tra le Comunità e gli Stati membri ha progressivamente rafforzato l'azione comunitaria nei vari settori di competenza concorrente, anche se l'applicazione di tale clausola non può mettere in discussione le competenze della Comunità come definite dal diritto dei Trattati interpretato dalla Corte di Giustizia (protocollo n. 30 sull'applicazione del principio di sussidiarietà).

È interessante osservare, a proposito della dimensione «verticale» della sussidiarietà, l'introduzione di una clausola di «delegificazione» nell'attuazione del diritto sociale comunitario (articolo 137, § 3, del Trattato di Amsterdam) con la previsione della facoltà, concessa allo Stato membro, di affidare alle parti sociali, a loro richiesta congiunta, il compito di mettere in atto le direttive in materia di prescrizione minime. L'introduzione di questa facoltà, che non esclude l'impegno dello Stato membro ad adottare le misure necessarie atte a garantire i risultati imposti dall'atto normativo comunitario (articolo 137, § 3, 2^a al.), ha comportato la caduta del principio di «riserva di legge» nell'attuazione delle direttive comunitarie. Occorre, però, che l'atto di autonomia delle parti sociali sia dotato di un'efficacia equivalente a quella prodotta da un atto legislativo (o equiparato al medesimo).

Ma il profilo di originalità dell'ordinamento comunitario in materia di politica sociale è la previsione di un sistema di sussidiarietà «orizzontale» nei rapporti tra le fonti normative, nel senso che l'autonomia collettiva delle parti sociali può sostituirsi all'iniziativa legislativa della Commissione e del Consiglio. Questo tipo di sussidiarietà si realizza quando, nello svolgimento della procedura di «dialogo

⁽⁹⁾ Cfr. M. NAPOLI (a cura di), *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, Vita e Pensiero, Milano, s.d. (2004), 3 ss.

sociale» (articolo 138 del Trattato di Amsterdam) ⁽¹⁰⁾, le parti sociali informano la Commissione della loro volontà di negoziare collettivamente per giungere eventualmente ad un accordo su un tema di politica sociale. L'accordo raggiunto potrà, poi, essere attuato secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri o, a richiesta congiunta delle parti firmatarie, in base ad una direttiva del Consiglio su proposta della Commissione. Questa procedura (che ha già dato importanti risultati) determina un parallelismo tra fonte normativa comunitaria – direttiva – e fonte negoziale collettiva – accordo collettivo –, nel senso che l'attività di autoregolazione collettiva viene riconosciuta di valore equivalente all'attività di regolazione legislativa del Consiglio. Si ha una sorta di cooptazione dell'autonomia collettiva tra le fonti in senso materiale del diritto del lavoro comunitario, ma non in senso formale, poiché l'ordinamento delle fonti, in base al diritto dei Trattati, non è stato modificato (articolo 249 del Trattato di Amsterdam).

Nell'ipotesi in cui l'accordo delle parti sociali sia attuato mediante direttiva non è previsto l'intervento del Parlamento Europeo; d'altronde, il Consiglio non ha il potere di modificare il contenuto dell'accordo, ma soltanto quello di verificare la legalità del medesimo. Si tratta, quindi, di un atto normativo atipico, per la formazione del quale il *deficit* di democraticità, rappresentato dall'assenza di cooperazione del Parlamento europeo è surrogato dal principio di «rappresentatività cumulativa sufficiente» (nozione elaborata dal Tribunale europeo di prima istanza) ⁽¹¹⁾ delle parti che hanno sottoscritto l'accordo, di cui chiedono l'attuazione. La verifica del requisito di «rappresentatività» può avvenire soltanto *ex post*, in sede di controllo della legalità dell'accordo (consistente nella verifica della non incompatibilità delle clausole dell'accordo con il diritto comunitario).

La contrattazione collettiva ha assunto, così, un ruolo importante ⁽¹²⁾ nelle procedure di elaborazione e di decisione della politica sociale, come possibile conclusione del «dialogo sociale», che prevede la consultazione delle parti sociali prima della presentazione di proposte da parte della Commissione e sul contenuto delle medesime, se, dopo la consultazione, la Commissione ritiene opportuna un'azione comunitaria. Ma un dialogo negoziale tra le parti è ammesso anche per materie non previste dall'articolo 137, che non coincidono con quelle che possono formare oggetto dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, previsti dalla Carta comunitaria del 1989 (richiamata dall'articolo 136) (si veda, ad esempio, la direttiva n. 96/34 sui congedi parentali). Si deve ritenere, pertanto, che anche le materie previste dalla Carta comunitaria possano formare oggetto di dialogo sociale e, quindi, ove ne ricorrano le condizioni, di regolazione negoziale collettiva. Si tratta, quindi, di una procedura aperta, non limitabile alle materie elencate dall'arti-

⁽¹⁰⁾ Cfr. R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo. Attori, procedure, prospettive*, Giuffrè, Milano, 2001, 1 ss.

⁽¹¹⁾ Sul punto cfr. R. NUNIN, *op. cit.*, 122 ss.

⁽¹²⁾ Mi permetto di citare il mio scritto *La contrattazione collettiva europea: aspetti giuridici*, in AA.VV., *La contrattazione collettiva europea: Profili giuridici ed economici*, F. Angeli, Milano, s.d. (2001), 11 ss. Per un punto di vista di «svalutazione» del fenomeno cfr. A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Giuffrè, Milano, 1999, 109 ss. (ma già, in questo senso, M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e concertazione nella formazione del diritto sociale europeo*, in G. GHEZZI (a cura di), *Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, Ediesse, Roma, 2000, 253 ss.). Il punto di vista «critico» è un *topos* comune nella letteratura della sinistra giuslavorista europea.

colo 137, § 1 e § 3, il quale semmai, come si deduce dall'articolo 139, § 2, circoscrive i settori per i quali, su richiesta congiunta delle parti, l'accordo può essere attuato in base ad una decisione del Consiglio.

Accanto al processo formalmente previsto dalle norme sul dialogo sociale, esistono, a livello comunitario, altre sedi e altri percorsi, che possono dar luogo a processi di contrattazione collettiva. Uno dei più significativi riguarda l'attuazione della direttiva CE n. 94/45 sulla costituzione di «comitati aziendali europei» in materia di informazione e consultazione del personale nelle imprese e nei gruppi di imprese e dimensioni comunitarie. Un altro percorso negoziale è quello previsto dalla recente direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori nella società per azioni europea (regolamento n. 2157/2001; direttiva CE n. 2001/86). Altre procedure negoziali possono essere attivate nello sviluppo del «dialogo sociale» settoriale ad opera delle organizzazioni europee di settore sindacali ed imprenditoriali. Le parti sociali a livello europeo si sono impegnate, inoltre, a sviluppare strategie di coordinamento nell'esercizio delle loro attività contrattuali, specialmente a livello settoriale, nella prospettiva, stimolata dall'attuazione dell'Unione Economica e Monetaria, di una «europeizzazione» della contrattazione collettiva⁽¹³⁾ come strumento fondamentale di armonizzazione delle condizioni di lavoro.

4. Il Trattato di Amsterdam ha incluso la materia dell'impiego tra quelle di competenza concorrente della Comunità e degli Stati membri con un apposito titolo (Titolo VIII, articoli 125-135). Per gli aspetti di competenza della Comunità, anche il mercato del lavoro e la promozione dell'impiego sono parte del diritto del lavoro comunitario, che ha come obiettivo quello di favorire, mediante una strategia di cooperazione⁽¹⁴⁾ tra la Comunità e gli Stati membri e tra questi, la formazione di una «forza lavoro competente, qualificata, adattabile» e di «mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici» (articolo 135). I Consigli di Lussemburgo (1997), ma soprattutto quello di Lisbona (2000), hanno elaborato direttive strategiche miranti ad accrescere la capacità di risposta dei mercati del lavoro europei, allo scopo di promuovere l'attività economica ed accrescere la produttività. Queste direttive sono rivolte anche al diritto del lavoro degli Stati membri, che viene sollecitato ad elaborare politiche legislative atte a realizzare l'obiettivo della flessibilità nella sicurezza («flessicurezza») «nell'ottica di un mercato del lavoro più equo, più reattivo e più inclusivo, in grado di contribuire a rendere più competitiva l'Europa».

È in questa logica che si muove il recente Libro Verde, che ho citato. Questo documento richiama il diritto del lavoro nell'Unione Europea, cioè il diritto del lavoro degli Stati membri, alle sue responsabilità specialmente nella direzione della

⁽¹³⁾ Cfr. T. SCHULTER, *Europeanisation of Collective Bargaining – An Overview on Trade Union Initiatives for a Transnational Coordination of Collective Bargaining Policy*, WSI Discussion Paper n. 101, Düsseldorf, maggio 2002 (www.boeckler.de).

⁽¹⁴⁾ Cfr. M. BARBERA, *I problemi teorici e pratici posti dal metodo di coordinamento aperto delle politiche sociali*, in M. BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, Milano, s.d. (2006), 1 ss.; F. GUARRIELLO, *Il contributo del dialogo sociale alla strategia europea per l'occupazione*, *ibidem*, 251 ss. Di recente, le parti sociali europee, dopo oltre un anno di negoziati, si sono accordate su un documento congiunto di analisi delle principali sfide dei mercati del lavoro europei, documento presentato al Vertice Sociale Tripartito svoltosi a Lisbona ai margini del Consiglio Europeo.

promozione di mercati del lavoro flessibili e inclusivi. Nell'Europa comunitaria – secondo indagini recenti – circa il 40 per cento della forza lavoro è rappresentato da lavoratori assunti in base a contratti diversi dal modello contrattuale standard (contratti a tempo determinato, contratti a tempo parziale, contratti di lavoro intermittenti, contratti di lavoro temporaneo, contratti di lavoro autonomo, ecc.). A livello comunitario, sono state adottate direttive per quanto riguarda il lavoro a tempo parziale (direttiva n. 97/81 CE) e per quanto riguarda il lavoro a tempo determinato (direttiva n. 99/70 CE), direttive che hanno dato attuazione ad accordi-quadro negoziati nell'ambito della procedura di «dialogo sociale», mentre è in via di recezione l'accordo-quadro sul telelavoro e in via di adozione una direttiva sulle condizioni minime riguardanti i lavoratori temporanei. La preminente responsabilità di legiferare sui mercati del lavoro e sui rapporti di lavoro incombe, però, sugli Stati membri, poiché, a livello comunitario, l'*acquis* sociale consente soltanto un'azione di sostegno e di integrazione delle legislazioni nazionali. Il documento della Commissione pone, sia pure in forma problematica, alcuni temi di possibile riforma del diritto del lavoro, nella prospettiva dell'adeguamento della sua logica protezionistica alle trasformazioni dell'organizzazione produttiva e dei mercati del lavoro, in un'economia ormai globalizzata.

In questa prospettiva, l'accento è posto sulla diversificazione delle forme d'impiego e sulle «transizioni professionali», cioè sul fenomeno delle variazioni di *status* nel mercato del lavoro, in una dimensione di tutela, che tende a spostare il baricentro di protezione del lavoratore nell'area del mercato del lavoro e delle dinamiche della professionalità più che sulle tipologie dei rapporti di lavoro. Le politiche di «flessibilità» mirano ad assicurare più che la stabilità del posto di lavoro, la protezione del lavoratore come soggetto attivo del mercato del lavoro, nel senso di renderlo capace di affrontare con successo «le transizioni» professionali e di situazioni lavorative, che il mercato stesso richiede, per effetto delle dinamiche di innovazione e di cambiamento dei sistemi produttivi. Gran parte delle legislazioni del lavoro degli Stati europei già si sono avviate nella direzione della diversificazione delle tipologie contrattuali e, quindi, della non esclusività della formula standard di rapporto a tempo pieno e a durata indeterminata, nella consapevolezza che la conservazione di assetti protettivi improntati ad un grado eccessivo di rigidità tende a ridurre il dinamismo del mercato del lavoro, aggravando le prospettive d'impiego dei giovani, delle donne e dei lavoratori più anziani. La più recente legislazione italiana sul mercato del lavoro (decreto legislativo n. 276 del 2003) si muove in questa ottica, che mira a coniugare flessibilità e protezione, in un equilibrio difficile di logiche regolative. Muovere in questa direzione è un compito arduo e problematico per il diritto del lavoro, che si è storicamente formato e sviluppato lungo direttive protezionistiche, che hanno avuto al centro del sistema il lavoro subordinato standard della media e grande impresa industriale. Si tratta di prendere atto dei cambiamenti profondi e diffusi delle forme di lavoro nel mondo contemporaneo e di adattare la logica protezionistica (e la sua vocazione etica di difesa e di promozione della persona nel lavoro) al mutato assetto delle attività lavorative, senza attardarsi in polemiche sterili contro il voca-

bolario della «flessibilità» e le sue supposte declinazioni perverse⁽¹⁵⁾. Non vi sono, infatti, alternative economicamente e socialmente sostenibili allo sviluppo di esperienze lavorative differenziate e competitive, in un quadro rinnovato di assetti protezionistici di adattamento. La protezione economica e non economica del lavoro, se vuol trarre profitto da un'economia europea integrata, deve sapersi positivamente inserire tra i fattori di concorrenza e, quindi, di flessibilità dei mercati.

5. È improbabile che le sollecitazioni dell'Unione Europea abbiano, nel breve periodo, un significativo accoglimento nel diritto del lavoro degli Stati membri. Nonostante i molti pronostici sulla «denazionalizzazione», le legislazioni del lavoro europee, negli spazi in cui non siano state costrette ad armonizzarsi secondo le direttive comunitarie (o le decisioni della Corte di Giustizia), procedono con una certa lentezza nel cambiamento e soprattutto risentono dei condizionamenti politici e culturali delle rispettive tradizioni nazionali. In genere, le riforme legislative seguono i cambiamenti, non li anticipano e di rado li promuovono, anche se persiste, in molti settori della cultura europeo-continentale (e non solo europea), la positivista inclinazione a considerare in nuove leggi e in nuovi interventi regolativi pubblici la soluzione dei problemi; a considerare prevalentemente la dimensione nazionale dei problemi, mentre, in un'economia globalizzata, i problemi della tutela del lavoro, di fronte alla mobilità delle attività produttive, assumono sempre più una dimensione transnazionale. In una economia industriale globalizzata, i problemi di protezione del lavoro non solo non sono circoscrivibili all'ambito degli ordinamenti nazionali, ma neppure all'ambito dello stesso ordinamento comunitario, se si considerano gli effetti di liberalizzazione del commercio mondiale, che spinge le grandi imprese transnazionali a ricercare vantaggi competitivi nello stesso «mercato mondiale» degli ordinamenti del lavoro⁽¹⁶⁾. La globalizzazione, infatti, con la mobilità delle attività produttive, consente la dislocazione delle imprese nei Paesi con ordinamenti del lavoro a più basso regime protezionistico. Anche in Europa è forte la tentazione di acquisire vantaggi competitivi sul mercato globale attraverso l'alleggerimento dei regimi protettivi del lavoro.

Nell'Europa comunitaria, costituita ormai da 27 Paesi (molti dei quali, quelli reduci dall'esperienza totalitaria dei regimi comunisti, con ordinamenti democratici di recente formazione), il processo di integrazione economica e politica procede con difficoltà, pur se deve considerarsi un processo irreversibile; il destino dei Popoli europei è legato alla creazione di una Unione sempre più stretta, sulla base della condivisione di valori comuni (come recita il preambolo della Carta di Niz-

⁽¹⁵⁾ Per un recente *exploit* polemico contro le forme «flessibili» di lavoro cfr. L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Bari, s.d. (2007), 3 ss. Da rilevare che, nel ricordato documento sull'analisi congiunta delle sfide del mercato del lavoro (vedi *supra* nota 13), le parti sociali hanno riconosciuto che la flessibilità, nella accezione della *flexisecurity*, può contribuire a determinare una situazione *win-win* sia per le imprese che per i lavoratori e che essa deve basarsi su un giusto equilibrio tra politiche attive efficaci del mercato del lavoro, politiche di apprendimento lungo tutto l'arco della vita, sistemi di protezione sociale sostenibili e legislazioni del lavoro nonché accordi contrattuali atti a facilitare l'accesso al mercato del lavoro.

⁽¹⁶⁾ Sul punto cfr. A. SUPLOT, *Le droit du travail bradé sur le «marché des normes»*, in *DS*, 2005, 1087 ss.

za dei diritti fondamentali). La politica sociale è parte ormai della politica d'integrazione: della concorrenza, della moneta unica, della libera circolazione, della coesione economico-sociale, dell'occupazione, della competitività, della cultura e della formazione. Il diritto del lavoro europeo, nella sua dimensione sopranazionale e in quella nazionale, è sempre più condizionato dagli sviluppi dell'integrazione comunitaria, nonostante le resistenze dei diritti degli Stati membri, che mirano a conservare spazi di autonomia per i loro ordinamenti interni. È una forma di difesa – paradossale in termini di coerenza con le politiche di armonizzazione – contro una logica di integrazione, che tende ad eliminare ogni ostacolo alla libera circolazione dei capitali e delle merci, per di più accelerata dai processi di globalizzazione.

Molti in Europa, e fuori dell'Europa, hanno profetizzato sul futuro del diritto del lavoro. Molti hanno indicato le sue nuove frontiere. C'è chi è corso al suo capezzale, pronosticando la sua prossima fine. C'è anche chi lo ha consigliato di cambiare i suoi connotati e di trasformarsi in un soggetto nuovo nel palcoscenico delle scienze giuridiche. Sono tutte imprese intellettuali e metafore che meritano attenzione. Sembra, tuttavia, realistico pensare che il futuro del diritto del lavoro sia essenzialmente legato alle trasformazioni del suo oggetto, cioè del lavoro, e alla capacità di adattamento della sua vocazione originaria, che è la protezione del fattore umano, ai cambiamenti che si stanno determinando nelle condizioni organizzative, contrattuali e professionali delle attività lavorative. In questa prospettiva, il diritto del lavoro ha ancora molta strada da percorrere. La sua missione di civiltà è tutt'altro che esaurita.

Diritto del lavoro europeo. Le sfide del XXI Secolo – Riassunto. *L'A., dopo aver richiamato il duplice significato che la formula «diritto del lavoro europeo» assume, critica l'impostazione positivista secondo la quale sia sufficiente un floor of rights a livello di costituzione europea per assicurare una base solida ad un diritto del lavoro sovranazionale, argomentando che l'effettività di tali diritti e la loro concretizzazione non sono sostenute da adeguate politiche e risorse istituzionali. In questo quadro, l'A. evidenzia il ruolo chiave della contrattazione collettiva in una pluralità di sedi: nell'attuazione del diritto sociale comunitario, nelle procedure di elaborazione e di decisione della politica sociale e al livello negoziale transnazionale. Fra le materie che rientrano nelle competenze concorrenti della Comunità e degli Stati membri è stata inclusa anche quella del mercato del lavoro e la promozione dell'impiego; in tale campo però, obietta l'A., la preminente responsabilità di legiferare sui mercati del lavoro e sui rapporti di lavoro incombe solo sugli Stati membri poiché, a livello comunitario, l'acquis sociale consente soltanto un'azione di sostegno e di integrazione delle legislazioni nazionali. All'esito della sua analisi, l'A. esprime le proprie perplessità sulla possibilità che gli Stati membri accolgano nel loro diritto interno, nel breve periodo, le sollecitazioni dell'Unione Europea e sottolinea che le legislazioni europee, laddove non siano state costrette ad armonizzarsi secondo le direttive comunitarie, procedono con una certa lentezza nel cambiamento e, soprattutto, risentono dei condizionamenti politici e culturali delle rispettive tradizioni nazionali.*

European labour law. The challenges of the twenty-first century (Article in Italian) – Summary. *This paper begins by examining the distinction between the two possible meanings of the term «European labour law», and then takes a critical view of the positivist position according to which a floor of rights at a European constitutional level is sufficient to provide a solid foundation for supranational labour law, arguing that the effectiveness of these rights and their enforcement is not supported by adequate policies and institutional resources. In this framework the author hi-*

*ghlights the key role of collective bargaining at various levels: in the transposition of EU social law, in social policy design and decision-making, and at a transnational bargaining level. The matters covered by the competences shared by the EU and the Member States include the labour market and the promotion of employment. However, the author argues that the main responsibility for the enactment of legislation on labour markets and employment relations is that of the Member States, since at EU level the social *acquis communautaire* only allows for a support function and the integration of national legislation. In concluding his analysis, the author expresses doubts as to whether the Member States will be willing in the short term to transpose into national legislation the policies advocated by the European Union, and underlines the fact that European legislation, with regard to matters not covered by EU directives imposing harmonisation, is proceeding rather slowly in terms of change, and above all that legislation is heavily influenced by the respective political and cultural traditions of the various Member States.*

Il *position paper* del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi sul Libro Verde

a cura di Iacopo Senatori, Michele Tiraboschi

La consultazione pubblica sul futuro del diritto del lavoro, promossa dalla Commissione Europea tra il mese di novembre del 2006 e il mese di marzo del 2007, ha riscosso un interesse piuttosto tiepido da parte degli operatori e degli studiosi del nostro Paese. L'iniziativa del Ministero del lavoro, che ha avviato un dibattito pubblico con il coinvolgimento formale di tutti gli attori sociali, è apprezzabile e tuttavia travisa, e nessun'altra sede istituzionale (nazionale o locale) competente sui temi del lavoro ha intrapreso azioni che andassero nella medesima direzione. Peraltro, nei mesi trascorsi abbiamo registrato un numero davvero esiguo di convegni e seminari di approfondimento, un documento organico elaborato da un gruppo di giuslavoristi che ruotano attorno alla Labour List dell'Università di Catania, qualche intervento occasionale tendenzialmente o fortemente critico e poco più.

Un'occasione mancata. Anche perché, a ben vedere, il problema della modernizzazione dell'apparato legale occupa il dibattito giuslavoristico da almeno un ventennio, e sembra anzi destinato a rimanere in campo ancora a lungo. Così, avrebbe forse meritato un maggiore seguito l'opportunità di raccogliere intorno ai quattordici quesiti della Commissione, al di là della loro formulazione necessariamente semplificante, un rinnovato filone di ricerca e riflessione capace di superare le secche e le contrapposizioni meramente ideologiche che ancora contraddistinguono le polemiche sulla Legge Biagi.

Il Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi dell'Università di Modena e Reggio Emilia ha cercato di avvalersi, con il contributo dei numerosi lettori e degli iscritti al Bollettino Adapt, di questa importante occasione dedicando il V convegno in ricordo di Marco Biagi a un confronto internazionale e comparato sui temi sollevati dal Libro Verde della Commissione.

Proponiamo al giudizio dei lettori il documento inviato a Bruxelles ed elaborato sulla scorta dello stimolante confronto con colleghi e ricercatori di ogni parte del mondo e attraverso un serrato dibattito interno tra le giovani leve provenienti dal dottorato di ricerca e dagli altri corsi della Scuola di alta formazione in Relazioni industriali e di lavoro istituita presso la Fondazione Marco Biagi. Questo documento, nel riassumere (secondo la traccia proposta dalla Commissione e, dunque, senza alcuna pretesa di sistematicità) quelli che riteniamo essere gli aspetti essenziali di un dibattito sul futuro del diritto del lavoro, intende ora rappresentare un contributo ad una più ampia discussione e anche una esortazione a proseguire lungo la strada tracciata da Marco Biagi nella direzione della modernizzazione del nostro mercato del lavoro. Una strada che molti in Europa sembrano già decisi a percorrere, come dimostra il fatto che l'opera di Marco Biagi – ed in particolare la sua proposta di realizzare

uno Statuto dei lavori, ripresa dal nostro documento – sia stata espressamente citata nell'allegato alla Comunicazione sull'esito della consultazione pubblica, emanata dalla Commissione il 24 ottobre 2007 (indice A-Z, voce Flexicurity e Libro Verde).

Sommario: I. La principale sfida politica – Un mercato del lavoro flessibile e inclusivo. – **II.** Modernizzazione del diritto del lavoro: temi per il dibattito.

I. La principale sfida politica – Un mercato del lavoro flessibile e inclusivo.

1. Quali sarebbero secondo voi le priorità di un programma coerente di riforma del diritto del lavoro?

Qualunque intervento normativo dovrà prioritariamente operare nella direzione di un sensibile incremento dell'effettività delle regole di fonte legale e contrattuale. Infatti, i maggiori ostacoli alla modernizzazione del diritto del lavoro risiedono non solo e non tanto nell'assenza di norme innovative e rispondenti alle necessità degli operatori economici e dei lavoratori, di cui al contrario possono rinvenirsi in Europa esempi interessanti anche in una prospettiva di *benchmarking*, quanto negli elevati tassi di evasione di cui tali norme sono rese oggetto.

La condizione fondamentale per l'incremento dell'effettività delle norme consiste nella semplificazione del quadro legale. Oggi l'ostacolo principale, dal punto di vista degli interpreti e degli operatori, alla corretta applicazione del diritto del lavoro, è la eccessivamente difficile conoscibilità delle norme. È necessario correggere l'anomalia di un quadro normativo complesso e costituito da fonti eccessivamente variegata e stratificate. Un contributo all'obiettivo della semplificazione potrebbe venire, su un piano di tecnica legislativa, dall'adozione di Testi Unici che raccolgano e sintetizzino le regole relative ai diversi istituti.

Un'altra priorità consiste nell'incentivazione allo sviluppo della capacità di apprendimento della forza – lavoro, finalizzata a sostenere una maggiore mobilità professionale e geografica. La flessibilizzazione rappresenta un mezzo per incrementare il turnover nel mercato del lavoro, coerentemente all'evoluzione dell'economia manifatturiera e dei servizi. Risultati a somma positiva, in termini di mobilità sia geografica che professionale, possono essere ottenuti a condizione che si realizzi un incremento del livello di professionalità, di produttività e di retribuzione dei lavoratori.

In questi termini, si dovrebbe operare incentivando:

- l'istruzione nei percorsi «formali» collegata alla formazione pratica
- l'alternanza scuola-lavoro
- la formazione diretta *on the job*, ponendo la massima attenzione ai contratti a contenuto formativo.

Su tale direttrice operativa, sembra rivestire un'estrema importanza la riforma dei sistemi di istruzione e formazione professionale, e in generale il buon funzionamento di tutti quegli istituti volti ad accrescere l'occupabilità dei giovani, anche mediante l'operatività di reti più o meno formalizzate tra istituzioni locali, istituzioni scolastiche e formative, associazioni datoriali, imprese e organizzazioni sindacali. A questo proposito, particolarmente significative appaiono le esperienze di alternanza scuola – lavoro e, segnatamente, il contratto di apprendistato, nonché tutti quei meccanismi istituzionali volti ad agevolare il *placement* degli studenti e, in generale, la transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro.

È poi necessario intervenire sull'equilibrio tra flessibilità e sicurezza, assegnando maggiore attenzione all'inserimento nel mercato dei soggetti che ne sono esclusi e ad un riequili-

brio delle tutele capace di garantire anche le fasce deboli. In questa direzione, si potrebbe pervenire all'individuazione a livello comunitario di un nucleo minimo di tutele da attribuire a tutti i contratti di lavoro, nonché all'ampliamento delle competenze comunitarie in materia di politica sociale.

2. L'adattamento del diritto del lavoro e degli accordi collettivi può contribuire a migliorare la flessibilità e la sicurezza dell'occupazione e a ridurre la segmentazione del mercato del lavoro?

Sì.

3. La regolamentazione esistente – sotto forma di leggi e/o di contratti collettivi – frena o stimola le imprese e i lavoratori nei loro sforzi per cogliere le opportunità di aumentare la produttività e di adeguarsi alle nuove tecnologie e ai cambiamenti collegati alla concorrenza internazionale? Come può essere migliorata la qualità della regolamentazione applicabile alle PMI, mantenendone gli obiettivi?

Le attuali regolamentazioni, specie in Italia e nei Paesi della Europa meridionale sono in molti casi un freno allo sviluppo e alla produttività tanto nel settore pubblico che in quello privato.

Di fatto sia la legge sia le parti sociali sono spesso forze conservatrici. Le parti sociali in particolare da tempo non riescono a produrre regole innovative e moderne, e si sono dimostrate poco capaci di sfruttare gli ampi spazi a loro disposizione al fine di migliorare flessibilità e sicurezza del lavoro. Basti pensare che gran parte dei contratti collettivi contengono norme datate (orario di lavoro, inquadramenti e classificazione del lavoro, premi di produttività, organizzazione del lavoro, esternalizzazioni, ecc.).

Lo stretta dipendenza del trattamento dei lavoratori alla loro anzianità di servizio, unita all'eccessiva rigidità delle regole in materia di recesso, riducono la produttività e allo stesso tempo, con un effetto paradossale, compromettono l'adattabilità nel lungo periodo.

Tuttavia la legge propone forme di incentivo ancora praticamente inesplorate (almeno nel caso italiano). Un sistema di accordi vincolanti tra le parti sociali può contribuire ad accrescere la produttività e l'occupazione, purché ciascun accordo si dimostri capace di assicurare ad un tempo la redditività economica dell'impresa e la sicurezza dei lavoratori. Questa, tuttavia, dovrebbe essere riguardata come una responsabilità condivisa di imprese ed amministrazioni, che può essere adempiuta solo adottando un atteggiamento di collaborazione reciproca. Proseguendo in tale direzione, le disposizioni legislative e contrattuali dovrebbero essere orientate ad accrescere i livelli di apprendimento e finalizzate a promuovere percorsi di formazione permanente. Si dovrebbero inoltre prevedere molte più risorse economiche ed anche maggiori riconoscimenti individuali per l'innovazione, per Ricerca e Sviluppo e per i brevetti industriali.

Le PMI si avvantaggerebbero maggiormente delle grandi imprese della semplificazione e deregolamentazione normativa. Tuttavia, solo predisponendo una base certa di diritti per tutti i lavoratori coinvolti (*insiders* e *outsiders*) sarà possibile un intervento più efficace degli strumenti legali e contrattuali del diritto del lavoro. Una volta predisposto un quadro giuridico di riferimento dei diritti dei lavoratori si potrà poi intervenire sulle PMI attraverso il rinvio alla contrattazione collettiva settoriale o aziendale che, al momento, appare l'unico strumento in grado di adattare ed adeguare le normative stabilite a livello europeo nei contesti economici più ristretti.

4. Come facilitare il reclutamento mediante contratti a tempo indeterminato e determinato, sia per via legislativa sia attraverso accordi collettivi, in modo da aumentare la flessibilità di tali contratti garantendo al tempo stesso un livello sufficiente di sicurezza dell'occupazione e di protezione sociale?

Si dovrebbe agevolare sul piano normativo l'adozione di un modello di organizzazione del sistema produttivo finalizzato a ridurre i vincoli giuridici, così da salvaguardare le scelte organizzative e gli interessi economici dell'impresa, circoscrivendo l'area dell'illecito ai processi di ispirazione puramente fraudolenta e lesivi nei confronti dei lavoratori.

Le procedure di assunzione dovrebbero essere agevolate per mezzo di una centralizzazione dei canali informativi, specialmente sul versante della domanda. Una gestione efficiente del processo di diffusione delle informazioni nel mercato del lavoro offrirebbe ai lavoratori gli elementi di valutazione utili ad orientare i percorsi di carriera evitando di attardarsi sui profili professionali più obsoleti. Sarebbe poi auspicabile incentivare lo sviluppo di una efficiente rete decentrata ed integrata di servizi al lavoro (incontro tra domanda e offerta, prevenzione della disoccupazione di lunga durata, promozione dell'inserimento lavorativo dei gruppi svantaggiati e delle fasce deboli, sostegno alla mobilità geografica dei lavoratori), fondata sulla cooperazione e il raccordo attivo tra operatori pubblici e operatori privati. Sembra inoltre opportuno, almeno in Paesi come l'Italia, l'aumento della flessibilità in uscita (data la presenza di sufficiente flessibilità in entrata). Ovviamente con le dovute tutele di sostegno al reddito (indennitarie, assicurative e sociali). L'uso di fondi bilaterali e trilaterali, già sperimentato in Danimarca e in Svezia, potrebbe rivelarsi lo strumento appropriato per assicurare transazioni a somma positiva.

Al fine di pervenire ad un giusto contemperamento tra flessibilità e protezione sociale, appare opportuno rivedere il meccanismo di distribuzione delle tutele, secondo il modello illustrato nel successivo punto 8. Una volta fissato il grado di protezione minima di tutele afferenti ai diritti sociali fondamentali, si potrebbe rinvenire nel sistema, grazie all'apporto del legislatore e delle parti sociali, una figura contrattuale utilizzabile in ingresso ovvero in fase di reinserimento, che coniughi flessibilità e sicurezza. Questa forma contrattuale dovrebbe essere debitamente supportata da incentivi di carattere economico, contributivo e normativo, che potrebbero modularsi a seconda delle componenti soggettive (diverse tipologie di destinatari) ovvero oggettive (tutele offerte) del contratto. Nel contempo, le parti sociali avrebbero il compito di sviluppare percorsi formativi, interni ed esterni, destinati soprattutto a lavoratori di bassa qualifica o comunque a soggetti a rischio di emarginazione, al fine di rafforzare le capacità professionali del lavoratore, in vista di una stabilizzazione nella stessa impresa, oppure di un più facile reinserimento in altra impresa nella ipotesi di risoluzione del rapporto.

Particolare funzione potrebbero svolgere gli Enti bilaterali, soprattutto per i percorsi di crescita professionale e riqualificazione.

Tuttavia, non si può pensare ad agevolare l'occupazione senza curare anche il sostegno e lo sviluppo dell'impresa: la sicurezza occupazionale, sia nel senso di sicurezza del proprio «essere occupato», sia nel senso di «occupazione in sicurezza», non può esistere senza la relativa sicurezza operativa dell'impresa.

Gli sforzi a livello comunitario possono essere, così, parzialmente vanificati, se all'interno di un paese le imprese risultano soggette ad oneri eccessivi soprattutto dal punto di vista fiscale. Sul piano comunitario, mediante i programmi di sostegno all'impresa, si potrebbero favorire sia la sicurezza occupazionale, sia la protezione sociale che vi è inscindibilmente connessa.

La flessibilità può essere bilanciata attraverso l'abbassamento degli oneri fiscali a carico dei lavoratori. La quota di sgravio dovrebbe essere particolarmente elevata per le donne, i giovani e gli anziani.

II. Modernizzazione del diritto del lavoro: temi per il dibattito.

a. Le transizioni professionali.

5. *Sarebbe utile prendere in considerazione una combinazione di una normativa di tutela dell'occupazione più flessibile e di una ben congegnata assistenza per i disoccupati, sotto forma di compensazioni per la perdita di reddito (politiche passive del mercato del lavoro) ma anche di politiche attive del mercato del lavoro?*

Chiaramente sì, anche se non è facile individuare il mix giusto ed appropriato per ogni Paese. Difficilmente si può negare il fascino di modelli come quello danese od olandese, ma è importante chiedersi quanto di tali modelli possa essere esportato con successo.

Si dovrebbe ricordare più spesso che la *flexicurity* attiene prima di tutto ad una dimensione culturale e fin quando non si saranno diffusi (e non saranno stati accettati dalla società) concetti quali «attivazione» e «responsabilizzazione» dei disoccupati, difficilmente un modello che combina flessibilità nel rapporto di lavoro e sicurezza nel mercato potrà essere accettato anche in altri Stati.

Molti Paesi, compresa l'Italia, non sono infatti ancora maturi per adottare il modello scandinavo elogiato, dal punto di vista normativo, economico, ma soprattutto culturale.

Prima, perciò, di sviluppare un apparato come quello delineato sopra, è opportuno che i Paesi interessati adottino significative riforme strutturali, all'insegna della semplificazione normativa, del dinamismo delle amministrazioni e della cooperazione tra le stesse, nonché della disseminazione di buone pratiche.

Occorre, inoltre, la capacità di completare le riforme relative al sistema dei sussidi al reddito e degli ammortizzatori sociali in generale, utili a controbilanciare qualsivoglia strumento di flessibilità.

Le politiche attive per il lavoro dovrebbero essere preminenti rispetto alle politiche passive ed il sistema sociale dovrebbe essere orientato verso il *workfare*. Il sostegno al reddito dovrebbe essere strettamente collegato alla ricerca attiva di un lavoro e alla frequenza a corsi di formazione professionale. Il carico contributivo per i fondi bilaterali destinati ad agevolare la transizione professionale dovrebbe essere più elevato nel caso dei contratti temporanei rispetto a quelli a durata indeterminata, al fine di ottenere, nel lungo periodo, un ammontare di risorse dedicate alla formazione e all'aggiornamento professionale identico per tutti i tipi di contratto di lavoro.

Per un migliore funzionamento degli incentivi fiscali e dei programmi formativi destinati ai disoccupati, sembra preferibile stabilire in anticipo una connessione con il sistema delle imprese. La cooperazione degli imprenditori aumenta l'efficacia delle politiche attive del lavoro, mentre queste divengono particolarmente onerose sul piano economico quando tale interazione non si realizza.

6. *Quale può essere il ruolo della legge e/o degli accordi collettivi negoziati dalle parti nella promozione dell'accesso alla formazione e le transizioni tra le varie forme di contratto, al fine di sostenere la mobilità verticale lungo tutto l'arco di una vita professionale pienamente attiva?*

Il problema messo in luce da questa domanda è particolarmente gravoso per quanto riguarda la condizione dei giovani. Come confermato da recenti studi, la forma di contratto disponibile riveste un ruolo primario ai fini della definizione di relazioni umane stabili, e gli obiettivi di stabilità sono normalmente associati allo status occupazionale conferito dal contratto a tempo indeterminato. Ciò rende evidenti le conseguenze sociali dell'ingresso

tardivo e difficoltoso dei giovani nel mercato del lavoro.

Una soluzione potrebbe derivare da accordi istituzionali tra le parti sociali e gli enti educativi e formativi, finalizzati ad assicurare una transizione agevole al mercato del lavoro anche per mezzo di progetti di apprendimento innovativi che comprendano, tra l'altro, lo svolgimento di periodi di alternanza tra l'istruzione istituzionale e la formazione attraverso attività di lavoro.

In questa prospettiva, è essenziale facilitare l'accesso ai centri di formazione, ridurre i costi di gestione, diffondere le informazioni e definire indicatori pratici, di tipo finanziario e procedurale, *ex ante* e *in itinere*, al fine di sostenere la pianificazione e l'implementazione dei piani formativi. A tale riguardo, le istituzioni educative e formative appaiono come il segmento strategico di una ben più complessa e articolata rete di relazioni giuridico – istituzionali che, sotto l'insegna dell'occupabilità, si propone l'obiettivo di un reale dialogo tra sedi dell'istruzione e della formazione professionale, amministrazioni periferiche dello Stato, organizzazioni rappresentative degli interessi dei lavoratori e sistema economico e produttivo locale.

In particolare, il contratto di apprendistato potrebbe rappresentare uno dei pilastri di un programma che, in linea con la Strategia di Lisbona, intendesse fornire un deciso sostegno alla formazione lungo tutto l'arco della vita lavorativa, riconducendo a sistema le politiche dell'istruzione, della formazione professionale e dell'occupazione.

Entro tale contesto, è molto importante insistere sullo sviluppo di un approccio bilaterale alle relazioni industriali, associato ad un modello collaborativo e cooperativo che promuova lo sviluppo territoriale e un'occupazione regolare e di buona qualità. La bilateralità non annulla la conflittualità né altera la funzione del sindacato, ma rappresenta piuttosto una strumentazione utile a eseguire i termini e le condizioni pattuite nei contratti collettivi, nella prospettiva della valorizzazione del capitale umano, di un più efficace incontro tra domanda e offerta di lavoro e di un rafforzamento della formazione professionale.

Attualmente le parti sociali, nella maggior parte dei Paesi europei, si muovono in questo senso quasi esclusivamente sulla spinta di finanziamenti a fondo perduto, salvo il caso in cui esistano strutture ad hoc (come gli enti bilaterali in Italia). È quindi necessario fornire adeguati stimoli ed incentivi allo sviluppo di un'azione coordinata e collaborativa delle parti sociali in materia, fermo restando che, in alcune situazioni particolari, non sembra doversi trascurare l'ipotesi di un coinvolgimento diretto delle singole imprese o dei singoli lavoratori (costruzione di una carriera non legata alla singola azienda) all'interno di una rete di operatori (università, enti di formazione, ecc.) coordinata da enti pubblici o eventualmente dagli enti bilaterali per il singolo settore.

Il ruolo dell'autonomia collettiva dovrebbe essere integrativo e complementare rispetto alla regolamentazione legale. A titolo esemplificativo, gli istituti sui quali la contrattazione collettiva potrebbe giocare un ruolo fondamentale nel facilitare il passaggio da una forma contrattuale all'altra, potrebbero essere: la formazione, quale sostegno alla professionalità ed alla mobilità del lavoratore sia orizzontale che verticale – ma anche esterna ed interna – la conciliazione fra tempi di vita e di lavoro, il sistema dei congedi, il regime dell'orario di lavoro.

Il numero minimo di ore destinate alla formazione professionale dovrebbe essere in ogni caso stabilito dalla legge. Oltre a tale ammontare minimo, l'interesse dei lavoratori a scambiare quantità di retribuzione con ore di formazione dovrebbe condurre la contrattazione collettiva, a livello intersettoriale ed interprofessionale, a realizzare politiche formative che permettano a tutti i dipendenti di conseguire progressioni di carriera.

b. Insicurezza giuridica.

7. Le definizioni giuridiche nazionali del lavoro dipendente e del lavoro autonomo devono essere chiarite in modo da facilitare le transizioni in buona fede tra lo status di lavoratore dipendente e quello di lavoratore autonomo e viceversa?

No, il vero problema è un altro e cioè superare la tradizionale distinzione binaria che non consente più di rappresentare e regolare i moderni modi di lavorare e produrre. Occorre muoversi secondo logiche meno formali e meno legate a tecniche definitorie; piuttosto occorre affrontare la questione dal lato delle tutele e della loro effettività secondo una formulazione a cerchi concentrici avanzata dal rapporto Supiot in Europa e prima ancora da Marco Biagi in Italia nel 1997 con l'ipotesi di Statuto dei lavori (punto 8).

8. È necessario prevedere un «nucleo di diritti» relativo alle condizioni di lavoro di tutti i lavoratori, indipendentemente dalla forma del loro contratto di lavoro? Quale sarebbe, secondo voi, l'impatto di tali requisiti minimi sulla creazione di posti di lavoro e la tutela dei lavoratori?

Un nucleo di tutele comuni è necessario, poiché in sua assenza la competizione sul mercato del lavoro assumerebbe una tendenza al ribasso. Un lavoratore soggetto ad un trattamento non rispettoso dei diritti umani fondamentali danneggia se stesso e i propri colleghi.

Appare quindi necessario istituire un corpo di diritti universali destinato a tutti i lavoratori, e non solo a quelli del pubblico impiego o della grande – media impresa, in modo da superare una volta per tutte quel dualismo tra ipertutelati e precari riconducibile a una cattiva e miope distribuzione delle tutele del lavoro. In sintesi, si tratta di identificare un nucleo fondamentale di garanzie universali, applicabile a tutti i rapporti di lavoro a prescindere dalla qualificazione del contratto come autonomo, subordinato o atipico.

Le tutele da riconoscere a questa nozione, ampia e indistinta, di lavoro sono, in via esemplificativa: libertà di opinione e tutela della dignità del lavoratore, libertà sindacali, divieti di discriminazione, salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, diritto alla formazione lungo tutto l'arco della vita, tutela della *privacy*, accesso ai servizi per l'impiego e alle banche dati contenenti le offerte di lavoro, diritto a un compenso equo.

Le restanti tutele dovrebbero per contro essere modulate sulla base di alcuni criteri qualificanti, di cui la subordinazione può continuare a rappresentare un elemento discrezionale ma non più esclusivo, quali:

- 1) il grado di dipendenza economica (di cui un primo indice è la mono-committenza);
- 2) l'anzianità continuativa di servizio;
- 3) la tipologia di datore di lavoro (pubblico-privato, terzo settore, organizzazioni di tendenza, dimensioni dell'impresa) da valutare tuttavia non attraverso mere soglie dimensionali ma anche in termini di fatturato);
- 4) le condizioni soggettive ed oggettive del lavoratore nella logica delle azioni positive e delle norme incentivanti alla assunzione (per esempio disoccupato di lungo periodo, disabile, immigrato, inoccupato alla prima esperienza di lavoro, residente in aree geografiche con particolari tassi di disoccupazione ovvero con bassi tassi di occupazione);
- 5) le modalità di esecuzione della prestazione dedotta in contratto (ad esempio personalità della prestazione, sottoposizione a direzione e controllo, mero coordinamento, continuità nel tempo della prestazione) ovvero la tipologia di attività (per esempio lavoro alternato a formazione, alta professionalità o specializzazione della prestazione) ovvero ancora la finalità del contratto (inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro, lavoro di pubblica utilità);

6) altri o differenti parametri individuati dalla contrattazione collettiva o dagli enti bilaterali in sede di volontà assistita.

Rafforzare i diritti sociali e consolidare il modello sociale europeo pare un passaggio imprescindibile affinché il principio espresso dal neologismo *flexicurity* assuma un significato effettivo anche in termini di protezione per i lavoratori.

Le parti sociali possono contribuire, incoraggiando l'effettività dei diritti dei lavoratori e diffondendone la conoscenza, ad evitare che la concorrenza si sviluppi secondo modalità distorte, mentre lo Stato deve utilizzare lo strumento sanzionatorio solo quando ciò sia necessario ad assicurare il rispetto dei requisiti minimi di tutela.

c. Rapporti di lavoro triangolari.

9. Ritenete che le responsabilità delle varie parti nell'ambito di rapporti di lavoro multipli dovrebbero essere precisate per determinare a chi incombe la responsabilità del rispetto dei diritti del lavoro? Sarebbe realizzabile ed efficace ricorrere alla responsabilità sussidiaria per stabilire questa responsabilità nel caso dei subappaltatori? In caso di risposta negativa, vedete altri mezzi che consentano di garantire una sufficiente tutela dei lavoratori nei «rapporti di lavoro triangolari»?

Alla luce dei variabili costi di transazione presenti in ciascuna azienda e in ciascun settore produttivo, ossia i costi di decisione o di esperienza, i costi di controllo (ovvero della gestione del contratto e della relazione di lavoro) e i costi di cambiamento (indotti dal passare da una tipologia di contratto ad un'altra), il lavoro tramite agenzia non può essere equiparato ad una comune forma di lavoro dipendente. Esso, piuttosto, dovrebbe essere interpretato come una specifica risorsa operativa e gestionale operante sui versanti della flessibilità occupazionale e della modernizzazione dell'apparato produttivo – ed anche della pubblica amministrazione – mediante modelli di integrazione contrattuale tra imprese coordinati da operatori polifunzionali e altamente qualificati, quali sono appunto le agenzie di fornitura di lavoro.

In questo contesto, si ritiene debba essere compito del legislatore farsi carico della determinazione di un chiaro regime di responsabilità delle parti. Il regime della responsabilità solidale del somministratore e dell'utilizzatore potrebbe essere una risposta valida all'esigenza di assicurare un'adeguata protezione al lavoratore. Somministratore e utilizzatore dovrebbero essere posti su piano di assoluta parità, sotto questo profilo, mediante adeguate previsioni normative: si tratta di un aspetto cruciale della «sicurezza» occupazionale. Ciò vale anche in caso d'appalto e subappalto d'opere e servizi: il committente dovrebbe essere considerato responsabile per le azioni compiute dagli appaltatori e subappaltatori posti sotto il suo controllo.

Uno strumento alternativo potrebbe essere quello di assicurare il rischio tramite appositi contratti di assicurazione.

10. È necessario chiarire lo statuto dei lavoratori impiegati dalle agenzie fornitrici di lavoro temporaneo?

No. Il lavoro tramite agenzia, sia nella forma a tempo indeterminato sia in quella temporanea, pur spesso imputato di costituire una forma di sfruttamento e mercificazione della forza – lavoro, non riduce il livello di protezione dei lavoratori, né compromette la loro digni-

tà. Infatti, a prevenire simili distorsioni provvede il contratto vincolante tra l'agenzia di fornitura e il lavoratore.

Il tema rilevante è invece quello della precisazione delle coordinate della protezione legale assicurata al dipendente. A questo proposito, le disposizioni regolatrici delle agenzie di fornitura dovrebbero concentrarsi sugli accordi fraudolenti, al fine di impedire che il lavoro tramite agenzia venga utilizzato in modo tale da recare danno ai diritti dei lavoratori fondati su disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo.

Tutte le discipline in materia dovrebbero essere fondate sul principio di parità di trattamento tra i prestatori di lavoro in fornitura e i dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice.

Un profilo peculiare ed importante è inoltre quello della chiara definizione di percorsi di transizione dallo status di prestatore di lavoro in fornitura a quello di dipendente a tempo indeterminato.

d. Organizzazione dell'orario di lavoro.

11. Come si potrebbero modificare i requisiti minimi in materia di organizzazione dell'orario di lavoro al fine di offrire una maggiore flessibilità ai datori di lavoro e ai lavoratori, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori? Quali dovrebbero essere gli aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro da trattare in via prioritaria da parte della Comunità?

Spetta ai sindacati il compito di assistere i lavoratori nella definizione per via contrattuale dell'orario di lavoro. La disciplina del tempo di lavoro deve essere tale da garantire flessibilità sia dal lato dell'impresa che da quello dei dipendenti. In questo senso, la migliore protezione per il lavoratore deriva dal suo inserimento in un contesto lavorativo che lo metta in grado di apprendere ed incrementare il proprio bagaglio professionale. I sindacati e il legislatore dovrebbero intervenire quando si renda necessario preservare la professionalità dei dipendenti dall'obsolescenza, assicurando che almeno una parte dell'orario di lavoro sia dedicata ad iniziative di formazione professionale.

Entrambe le parti dovrebbero essere libere di definire in piena libertà la gestione del proprio orario di lavoro, nel rispetto sia delle esigenze del lavoratore sia dell'organizzazione propria dell'impresa.

Su un piano di bilanciamento degli interessi, sembra necessario mantenere ferma la priorità sempre accordata alla necessità di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, come chiaramente si ricava dalle direttive in materia, rispetto all'esigenza di flessibilità dell'impresa. In questo quadro, il lavoro part time risulta essere lo strumento maggiormente valido al fine di assicurare maggiore flessibilità in ottemperanza sia alle esigenze dei lavoratori, sia alle esigenze delle imprese. Andrebbe inoltre disciplinato meglio ed incentivato il ricorso al telelavoro, dove possibile.

Si registra poi la necessità dotare altri rapporti ad orario flessibile o non – standard di una regolamentazione tesa ad incoraggiare il reciproco adattamento tra le esigenze dei lavoratori e quelle dell'impresa, mediante schemi contrattuali (come il lavoro ripartito e il lavoro a chiamata) che favoriscano la stabilizzazione dell'impiego.

e. Mobilità dei lavoratori.

12. *Come è possibile garantire nell'insieme della Comunità i diritti del lavoro di lavoratori che effettuano prestazioni in un contesto transnazionale, in particolare dei lavoratori frontalieri? Ritenete che sia necessario migliorare la coerenza delle definizioni di «lavoratore» contenute nelle direttive europee, in modo da garantire che questi lavoratori possano esercitare i loro diritti connessi alle loro attività lavorative, quale che sia lo Stato membro nel quale lavorano? O ritenete che gli Stati membri debbano mantenere un margine di manovra in questo settore?*

Sarebbe opportuna una definizione chiara della nozione a livello europeo, così da garantire su tutto il territorio dell'Unione le stesse tutele minime. Gli Stati potrebbero rimanere liberi di istituire tutele e definizioni ulteriori che vadano ad aggiungersi a quelle europee, senza limitare la validità e la omogeneità di queste.

Su questa base, sarebbe opportuno creare una rete di diritti sociali fondamentali minimi per tutti i lavoratori europei. Una tale previsione consentirebbe, da un lato, di offrire ai lavoratori una serie di standard di sicurezza e protezione uniformemente riconoscibili, riconosciuti ed applicabili; dall'altro di abbattere le disparità di trattamento ancora esistenti fra i lavoratori operanti nelle imprese dei diversi Stati membri. In tal senso potrebbe certamente giovare la creazione di una definizione uniforme di lavoratore in grado di consentire una identificazione certa ed omogenea del soggetto destinatario delle tutele e delle garanzie previste.

Dovrebbe inoltre considerarsi la possibilità di adottare, per mezzo di specifiche convenzioni o trattati internazionali, una definizione uniforme di «lavoratore» estesa anche ai Paesi terzi che intrattengono rapporti commerciali con l'Unione Europea.

f. Aspetti del controllo dell'applicazione delle legislazioni e lavoro non dichiarato.

13. *Ritenete che sia necessario rafforzare la cooperazione amministrativa tra le autorità competenti, in modo che esse possano controllare più efficacemente il rispetto del diritto del lavoro comunitario? Ritenete che le parti sociali abbiano un ruolo da svolgere in tale cooperazione?*

Il ruolo delle parti sociali è molto importante per implementare e specificare le politiche per il lavoro e creare un consenso maggiore nel sentire sociale. Ovviamente, la risposta positiva sul ruolo delle parti sociali è subordinata alla condizione che esse superino i classici stereotipi e facciano tesoro delle migliori prassi europee (ad esempio, il Documento unico di regolarità contributiva in Italia). I sindacati dovrebbero accettare di rivedere il tradizionale sistema di sicurezza sociale del quale beneficiano i lavoratori, mentre le imprese dovrebbero accettare la responsabilità di fornire ai lavoratori i mezzi e gli strumenti necessari per accrescere il proprio patrimonio professionale e la propria produttività.

Appare necessario, inoltre, creare una rete integrata di controlli pubblici in grado di accertare e sanzionare, da una parte, l'inadempimento da parte dei legislatori nazionali agli standard comunitari e nazionali in materia di lavoro e sicurezza e, dall'altra, l'operato dei datori che, eludendo le normative vigenti, si avvalgono del lavoro in maniera irregolare.

14. *Ritenete che altre iniziative siano necessarie a livello dell'UE al fine di sostenere l'azione degli Stati membri nella lotta contro il lavoro non dichiarato?*

Sì, soprattutto a livello culturale. La mancata modernizzazione dà infatti luogo a un processo di deregolamentazione strisciante che alimenta forme di concorrenza sleale (lavoro nero) e depotenziamento delle tutele e dei diritti dei lavoratori.

A livello comunitario potrebbero essere predisposte delle misure incentivanti (anche mediante l'istituzione di Fondi) al fine di sostenere l'azione degli Stati membri che si impegnino a trovare e ad attuare (con successo) misure dirette all'abbattimento del lavoro nero. È auspicabile in particolare un maggiore impegno dell'UE nell'azione di sensibilizzazione e di informazione sui vantaggi legati alla lotta al lavoro non dichiarato. In questo senso, potrebbe rivelarsi utile la diffusione di informazioni sulle buone pratiche adottate a livello di Stati membri. Inoltre, potrebbe essere valorizzata la promozione di pratiche di *peer review* e di forme di apprendimento reciproco. Specifici finanziamenti comunitari potrebbero essere finalizzati alla realizzazione di progetti efficaci ed innovativi (capaci in particolare di compensare i vantaggi legati all'impiego di manodopera irregolare con vantaggi quali benefici fiscali e assenza di rigidità burocratiche) nella lotta al lavoro irregolare.

In questa cornice, spetterebbe poi agli Stati membri realizzare iniziative coordinate al fine di combattere il lavoro irregolare all'interno dell'Unione Europea.

*Il lavoro a termine in Europa:
sviluppo, modelli regolativi e tendenze*

I contratti di lavoro a termine sono ancora una eccezione?

Roger Blanpain

Sommario: **1.** Posizione del problema. – **2.** La natura del contratto di lavoro subordinato: il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato come ipotesi standard. – **3.** Il contratto di lavoro a termine: l'ipotesi eccezionale. La condizione oggettiva di ricorso al contratto a termine. – **3.1.** *Segue:* la successione di contratti a termine. – **3.2.** *Segue:* il principio di parità di trattamento retributivo. – **3.3.** *Segue:* l'ambito di applicazione della disciplina comunitaria: settore pubblico e settore privato. – **4.** Considerazioni conclusive.

1. I contratti di lavoro a termine sono ancora ampiamente utilizzati ⁽¹⁾. Bastano, al riguardo, alcuni esempi. In Belgio, il primo contratto a termine può essere stipulato liberamente mentre i contratti si presumono a tempo indeterminato e in caso di controversia è il datore di lavoro a dover dimostrare che i contratti successivi sono giustificati da motivazioni di carattere oggettivo come per esempio le specificità dell'attività richiesta. Tuttavia, le riforme intervenute nel corso degli anni Novanta hanno legittimato la possibilità di ricorrere a contratti a termine in successione (per un periodo predeterminato o per uno specifico incarico) purché entro i seguenti limiti: un massimo di quattro contratti a termine in successione tra loro, di durata ciascuno non inferiore a tre mesi, su un arco temporale di due anni. Sono anche ammessi fino a sei contratti a termine in successione tra loro, ciascuno della durata di almeno sei mesi su arco temporale di tre anni purché il datore di lavoro sia stato autorizzato dai servizi ispettivi competenti. In caso di violazione di tali disposizioni il contratto si trasforma a tempo indeterminato. Il contratto a termine si risolve alla scadenza senza necessità di comunicazioni e di preavviso. Se il contratto prosegue oltre il termine trova applicazione la disciplina del lavoro a tempo indeterminato ⁽²⁾.

* *Roger Blanpain è professore di Diritto del lavoro presso l'Università Cattolica di Lovanio e docente della Scuola di alta formazione in Relazioni industriali e di lavoro di Adapt e della Fondazione Marco Biagi. Traduzione dall'inglese a cura di Chiara Bizzarro e Silvia Zironi.*

⁽¹⁾ Cfr. *Report by the Commission services on the implementation of COUNCIL Directive 1999/70/EC OF 28 JUNE 1999 concerning the Framework Agreement on Fixed-term Work concluded by ETUC, U-NICE and CEEP (EU-15)*, in Commission Staff Working Document, Bruxelles, 11 agosto 2006, SEC n. 1074, anche in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

⁽²⁾ Cfr. art. 10-bis, legge 3 luglio 1978, che disciplina il rapporto di lavoro subordinato.

Tale sistema appare ormai prevalente nei Paesi Bassi e sembrano oramai pacificamente ammessi anche contratti a termine c.d. a catena nei quali la stessa attività è svolta da lavoratori temporanei che si succedono l'uno all'altro ⁽³⁾.

Lo stesso accade presso le istituzioni e gli organismi dell'Unione Europea, dove è molto diffuso il contratto a termine come sistema di reclutamento per una durata massima di tre anni. In determinati casi, come per lavori di natura accessoria o per prestazioni di servizi, il contratto può essere prolungato per un massimo di ulteriori tre anni. In molte circostanze i lavoratori a contratto svolgono attività e incarichi di natura permanente. Oltretutto, i dipendenti a contratto sono retribuiti in base a tabelle differenti da quelle applicabili ai lavoratori stabili (vale a dire meno appetibili) ⁽⁴⁾.

Numero di dipendenti a contratto nelle istituzioni e nelle agenzie europee ⁽⁵⁾.

Servizio	Dipendenti a contratto	Personale <i>ad interim</i>
Commissione Bruxelles/Lussemburgo	3 184	530
- Centro Ricerca Associata	889	3
- OIB (infrastruttura)	423	5
- PMO (personale)	240	3
- Delegazioni in paesi terzi	734	
Agenzie dell'UE	701	
Parlamento Europeo	501	
Corte dei Conti	47	
Comitato delle Regioni	53	
Comitato Economico e Sociale	55	
Consiglio Europeo	71	
TOTALE (2007)	6 898	541

Sorge così la questione se tali modelli di regolamentazione o prassi, quali quella sopra richiamata, presenti tanto negli Stati membri quanto nelle Istituzioni comunitarie, siano conformi all'Accordo quadro europeo del 1999 sul lavoro a termine.

2. I contratti di lavoro a tempo indeterminato sono e rimarranno la forma normale di occupazione. Questo principio fondamentale è esplicitamente formulato e riconosciuto nell'Accordo quadro sul lavoro a termine del 19 marzo 1999 sottoscritto da EESC, BusinessEurope (UNICE) e CEEP, un accordo applicabile agli

⁽³⁾ A.G.VELDMAN, *Recente Europese Rechtspraak: Sociale drempels voor flexibele arbeidsmarkt-en werkgelegenheidsstrategieën?*, in *Arbeid Integraal*, 2007, n. 1, 34.

⁽⁴⁾ A titolo esemplificativo una segretaria (funzionario permanente) ha una retribuzione lorda iniziale di euro 2.450 al mentre la collega con contratto a termine ha una retribuzione mensile di base pari a euro 1.790 tenendo conto che la gran parte dei lavoratori a termine svolge esattamente la stessa attività dei colleghi con contratto a tempo indeterminato.

⁽⁵⁾ Inclusive anche le Agenzie Esecutive.

Stati membri dell'Unione in virtù del recepimento nella Direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 70.

Un contratto a tempo indeterminato può essere risolto, in linea di principio, in ogni momento nel rispetto del periodo di preavviso; i contratti a termine, per contro, si risolvono esclusivamente alla scadenza.

L'Accordo del 1999 è stato formulato sulla scorta dei seguenti considerando: «6. [...] che i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento; 7. [...] che l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi [di ricorso all'istituto]; 8. [...] che i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori, occupazioni e attività att[i] a soddisfare sia i datori di lavoro sia i lavoratori».

Del tutto condivisibilmente, pertanto, la Corte di Giustizia ha precisato che «i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori. [Le parti sociali] inoltre riconoscono che i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori (v. secondo comma del preambolo e punto 8 delle considerazioni dell'accordo quadro)»⁽⁶⁾.

3. Se il contratto a tempo indeterminato è la regola generale, il contratto a termine deve essere considerato l'eccezione. L'eccezione, in quanto tale, deve essere interpretata in termini restrittivi e il ricorso all'istituto deve essere giustificato da motivazioni oggettive.

L'*obiettività* della condizione di ricorso deve essere interpretata nell'ottica dello scopo e del risultato da perseguire alla luce delle indicazioni previste nell'Accordo quadro. Ciò significa che una motivazione formulata in modo generico non è appropriata.

In maniera del tutto condivisibile, per giustificare il ricorso al contratto a termine, la Corte di Giustizia richiede che i motivi siano valutati sulla base di circostanze precise e concrete che caratterizzano l'attività in questione. Tale giustificazione specifica è necessaria, altrimenti l'effetto perseguito dall'Accordo ne risulterebbe frustrato.

In sintesi l'*obiettività* è un criterio di verifica funzionale che si collega direttamente alle mansioni e alle funzioni per cui il lavoratore è stato assunto su base temporanea⁽⁷⁾.

Alcuni esempi fortemente rappresentativi sono quelli del lavoro stagionale (in agricoltura, per una stagione teatrale, durante il periodo delle ferie, ad esempio tra luglio e agosto, durante le vacanze estive degli studenti) oppure l'ipotesi di un

⁽⁶⁾ C. Giust. 22 novembre 2005 in causa C-144/04 r.o. 64, *Mangold*. Vedi anche T. JASPERS, *Bepaalde tijdscontracten in fasen*, in *Een inspirerende Fase in het social recht*, Liber Amicorum voor Prof. Mr. Wil Fase, Paris, Zutphen, 2007, 10; Tribunal de la Fonction publique 26 ottobre 2006, Landgren Pia tg. Fondation Européenne pour la Formation (EFT), F-1/05, inedito.

⁽⁷⁾ C. Giust. 4 luglio 2006 in causa C-212/04, *Adeneler Konstantinos and others*, in *Juris*, 2006, 6057. Ved. inoltre T. JASPERS, *op. cit.*

contratto a termine stipulato da un calciatore professionista che garantisca alla squadra il necessario apporto in un periodo determinato, oppure ancora un contratto stipulato a termine a fronte di un aumento temporaneo della mole di lavoro. Per riassumere, secondo il ragionamento accolto dalla Corte di Giustizia, muovendo dal principio generale adottato dalla direttiva citata secondo cui la regola generale è data dalla stabilità dell'impiego, il ricorso al lavoro a termine richiede una precisa giustificazione attraverso criteri obiettivi che esprimono un bisogno provvisorio e fermo il collegamento diretto con la natura delle mansioni o della attività⁽⁸⁾. Per contro, lavoratori non possono essere assunti con contratto a termine per svolgere una occupazione permanente.

3.1. Con riferimento alla stipulazione di contratti a termine successivi trova applicazione la clausola n. 5 dell'Accordo quadro secondo cui: «Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi, e in un modo che tenga conto delle esigenze di settore o categorie specifiche di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti».

Proprio coerentemente con la prospettiva desumibile da tale disposizione, l'Avvocato Generale Kokott, nelle conclusioni del 27 ottobre 2005 relative al caso *Adeneler*, già sopra richiamato, ha precisato: «Il concetto di [contratti] "successivi" è uno dei concetti giuridici fondamentali dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, in quanto tale accordo quadro, e con esso anche la direttiva 1999/70, non ha come principale obiettivo quello di impedire la stipulazione di singoli contratti di lavoro a tempo determinato, ma, accanto al miglioramento qualitativo di siffatti rapporti di lavoro a tempo determinato, mira anzitutto a prevenire le possibilità di abuso attraverso una successione di siffatti contratti (catena di rapporti di lavoro) [52]. Infatti, il pericolo che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, definito dalle parti sociali quale modello del rapporto di lavoro [53], venga eluso e sorga quindi la problematica dell'abuso sussiste segnatamente nel caso della successione di più rapporti di lavoro a tempo determinato. Per questo la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato espressamente esige che vengano adottate misure per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato»⁽⁹⁾.

Non solo. La Corte di Giustizia, nella sentenza *Adeneler*, ha poi stabilito: «Se la clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato debba essere interpretata nel senso che una ragione obiettiva per il ripetuto rinnovo o per la conclusione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, al di là

⁽⁸⁾ A.G. VELDMAN, *Recente Europese Rechtspraak: Sociale drempels voor flexibele arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsstrategieën?*, in *Arbeid Integraal*, 2007, n. 1, 34.

⁽⁹⁾ V. [64].

dei motivi che dipendono dalla natura, dal tipo, dalle caratteristiche del lavoro prestato e da altre ragioni analoghe, sia rappresentata dal semplice fatto che la stipulazione di un contratto a tempo determinato sia prevista da una disposizione legislativa o regolamentare. Al contrario, la ivi prevista indicazione di ragioni obiettive, che dovrebbe giustificare il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato, come sancito dalla legislazione nazionale necessita della presenza di fattori specifici correlati in particolare all'attività in oggetto e alle condizioni alle quali è svolta. Tali circostanze possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle mansioni per l'espletamento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro. Per contro, una disposizione nazionale che si limiti ad autorizzare, in modo generale e astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi [...] comporta un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e non è pertanto compatibile con lo scopo e l'effettività dell'accordo quadro. Quindi, il fatto di ammettere che una disposizione nazionale possa, di diritto e senza ulteriore precisazione, giustificare contratti di lavoro a tempo determinato successivi equivarrebbe a ignorare la finalità dell'accordo quadro, che consiste nel proteggere i lavoratori dalla instabilità dell'impiego, e a svuotare di contenuto il principio secondo il quale contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro. Più in particolare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato sulla sola base di una disposizione legislativa o regolamentare di carattere generale, senza relazione con il contenuto concreto dell'attività considerata, non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale e sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e necessario a tale effetto».

3.2. Il fatto che i dipendenti delle Istituzioni e degli organismi comunitari con contratto a termine, per svolgere gli stessi lavori, siano retribuiti in base a parametri inferiori rispetto ai funzionari con rapporti di lavoro stabili, costituisce una chiara violazione dei principi fondamentali di parità salariale.

Al riguardo la clausola n. 4 dell'Accordo quadro stabilisce il principio della non-discriminazione: secondo cui «Per quanto riguarda le condizioni d'impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive».

Un lavoratore stabile "comparabile" deve intendersi come un lavoratore assunto a tempo indeterminato, che operi nella stessa istituzione, facente un lavoro uguale o simile in relazione allo stesso o simile lavoro in relazione alle proprie capacità.

3.3. Va da sé che i principi generali di legge e i diritti sociali fondamentali dei lavoratori a termine così come il principio di parità retributiva si applicano in ugual misura a tutti i lavoratori. Trattandosi di principi generali la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha chiarito che tali regole sono pienamente applicabili anche al settore pubblico. Tale tesi emerge chiaramente dalla analisi del caso *Adelener*,

più volte richiamato, e del caso di *Vasallo* ⁽¹⁰⁾ là dove è stata decisa la conversione di un contratto di occupazione a termine in uno a tempo indeterminato [anche nel settore pubblico].

Nel caso *Adelener*, la Corte di Giustizia ha svolto le seguenti precisazioni. «La direttiva 1999/70 e l'accordo quadro sono applicabili ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri enti del settore pubblico. Infatti, le disposizioni di questi due atti non contengono alcuna indicazione dalla quale possa dedursi che il loro campo di applicazione si limiti ai contratti a tempo determinato conclusi dai lavoratori con datori di lavoro del solo settore privato. Al contrario, da un lato, come risulta dalla stessa formulazione della clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro, il campo di applicazione di quest'ultimo è concepito in senso lato, riguardando in maniera generale i "lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro". Inoltre, la definizione della nozione di "lavoratori a tempo determinato" ai sensi dell'accordo quadro, figurante nella clausola 3, punto 1, di quest'ultimo, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro [...]. D'altro lato, la clausola 2, punto 2, dello stesso accordo quadro, lungi dal prevedere l'esclusione dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con un datore di lavoro del settore pubblico, si limita a offrire agli Stati membri e/o alle parti sociali la facoltà di sottrarre al campo di applicazione di tale accordo quadro i "rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato", nonché 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"» ⁽¹¹⁾.

Tali regole si applicano anche ai dipendenti delle Istituzioni e degli organismi comunitari alla stregua di principi generali di legge: a mente dell'articolo 6 (2) del TCE, anche l'Unione Europea è obbligata a rispettare i principi generali del diritto europeo. La disciplina relativa alla natura del contratto di lavoro subordinato fa senz'altro parte di tali principi e come la Corte di Giustizia ha confermato tale disciplina costituisce un elemento essenziale del quadro di tutele dei lavoratori.

4. Da quanto sopra argomentato risulta chiaramente che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la regola generale e che i contratti a termine sono, invece, l'eccezione. I contratti a termine, pertanto, devono essere giustificati da motivazioni di carattere oggettivo. Questo limite è applicabile tanto per il primo contratto quanto per i successivi sebbene la clausola 5 b dell'accordo sembra divergere da questa interpretazione. Sarebbe quindi opportuno che le parti sociali modificassero tale clausola dell'Accordo del 1999 per escludere ogni possibile confusione a riguardo.

Dalla violazione di tali principi derivano le seguenti possibili sanzioni:

⁽¹⁰⁾ C. Giust. 7 settembre 2006, causa C-180/04.

⁽¹¹⁾ Numeri [54-57].

- che il contratto di lavoro subordinato sia convertito di diritto in contratto a tempo indeterminato che può essere risolto soltanto con preavviso e nel rispetto della relativa regolazione di modo che in caso di recesso senza preavviso la risoluzione deve considerarsi illegittima con la conseguente tutela risarcitoria commisurata alla retribuzione che sarebbe spettata al lavoratore durante il periodo di preavviso;
- in alternativa, che sia prevista un'adeguata tutela risarcitoria.

I contratti di lavoro a termine sono ancora una eccezione? – Riassunto. *L'A., a fronte di una ravvisata diffusione del ricorso al lavoro a termine tanto negli stati membri quanto da parte delle Istituzioni e organismi comunitari, partendo essenzialmente dalla analisi dei considerando che precedono l'accordo quadro sul lavoro a termine del 1999, argomenta la propria tesi nel senso che il contratto a tempo indeterminato è la regola generale e, conseguentemente, afferma che il contratto a termine costituisce rispetto ad essa un'eccezione. In quanto eccezione, il ricorso al lavoro a termine deve essere interpretato in senso restrittivo e deve essere giustificato da motivazioni oggettive, che si ricollegano direttamente alle mansioni e alle funzioni per cui il lavoratore è stato assunto su base temporanea. Tali motivazioni oggettive sono richieste tanto con riferimento al primo contratto a termine, quanto per i contratti successivi e questo anche se la clausola 5b dell'accordo del 1999 sembra deviare da questa interpretazione al punto da essere necessaria, ad avviso dell'autore, una modifica esplicativa sul punto ad opera delle parti sociali europee.*

Fixed-term contracts: still the exception? (Article in English) – Summary. *This paper begins with an overview of the widespread use of fixed-term contracts not only in the EU Member States but also for the employment of staff in the EU institutions and bodies, providing an analysis of the preamble to the framework agreement on fixed-term employment concluded in 1999. It is argued that open-ended contracts are the general rule for permanent positions, and as a result fixed-term employment is to be seen as an exception to the rule. As an exception, fixed-term work should be interpreted in a strict sense and justified by objective reasons, directly relating to the duties of the employee and the function the fixed-term worker was hired to perform. These objective reasons are required not just in connection with the first fixed-term contract, but also for successive contracts, even though Article 5(b) of the 1999 agreement seems to deviate from this interpretation, leading the author to point to the need for the social partners to make explicit provision on this matter.*

La normativa comunitaria sul lavoro a termine

Gaetano Zilio Grandi

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Il lavoro a termine tra ordinamenti giuridici. Direttive, accordi collettivi europei, legislazione di recepimento e ruolo di Corte Costituzionale e Corte di Giustizia. Problemi di successione delle leggi nel tempo e di corretta implementazione della direttiva n. 99/1970 CE. – **2.1.** Le recenti proposte degli economisti italiani e il *contrat de première embauche* in Francia: similitudini e differenze. – **2.2.** Spunti dai dati statistici: il «pluralismo» nella loro possibile lettura. – **3.** Il decreto legislativo n. 368/2001, le attuali proposte di modifica e i confini immobili della disciplina «comunitaria». – **3.1.** Ancora sui recenti interventi del giudice comunitario e le (possibili) ricadute sull'ordinamento. – **3.2.** Sul perché del mancato (o ridotto) contenzioso nonostante il c.d. causalone. – **3.3.** Le ragioni oggettive e quelle soggettive: e il contratto collettivo? – **3.4.** Lavoro a termine e pubbliche amministrazioni. – **4.** Brevi spunti sulle linee guida del Governo e sul Libro Verde dell'Unione Europea. – **5.** *Post scriptum* (del legislatore).

1. Il tema assegnatomi – nell'ambito della più ampia materia del contratto di lavoro a termine – consente di muoversi sul piano più strettamente giuridico della relazione tra ordinamenti, comunitario e nazionali, da un lato; ma altresì di leggere tra le righe dei più recenti interventi, anch'essi comunitari, giurisprudenziali in proposito; e infine di prendere in qualche modo posizione, alla luce di tali considerazioni, sui propositi di riforma della disciplina vigente nel nostro ordinamento, alla quale pure è dedicata altra autorevole relazione.

2. Un primo momento di attenzione va dedicato, dunque, all'inevitabile intreccio che, nella materia *de qua*, si è sviluppato tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale ⁽¹⁾. Come noto, la disciplina del lavoro a termine trova la sua origine nella lontana legge n. 230/1962 e di lì in poi in successivi sviluppi invero tutti tesi ad una maggiore implementazione dell'istituto e altresì ad una sempre più estesa delega alle parti sociali nella indicazione delle ipotesi nelle quali lo stesso poteva esser utilizzato. Insomma un primo passo verso la flessibilizzazione del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, vero e proprio dogma, come ovvio, della tradizione giuslavoristica sino a quel momento.

* Gaetano Zilio Grandi è professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università «Ca' Foscari» di Venezia.

⁽¹⁾ Vedi da ultimo A. PLAIA (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2007, e ivi soprattutto i saggi di A. BELLAVISTA e A. MARESCA.

Senonché, ed è un punto sul quale si ritornerà, mentre la legge del 1962 si poneva – insieme a coeve normative – nel senso di una rigorosa verifica della genuinità dei rapporti di lavoro subordinato e dunque in chiave antifraudolenta nei confronti di un utilizzo non corretto dell'istituto, pure ammesso dalla legge ma dalla stessa limitato a specifiche ipotesi, in un momento successivo, che culminerà nella legge n. 56/1987, il legislatore ritiene di poter attribuire al contratto di lavoro a termine una nuova e diversa funzione. La legge del 1962, si è detto, mirava a limitare la fruizione di tale contratto da parte degli imprenditori, accogliendo dunque pienamente la corretta ricostruzione civilistica che faceva del termine un mero elemento accidentale del contratto. Per altro verso, ogni provvedimento successivo, ci pare, si muove in una diversa prospettiva, data da un lato dalla risposta a determinate, e ulteriori, esigenze, di settori della produzione e dei servizi verso questa tipologia contrattuale; dall'altro alla possibilità, tramite il contratto di lavoro a termine, di favorire l'occupazione, e, in misura più modesta e sulla falsariga di quanto avvenuto in altri ordinamenti europei, di rispondere in tal modo anche alle esigenze di particolari categorie e fasce di lavoratori, prime fra tutte le donne.

Giovani e donne, dunque, come tendenziale obiettivo della evoluzione legislativa della disciplina del lavoro a termine. Al quale dobbiamo aggiungere un altro elemento, dato dal coinvolgimento, in specie con la legge n. 56/1987, delle organizzazioni sindacali, nella «gestione» di tale istituto. Questione quest'ultima, come più avanti si vedrà, di estremo rilievo e perdurante attualità.

Su tale, già complesso, assetto nazionale si innesta, in rapida successione, l'intervento del legislatore comunitario a seguito della stipulazione di un accordo collettivo comunitario; la vicenda ruotante intorno al proposto *referendum* abrogativo della legge n. 230/1962 e conclusasi con una nota decisione del giudice delle leggi; e infine il decreto legislativo n. 368/2001, vera e propria «pietra dello scandalo» del successivo dibattito. Sullo sfondo, è bene dirlo subito, rimaneva, nel contempo il percorso di approvazione e successiva discussione del decreto legislativo n. 276/2003: e come sappiamo non si è trattato di uno sfondo per così dire «minimalista».

Un primo problema da affrontare – per dirimere tale non fluido percorso – pare a noi quello sul quale pure pochi si sono soffermati, ma che nella logica delle «fonti» comunitarie dell'istituto ci pare invece centrale. Si è dato invero per presupposto, da taluni, che il decreto legislativo del 2001 comportasse un deterioro trattamento dei lavoratori a termine, con particolare riguardo alla disciplina vigente, e altresì che la nuova disciplina non avesse ragione di essere, posto che il nostro paese aveva già risposto *ante litteram* alla direttiva comunitaria con lo *ius conditum*; inoltre, secondo la medesima prospettiva, il decreto legislativo del 2001 non poteva riguardare il complesso della disciplina, ma piuttosto solo integrare la suddetta normativa previgente. Tutto questo, a prescindere dalle questioni di legittimità costituzionale, pure poste, per eccesso di delega ovvero di mancata o scorretta trasposizione della direttiva n. 99/1970.

Il presupposto di tale ragionamento è infatti quello per il quale, poiché la Corte Costituzionale, con sentenza n. 41/2000, sul citato *referendum*, aveva ritenuto la posizione italiana «anticipatamente conformata» alla direttiva, ebbene per ciò stesso – ma in verità a causa della situazione politico-governativa in essere – non

andava fatto altro, da parte del legislatore, per adempiere all'obbligo di trasposizione, se non, forse, per aspetti marginali. In verità ciò che è effettivamente accaduto altre volte nel nostro ordinamento (pensiamo ad esempio alla disciplina del trasferimento d'azienda), ma questa volta con un sapore diverso, di vero e proprio *stop* a nuovi interventi (interni) in materia.

Tale comprensibile atteggiamento non ha ovviamente impedito che un nuovo decreto legislativo venisse approvato: e non in funzione meramente integrativa bensì di più ampia riscrittura della disciplina della materia. D'altro canto la dottrina internazionalistica ⁽²⁾ ci insegna che nulla impedisce ad un ordinamento nazionale di legiferare su una materia, per la quale pure l'organo supremo ha ritenuto non fondata una paventata violazione del diritto comunitario secondario; ragione per la quale ben poteva il legislatore italiano normare nuovamente l'istituto, ovviamente nei limiti tracciati dalla direttiva comunitaria; e ben poteva, come ha invero fatto, andare anche oltre, sempre tuttavia senza violare le indicazioni sopranazionali: è il caso della clausola generale che, pur diversa rispetto a quelle specificate nella legge n. 230/1962, risponde comunque ai principi di cui alla direttiva del 1999. D'altronde la stessa legge delega, n. 422/1990, all'articolo 2, lettera *f*) parla di «modifiche o integrazioni alle discipline vigenti»; e *modifiche* e non *rivoluzioni*, come subito si vedrà, sono state apportate dal decreto legislativo n. 368/2001 alla disciplina in quel momento vigente nel nostro paese ⁽³⁾.

2.1. Peraltro, il tema del lavoro a termine, oltre ad essere oggetto del dibattito giuslavoristico e di proposte governative, è stato anche analizzato dalla dottrina economica più attenta alle dinamiche del mercato del lavoro. In sostanza, e per essere brevi, si è proposto già in taluni disegni di legge ⁽⁴⁾ di deflazionare l'utilizzo del contratto di lavoro a termine come strumento di «aggiramento» della normativa relativa al contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e mezzo di selezione e prova dei soggetti assunti. Alla stessa stregua si è parlato di un «contratto temporaneo limitato» ⁽⁵⁾. Ma nello stesso senso vanno anche le proposte di una limitazione delle assunzioni (una sola volta con ciascuna azienda per un massimo di tre contratti) e della durata delle stesse (non meno di tre anni). Così facendo, secondo la dottrina citata, si delinerebbe nel mercato del lavoro

⁽²⁾ Per tutti, da ultimo, M. CONDINANZI, *Comunità europee. Unione Europea e adattamento*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁽³⁾ Per una opinione dottrinale autorevole in tal senso vedi invece R. SCOGNAMIGLIO, *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2006, I, 400 ss., il quale chiarisce come «il d.lgs. n. 368/2001, pur allentando i vincoli troppo rigidi della disciplina garantistica della l. n. 230/1962, offre regole e strumenti di tutela idonei a contenere i possibili abusi del datore di lavoro» (corsivo nostro). Sulla materia – tra i molti – vedi senz'altro V. SPEZIALE, *La legge sul nuovo lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, 361; A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001; L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine: istruzioni per l'uso*, in *DLRI*, 2003, 151 ss.

⁽⁴⁾ Si tratta del d.d.l. n. 927, presentato al Senato il 3 agosto 2006 da Salvi e altri, e del progetto di legge del 26 ottobre 2006 presentato dal Centro diritti del lavoro; entrambi si possono leggere in *RGL*, 2006, n. 4, 911 ss. In tema, vedi anche L. MENGHINI, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, ivi, 695 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. *amplius* A. ICHINO, *Il contratto temporaneo limitato*, in *www.lavoce.info*, 8 maggio 2006; e ID., *Eppure il Ctl è un passo avanti*, ivi.

una mera alternativa tra contratto di lavoro a tempo indeterminato, che potremmo definire «classico», ed il nuovo «contratto temporaneo di lavoro». Senza entrare eccessivamente nel merito, basti qui segnalarsi come la ricordata proposta immagini una fase di sperimentazione, proprio al fine di verificarne gli effetti positivi, ma soprattutto una contestuale enfaticizzazione delle misure di assistenza pubblica nella ricerca di un impiego, nel caso di mancata «stabilizzazione» del contratto temporaneo ⁽⁶⁾.

Nella stessa logica sembrano muoversi, infine, anche coloro che insistono sul versante della protezione accordata in tema di licenziamento, ed in particolare di licenziamento per motivi economico-organizzativi, e che ritengono utile applicare, in tali casi, una tutela meramente indennitaria per un determinato periodo di tempo (3 anni) ⁽⁷⁾; e coloro ⁽⁸⁾ che ipotizzano una sorta di periodo di franchigia allungato sino ad un massimo di un anno per l'applicazione della piena tutela nei confronti (ancora) del licenziamento individuale per motivi economico-organizzativi.

Va considerato inoltre come la tanto discussa legge francese sui contratti di lavoro *de première embauche* si incentrasse in parte sui rilievi accolti dai nostri economisti. Come noto tale contratto – le cui vicende legislative non possono che essere qui sintetizzate – si caratterizza per essere, si badi bene, un contratto di lavoro a tempo indeterminato; al quale, tuttavia, per un primo periodo di due anni, non risultava applicabile la tradizionale e storica disciplina limitativa nei confronti del licenziamento individuale; esso veniva riservato ai soggetti con meno di 26 anni, nel solo settore privato, e nelle imprese con più di 20 dipendenti. E risultava altresì affiancato da una serie di misure di carattere previdenziale tese a ridurre il costo (così come per tutti i contratti di lavoro a tempo indeterminato per i giovani con meno di 26 anni) ma anche da specifiche formalità quali la stipulazione per iscritto. Tuttavia, pur essendo chiaramente distinto il periodo di prova (*essai*) dal successivo ed eventuale periodo di *consolidation*, esso dava spazio a considerazioni critiche per le quali il secondo già avrebbe svolto la medesima funzione del primo, e dunque la prova – necessaria per ogni contratto di lavoro a tempo – sarebbe risultata superflua.

Al di là degli aspetti strettamente tecnici, sui quali non è qui possibile soffermarci ⁽⁹⁾, va piuttosto rilevato come ciò che tuttavia strideva, nella fattispecie *de qua*, con la «classica» configurazione del contratto di lavoro subordinato era quel che viene definito *période de consolidation*, ovvero una sorta di periodo di franchigia, durante il quale sia il licenziamento che le dimissioni risultano liberi e non vincolati da alcuna motivazione. Si tratta, anche solo ad una prima occhiata, di

⁽⁶⁾ Su questo punto vedi anche P. ICHINO, *Come superare il dualismo del mercato del lavoro*, in *www.lavoce.info*, 8 maggio 2006, C. OGRISEG, *Rischio economico e modelli di protezione del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, e *infra* nel testo.

⁽⁷⁾ V. la proposta di T. BOERI, P. GARIBALDI, *Un sentiero verso la stabilità*, in *www.lavoce.info*, su cui P. ICHINO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁸⁾ M. LEONARDI, M. PALLINI, *Quale riforma per la legge Biagi*, *ivi*.

⁽⁹⁾ Cfr. criticamente T. RENZI, *Lotta alla disoccupazione giovanile in Francia*, in *LG*, 2006, n. 6, 529 ss. Va rilevato, peraltro, che le accese proteste nei confronti di tale istituto hanno portato al suo repentino abbandono anche oltralpe.

una misura simile o addirittura analoga a quanto proposto – e in qualche modo già «rigettato» – anche in Italia ⁽¹⁰⁾.

E qui sta il punto, perché tale legge è stata letteralmente travolta non tanto da una sua concreta sperimentazione dante luogo ad esiti fallimentari, quanto dal clima politico-sindacale nel quale è stata posta. Va in tal senso almeno ricordato come la discussione (anche) intorno ad essa abbia in parte contribuito, addirittura, alla crisi del governo francese.

Nel nostro paese, allo stesso modo, si trattava e si tratta ancora di ipotesi – scientifiche prima ancora che normative – sulle quali tuttavia il dibattito risente del clima conflittuale derivante dalla approvazione della riforma del mercato del lavoro del 2003. Questo sia per quanto attiene ad una sorta di liberalizzazione del licenziamento, seppure limitato e sperimentale ⁽¹¹⁾, sia per quel che riguarda un utilizzo del contratto a termine a fini meramente occupazionali. E ne è testimone il recentissimo dibattito conseguente all'iniziativa del Ministro del lavoro di riformare l'istituto in questione, sulla quale di ritornerà infine.

Viene da concludere, dunque e solo provvisoriamente, che la materia del lavoro a termine continua ad essere in qualche modo ostaggio di pregiudizi, fondati oltre che su opzioni di politica del diritto e interpretative della norma anche su dati statistici, sui quali tuttavia subito si tornerà. In tale prospettiva ci pare così inutile spendere parole sulla, invero dibattutissima ma irrilevante, questione della relazione sistemata tra contratto a tempo indeterminato e a tempo determinato alla stregua di regola ed eccezione ⁽¹²⁾. Va da sé, per motivi storici, normativi e socio-economici che il contratto di lavoro subordinato è, di regola, a tempo indeterminato, così come di regola è a tempo pieno. Ma non può neppure negarsi che – anche «sotto il sole» del diritto del lavoro *things change*, le cose cambiano.

2.2. Di recente si sono efficacemente utilizzati alcuni dati empirici relativi all'utilizzo, negli ultimi anni, del contratto di lavoro a termine per avvalorare una valutazione in termini di precarietà delle previsioni di cui alla legge n. 368/2001 ⁽¹³⁾. Pur nella lineare ricostruzione seguita, tuttavia, ci pare possibile contraddire i risultati interpretativi così raggiunti. E ciò attraverso una serie di brevi considerazioni.

In primo luogo, va evidenziato come i dati possano, come noto, essere letti con occhi e prospettive diverse, a seconda delle opzioni di politica del diritto (per)seguite. Sostenere che «solo» il 50 per cento delle assunzioni a termine si trasforma in contratti di lavoro a tempo indeterminato è infatti l'altra faccia del dire che «addirittura» il 50 per cento delle stesse si trasforma in lavoro a tempo

⁽¹⁰⁾ Vedi gli Autori citati alle note precedenti.

⁽¹¹⁾ Sull'ipotesi di una parziale e temporanea «sterilizzazione» dell'art. 18 Stat. lav. vedi invero già M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 2001, I, 257 ss.

⁽¹²⁾ Per tutti, da ultimo, L. MENGHINI, *op. cit.* Che la dottrina maggioritaria ritenga non sussistere alcun motivo per capovolgere il rapporto tra regola ed eccezione di cui si è detto è confermato dai numerosi e autorevoli interventi apparsi in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, in *MGL*, 2006, n. 1, suppl.

⁽¹³⁾ Vedi P. NODARI, *Riflessioni sul contratto a termine*, in *LG*, 2006, 6, 536 ss.

indeterminato, confermando così il contratto a tempo determinato come strada privilegiata di selezione a fini occupazionali. Allo stesso modo riferire che tali contratti sono utilizzati principalmente da giovani e donne, e che nel Sud-Italia le percentuali aumentano, lungi dal ribadire la «pericolosità sociale» della tipologia, denota piuttosto che – ovviamente – i principali destinatari di essa sono proprio coloro che si trovano ad entrare per la prima volta o a rientrare (magari dopo una o più maternità) nel mercato del lavoro. Ben più grave, crediamo, sarebbe che il contratto a termine fosse strumento occupazionale per coloro che giovani non sono più! Cosa sulla quale i dati statistici non sono in grado di aiutarci.

E non è un caso, d'altro canto, e ci sarà un motivo, per il quale, mentre la legge tedesca sul lavoro a termine liberalizzato – anche per i lavoratori con più di 52 anni – è incappata nelle maglie della Corte di Giustizia, la nostra normativa, anche a seguito del decreto legislativo del 2001, non è mai stata oggetto di rimessione alla Corte di Giustizia e neppure alla Corte Costituzionale, come pure ci ricorda la dottrina citata. Così come, ci pare, nulla rileva in proposito quanto regolato *ex novo* dal decreto legislativo n. 276/2003, pure richiamato, quasi *ad adiuvandum*, per affossare definitivamente la logica del contratto di lavoro a termine.

Rimanendo tuttavia sul piano giuridico, che è quello che ci interessa, occorre altresì precisare come la direttiva comunitaria – e dunque la «madre di tutte le regole» – non sembri porre limiti eccessivi al «primo contratto a termine», posto che essa è indirizzata, e così pure devono esserlo le legislazioni nazionali di recepimento, ad evitare *abusi* nella (successiva) utilizzazione di tale tipologia contrattuale⁽¹⁴⁾.

3. A quest'ultimo proposito è opportuno considerare come la direttiva del 1999 si muovesse nel senso di «un migliore equilibrio fra la flessibilità dell'orario di lavoro e la sicurezza dei lavoratori». Tale equilibrio, a sentire la nostra Corte Costituzionale⁽¹⁵⁾, già sussisteva; ma si trattava ora, adempiendo all'obbligo comunitario, di vincolare la stipula del contratto a termine *solo*⁽¹⁶⁾ a «condizioni oggettive»; linea sulla quale, a dire il vero, la nostra normativa successiva alla legge n. 230/1962, risultava lacunosa.

Inoltre la direttiva e prima di essa l'accordo quadro collegano le condizioni oggettive a tre elementi: raggiungimento di una certa data; completamento di un compito specifico, verificarsi di un evento specifico (clausola 3.1.)⁽¹⁷⁾. E dopo aver ribadito la necessità di applicare il principio di non discriminazione, in specie per ragioni di sesso, rispetto ai lavoratori assunti a tempo indeterminato, essa si concentra su quello che è definibile come il «centro di gravità» del provvedimento comunitario: l'obiettivo di repressione degli abusi derivanti dalla utilizzazione di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

⁽¹⁴⁾ In tale prospettiva vedi per tutti A. VALLEBONA, C. PISANI, *op. cit.*

⁽¹⁵⁾ C. Cost. 7 febbraio 2000 n. 41, in *RGL*, 2000, I, 161.

⁽¹⁶⁾ Su questo punto vedi *infra*, § 3.3.

⁽¹⁷⁾ V. anche P. LAMBERTUCCI, *L'evoluzione della disciplina del contratto a termine tra oscillazioni giurisprudenziali e normativa comunitaria*, in *ADL*, 2001, n. 2, 503 ss.

Ora, così posti gli obiettivi e le ragioni della direttiva comunitaria, resta da chiedersi in che cosa abbia sbagliato il decreto legislativo del 2001, e che cosa debba invece fare l'attuale legislatore. Rinviando a poco oltre quest'ultimo, cruciale, punto, va anzitutto rilevato come il decreto legislativo n. 368/2001 si sia posto in perfetta sintonia con quanto imposto dal legislatore europeo: sebbene non vi fosse una necessità di riforma ed anzi esso abbia costituito un problema, specie in sede di prima applicazione per gli operatori, e le imprese in particolare, non può negarsi che la previsione delle «ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo» rispondano a quanto richiesto dalla direttiva, ovvero il necessario collegamento del contratto a termine con «condizioni oggettive». Ciò che cambia, rispetto al passato, è solo la metodologia di individuazione e estrinsecazione delle condizioni oggettive richieste, dalla direttiva e dal decreto, ma non la *ratio* della previsione; la quale si premura, come accennato, di ancorare le condizioni a specifici, e alternativi⁽¹⁸⁾, elementi.

Ciò che più conta, a nostro avviso, è la preoccupazione del legislatore comunitario di prevenire gli abusi; e gli abusi, sia ben chiaro, non possono essere costituiti dal (primo) contratto a termine⁽¹⁹⁾, bensì dalla successione di tali contratti tra le medesime parti, al fine di sostituire funzionalmente, e con ricadute negative per il lavoratore, un contratto e rapporto di lavoro a tempo indeterminato. In tal senso, come noto, la direttiva spinge i legislatori nazionali a seguire una almeno delle strade da essa delineate alla clausola 5: ragioni obiettive per giustificare i rinnovi, durata massima totale dei contratti successivi, numero massimo dei contratti successivi. Previsione sulla quale il nostro legislatore si è espresso per la prima delle soluzioni proposte: come detto, «ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive» (articolo 1, decreto legislativo n. 368/2001).

Ciò fatto il legislatore italiano ha ritenuto, crediamo opportunamente, di dare seguito alla trasposizione della direttiva comunitaria, incidendo non solo sul piano della non discriminazione, ma in particolare su quello della successione di contratti collettivi (articolo 5). Nel confermare le regole introdotte già nel 1997 dalla legge n. 196, il decreto legislativo aggiunge invero la previsione per la quale la riassunzione del medesimo lavoratore viene a porsi legittimamente solo a date condizioni temporali, ferma restando la illegittimità – e la trasformazione in contratto a tempo indeterminato – dei contratti a termine successivi senza soluzione di continuità.

⁽¹⁸⁾ A. MISCIONE, *Il contratto a termine davanti alla Corte di giustizia: legittimità comunitaria del d.lgs. 368 del 2001* (nota a C. Giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adelener c. Elog (Grecia)*), in *ADL*, 2006, n. 6, 1623 ss.

⁽¹⁹⁾ In questo senso sembrerebbe la sentenza della C. Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*; e così pure in chiave del tutto liberalizzante, anche sulla base del diritto comunitario, A. VALLEBONA, *Lavoro a termine: primo contratto e clausola di non regresso*, in *DL*, 2006, n. 1-2, I, 14. Parzialmente *contra* invece, R. FOGLIA, *Lavoro a termine e a tempo indeterminato: due realtà non fungibili neanche per l'ordinamento comunitario*, in *DL*, 2006, 67 ss.

3.1. Dunque, è pure vero che pochi mesi addietro la Corte di Giustizia ⁽²⁰⁾ ha ritenuto contraria alla direttiva la legge greca sul lavoro a termine proprio per il fatto di prevedere come contratti a termine «successivi» quelli «non separati da un determinato lasso temporale»; ma ciò non significa necessariamente che la nostra normativa sia a sua volta contraria alla direttiva, come subito sostenuto da alcuni. E questo perché, come sopra rilevato, la direttiva prevedeva la possibilità di adempiere ad essa e così prevenire gli abusi nel lavoro a termine – *id est* nella successione di contratti di lavoro a termine, posta la piena legittimità di stipulare il primo contratto sul presupposto di ragioni oggettive – seguendo una delle tre strade delineate: ragioni oggettive del rinnovo, durata massima dei rinnovi, numero massimo degli stessi; laddove la Grecia non si era premurata di prevedere nessuna di tali ipotesi. E così, quasi paradossalmente, finiamo anche per accorgerci che le proposte degli economisti sopra richiamate non risultano del tutto infondate e potrebbero rispondere a loro volta ai requisiti richiesti dalla direttiva, ad esempio con riguardo alla previsione di un numero massimo di rinnovi contrattuali della loro durata massima.

3.2. Si è rilevato, ancora, che il c.d. causalone di cui all'articolo 1 del decreto legislativo n. 368/2001 non ha dato luogo al pur previsto aumento di contenzioso: ciò deriverebbe, a parere di alcuni, dalla situazione di *metus* che incomberrebbe sui lavoratori assunti in forza di uno e più, successivi, contratti a termine.

Questo può certo essere in parte vero, vista la attuale situazione del mercato del lavoro italiano, ma la verità sembra piuttosto essere che – dopo un primo momento di titubanza – le parti, e gli imprenditori in genere, hanno compreso che la clausola generale, sebbene generica, da un lato non impediva la stipulazione di contratti a termine sulla base degli ormai consueti canoni oggettivi recepiti nei contratti collettivi, dall'altro lato neppure concedeva «mano libera» agli stessi, esigendo comunque la sussistenza di ragioni oggettive e di un nesso di causalità tra queste e l'assunzione, verificabile ovviamente dal giudice. Ed i giudici, a loro volta, confermando il rapporto regola/eccezione tra tempo indeterminato e tempo determinato, sembrano non aver inciso più che tanto sul reale assetto degli interessi in gioco, parlando non a caso di minore rigidità del nuovo sistema ma certo non di liberalizzazione ⁽²¹⁾.

3.3. Si è detto in apertura che il decreto legislativo n. 368/2001 si è posto in linea con le previsioni della direttiva europea e che, inoltre, è andato altresì oltre, non potendosi ritenere vincolato dalle precedenti disposizioni nazionali dal 1962 al 2000, che pure vengono sostanzialmente confermate dal decreto.

Nel far questo, tuttavia, il legislatore italiano inserisce – confermandole – ipotesi di legittima apposizione del termine fondate su elementi soggettivi, alle quali in buona misura non risulta invero applicabile il decreto legislativo medesimo: assunzioni da parte di imprese di trasporto aereo e servizi aeroportuali, assunzioni

⁽²⁰⁾ C. Giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adelener c. Elog (Grecia)*, con nota di A. MISCIONE, *op. cit.*

⁽²¹⁾ Così, da ultimo, L. MENGHINI, *op. cit.*, e ivi la giurisprudenza citata.

di operai a tempo determinato da parte di datori di lavoro dell'agricoltura ai sensi del decreto legislativo n. 375/1993, assunzioni brevi nel turismo e nei pubblici esercizi, assunzioni di dirigenti, assunzioni di lavoratori in mobilità. Rimane invece il dubbio circa la possibile competenza in materia della contrattazione collettiva, invero richiamata per quanto attiene i percorsi formativi dei lavoratori a termine e quindi riemergente solo con riguardo ai limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto di cui all'articolo 1, ovvero dei contratti stipulati per le più volte citate ragioni oggettive. L'articolo 10, commi 7 e 8, non è apparso invero chiaro alla dottrina e alla giurisprudenza, anche perché sul punto la direttiva non si sofferma eccessivamente se non per attribuire anche alle parti sociali il compito di prevenire gli abusi (clausola 5); e la limitazione quantitativa dei contratti di lavoro a termine potrebbe essere configurata in tal senso. Ma a ben vedere la direttiva, in specie nel dodicesimo considerando, lascia aperta la porta, in via questa volta integrativa più che derogatoria, all'intervento della contrattazione collettiva; ragione per la quale è possibile ritenere che la contrattazione collettiva integri e in qualche modo colmi la definizione oggettiva generale contenuta nell'articolo 1 del decreto legislativo ⁽²²⁾. Il che non può certo far gridare allo scandalo, soprattutto perché restituisce parte della competenza in materia alle parti sociali e evita una mera devoluzione della stessa al giudice, nel momento successivo, patologico, del rapporto. D'altro canto tale percorso, insieme alla scelta di riferirsi prudentemente alle «vecchie» causali, è stato fatto proprio dagli imprenditori più avveduti. Tali considerazioni, a tacer d'altro, spengono sul nascere quelle – a nostro avviso distorte – interpretazioni per le quali il decreto legislativo n. 368/2001 avrebbe pressoché azzerato qualsivoglia competenza delle parti sociali, rispondendo in tal modo ad un disegno «restauratore». Pare a noi di risentire le critiche circa la funzionalizzazione del contratto collettivo, al suo massimo livello interconfederale, agli istituti introdotti con il successivo decreto legislativo n. 276/2003; ma ci pare anche che tale critica si contraddica radicalmente laddove poi cita proprio l'intervento della contrattazione collettiva quale strumento di esplicazione di una delega in bianco. Insomma da un lato si immagina un certo potere autorizzatorio in capo ai sindacati (ad esempio, e condivisibilmente, con riguardo alla citate limitazioni quantitative e a questo punto anche qualitative), dall'altro lo si teme, soprattutto se esso dovesse atteggiarsi, nuovamente, in chiave estensiva dei casi di apposizione del termine e, sul piano delle relazioni industriali, ammettesse accordi «separati» ⁽²³⁾.

3.4. La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia è intervenuta anche con riguardo alle sanzioni opponibili nei confronti dei contratti di lavoro a termine stipulati al di fuori delle regole dettate dai singoli ordinamenti, ed alla loro corret-

⁽²²⁾ Così in dottrina M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, e P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e contingentamento delle forme flessibili di impiego*, in *ADL*, 2002, 375. Da ultimo, puntuale la ricostruzione di L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *q. Rivista*, 2006, n. 1, 109 ss., spec. 117.

⁽²³⁾ Così, un po' confusamente, P. NODARI, *op. cit.*

ta configurazione nei confronti della normativa comunitaria. La sentenza della Corte di Giustizia 7 settembre 2006, *Marrosu e Sardino*, invero, ha affrontato anche tale tematica, ritenendo da un lato che ciascun Stato membro può stabilire, ma non ne è obbligato, quale sanzione per l'utilizzo improprio (*rectius: contra legem*) dei contratti a termine, la trasformazione degli stessi a tempo indeterminato; ovvero altre sanzione che presenti garanzie di effettività ed equivalenza; dall'altro che la trasformazione del contratto può essere vietata con riguardo ai contratti a termine stipulati nel settore del pubblico impiego, laddove sia prevista una misura in grado di sanzionare effettivamente l'utilizzazione abusiva di contratti a termine successivi⁽²⁴⁾. Il che significa in qualche modo «restringere» anche il vivace dibattito presente nel nostro ordinamento circa la (social-tipica) successione di contratti di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni e il non nuovo dibattito sull'obbligo del concorso per accedere alle amministrazioni pubbliche⁽²⁵⁾. Di maggiore significato concreto appare, invece, la questione, pure affrontata dalla decisione della Corte di Giustizia, relativa alla nozione di contratti a termine *successivi*, sulla quale invero sia la dottrina che gli stessi proponenti il decreto legislativo del 2001 avevano scorto alcuni profili di contrasto con la direttiva⁽²⁶⁾.

4. Infine l'attualità, ravvisabile concretamente da un lato nella iniziativa del Ministro del lavoro per una riforma (della riforma, come da tradizione italiana) sul lavoro a termine; e dall'altro nel Libro Verde della Commissione Europea sul quale la dottrina dovrebbe cominciare a interrogarsi senza i pregiudizi che caratterizzano gli anni recenti⁽²⁷⁾.

Quanto alle linee guida del Ministro del lavoro, esse vanno valutate sul piano del metodo e dei contenuti. Sul primo piano, la reazione di buona parte delle parti sociali consente di dire che l'iniziativa non era senz'altro attesa; né è stata ben accolta, soprattutto da Confindustria, Cisl e Uil; mentre una opinione diversa è stata espressa dalla Cgil. In sostanza si contesta l'opportunità di prevedere un nuovo intervento legislativo, posto che secondo tali orientamenti il decreto legislativo n. 368/2001 aveva già sufficientemente sviscerato la materia, anche nel corretto recepimento della direttiva comunitaria. E così, riaffermando la c.d. «concertazione» – che nel caso di specie a dire il vero assomiglia alla tanto vituperata forma del «dialogo sociale» (se non decidete voi entro un dato termine – 3

⁽²⁴⁾ Su tale aspetto da ultimo, vedi anche R. COSIO, *Il lavoro a termine nell'ordinamento comunitario: le precisazioni della Corte di Giustizia*, in *q. Rivista*, 2007, n. 1, 303-307, e ivi alcuni riferimenti.

⁽²⁵⁾ In proposito sia permesso il rinvio a G. ZILIO GRANDI, *Il concorso pubblico quale strumento ordinario di accesso alle pubbliche amministrazioni tra regola costituzionale e prassi: qualche considerazione (anche ultronea)*, in *RIDL*, 2007, II, 269 ss.

⁽²⁶⁾ Così ancora R. COSIO, *op. cit.*

⁽²⁷⁾ Il riferimento è al giudizio decisamente *tranchant* di P.G. ALLEVA, «Libro verde» della commissione UE e l'esperienza italiana della «flessicurezza», in *Quale Stato*, 2007, n. 1, 330 ss., sul citato Libro Verde, su cui vedi anche, con maggiore equilibrio, F. MARTELLONI, *Mercato del lavoro senza diritto. Riflessioni critiche sul Libro Verde della Commissione Europea*, 2007, dattiloscritto. Sul Libro Verde e anche sul possibile impatto rispetto alla situazione italiana cfr. i contributi raccolti nella sezione *Il Libro Verde e il dibattito sulla modernizzazione del diritto del lavoro*, che precede in *q. Fascicolo*.

mesi – decido io) ⁽²⁸⁾ – il Ministro immagina un avviso comune delle parti sociali che poi si trasformi, tuttavia, in un provvedimento di legge: ovvero ciò su cui maggiormente risultano perplesse alcune delle parti sociali medesime.

Sul versante dei contenuti, le linee guida, e il conseguente avviso comune, dovrebbero muoversi sul binario della «individuazione di sintetiche causali tipicizzate», e dunque il superamento della clausola generale; della possibile previsione mediante la contrattazione collettiva di «ulteriori ipotesi di ricorso al contratto di lavoro a termine», con riguardo anche – ma non è una novità assoluta – «a requisiti soggettivi» ed «all'elemento della durata»; della previsione di un limite temporale e/o numerico ai rinnovi e alle proroghe per i lavori a termine, secondo una linea di tendenza, si è visto, comune ai partner europei e alle opinioni degli economisti.

Quali considerazioni svolgere, alla luce di quanto sopra riferito?

Anzitutto sembrerebbe – e il condizionale è d'obbligo – che si voglia superare il c.d. causalone, nonostante, ci pare, esso sia oramai stato «digerito» delle parti sociali nella predisposizione, nei contratti collettivi, di causali ad esso riferite. Inoltre, ed è un tema già affrontato, si ritiene di restituire spazio alle elaborazioni dei contratti collettivi, senza pensare: a) che le stesse dovranno comunque rispettare le ragioni oggettive di cui alla direttiva; b) e che lo spazio alle organizzazioni di interessi non è mai stato tolto ⁽²⁹⁾, laddove, seppure come detto in via integrativa del disposto comunitario e poi nazionale, esso risultava già ampiamente percorribile.

Diverso è forse il ragionamento da seguire con riguardo alla possibilità, indicata nelle linee guida, di prevedere causali «soggettive». Esse, infatti, erano state formalmente (e meritoriamente) eliminate con il decreto legislativo n. 368/2001, sulla base del disposto comunitario; e non si comprende perché debbano essere reintrodotte, posto che il medesimo decreto legislativo aveva già mantenuto in vita alcune specifiche ipotesi: lavoratori in mobilità, lavoratori assunti a termine a seguiti di uno stage o di un tirocinio, o con più di 55 anni ⁽³⁰⁾. O meglio non si spiega come da un lato ci si muova per una lettura restrittiva della possibilità di assunzione a termine, dall'altro la si intenda allargare con causali «soggettive», evidentemente immaginate con riguardo a casi analoghi a quelli già previsti nel decreto legislativo del 2001. Non significa forse questo riconoscere al contratto a termine una funzione occupazionale, o più propriamente «rioccupazionale»?

Ma vi è di più. Come detto la Commissione Europea ha presentato alle fine dello scorso anno un Libro Verde da discutere poi con gli Stati e le parti sociali. Ebbene, solo sfiorando il tema del contratto di lavoro a termine esso si limita ad ammettere come esso, similmente agli altri contratti standard flessibili, attribuisca ai lavoratori maggiori opzioni, di vario genere. E a riconoscere altresì come i con-

⁽²⁸⁾ Sul tema vedi le osservazioni già svolte in G. ZILIO GRANDI, *Diritti sociali e diritti nel lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, 86 ss.

⁽²⁹⁾ Così anche L. MENGHINI, *op. cit.*, 729, per il quale letteralmente «le organizzazioni sindacali non trovano alcun vincolo nella riforma del 2001», specie alle luce della previsione di elevati tetti posti al numero di contratti termine stipulabili.

⁽³⁰⁾ Ma questo è un punto sul quale la Corte di Giustizia si è posta in modo molto rigoroso, nel citato caso *Mangold*.

tratti a tempo determinato e gli altri contratti costituiscano oggi «parte integrante delle caratteristiche dei mercati del lavoro europei», con buoni risultati sul piano dell'occupazione. E il tasso (circa il 13 per cento) di contratti a termine sull'occupazione totale nel nostro Paese non fa che rispecchiare la media europea, ed anzi starne leggermente sotto, nonostante la richiamata duplicazione in pochi anni; molti – abbiamo visto, da noi, il 50 per cento – di tali contratti si trasformano in contratti a tempo indeterminato, specie con soggetti giovani ⁽³¹⁾. Forse la Commissione Europea – che pure, innegabilmente, guarda prima al mercato e poi alle tutele sociali – è solo un pericoloso *insider trader* del diritto sociale europeo, come pure da alcuni paventato?

5. Il legislatore italiano, che pareva aver rinunciato ai propositi di rivisitazione della disciplina del lavoro a termine, torna invece, in sede di accompagnamento della Legge Finanziaria per il 2008, a definirne nuovamente i contorni.

Nel disegno di legge che recepisce il Protocollo sul Welfare ⁽³²⁾ in effetti viene introdotto un limite, in particolare, alla possibilità di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato tra le medesime parti. Si fissa cioè una soglia di 36 mesi oltre i quali non potrà andare la durata di un contratto a tempo determinato, comprensiva di rinnovi e proroghe.

Oltre a tale soglia è ammesso, dalle nuove disposizioni in corso di approvazione, un solo ed ulteriore contratto, purché «stipulato presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio, con l'assistenza di un rappresentante dell'organizzazione sindacale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato.

Pare a noi che in tal modo venga in definitiva accolta una pasticciata soluzione – sia nel merito che nel metodo – a mezza via tra lo *status quo* e le richieste di una parte delle organizzazioni sindacali. Da un lato rimane in vita il c.d. «causalone» di cui al decreto legislativo n. 368/2001; dall'altro, si è detto, si pongono ostacoli, a dire il vero, non insormontabili ⁽³³⁾, alla stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato, sull'erroneo presupposto che ciò favorisca invece, nello stesso ambito produttivo, la stipulazione di contratti di lavoro a tempo indeterminato. Si è parlato in proposito di un risultato tipico della «flessibilità negoziata»: ma vi è da chiedersi tra chi, effettivamente, sia avvenuta la suddetta negoziazione, se

⁽³¹⁾ Vedi i dati citati dal Libro Verde, ma anche quelli, più recenti, di Eurostat, richiamati in I. SENATORI (a cura di), *Lavoro a termine: un ritorno al passato*, Dossier Adapt, 6 marzo 2007, n. 6, disponibile in www.csmb.unimore.it.

⁽³²⁾ Su cui sia permesso il rinvio a G. ZILIO GRANDI, *Leggi finanziarie e Protocollo sul Welfare: stessa spiaggia, stesso mare?*, Working Paper Adapt, 2007, n. 48.

⁽³³⁾ E in effetti tale «procedimentalizzazione» potrebbe riguardare solo il caso in cui vi siano state proroghe e rinnovi, laddove nel diverso caso di una serie di contratti a tempo determinato (e non di proroghe o rinnovi) sino alla soglia di 36 mesi, nulla impedirebbe la stipulazione di un contratto a tempo determinato tra le stesse parti ma relativamente a diverse mansioni; ma soprattutto nulla impedirebbe la stipulazione di un contratto a tempo determinato di durata triennale (36 mesi) e, successivamente di un altro contratto a tempo determinato, anche senza seguire la strada delineata dal nuovo comma 4-bis dell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001. D'altro canto, il comma 4 del d.lgs. n. 368/2001 fa «esclusivo riferimento» alla ipotesi ivi delineata, lasciando, forse, la porta aperta, se letto in combinato disposto con il nuovo comma 4-bis, a contratti a tempo determinato successivi e ben oltre la soglia massima dei 3 anni; adesivamente sul punto vedi anche M. VICECONTE, *Le ricadute del Protocollo sul Welfare sulla successione di contratti a termine*, in *LPO*, 2007, n. 9.

tra le parti stipulanti il Protocollo o, come appare più probabile, tra le parti politiche che hanno poi cercato di implementarne i contenuti nel provvedimento di legge. Il che la dice lunga sulle difficoltà incontrate, e tuttora in essere, nella fissazione di una univoca politica del lavoro in grado di spingere il Paese verso il superamento della crisi economica ed occupazionale.

La normativa comunitaria sul lavoro a termine – Riassunto. *L'A., dopo aver ripercorso le tappe dell'evoluzione della disciplina sul lavoro a termine, e aver evidenziato le difficoltà incontrate dal sistema italiano nella trasposizione della direttiva n. 99/1970/CE, opera una comparazione fra il contratto de première embauche in Francia e le proposte di alcuni economisti italiani, ravvisando una comunanza nel perseguimento di fini meramente occupazionali. A questo proposito, l'A. offre una lettura differente di quegli stessi dati statistici utilizzati da alcuni per valutare in termini di precarietà le previsioni della normativa sul lavoro a termine. All'esito dell'analisi, l'A. svolge alcune considerazioni critiche circa l'opportunità di un nuovo intervento legislativo, posto che il d.lgs. 368/2001 ha trasposto correttamente la direttiva comunitaria ed esprime alcune perplessità circa le modalità del prospettato utilizzo del metodo di concertazione e sui contenuti delle linee guida adottate dal Governo, giudicando inconciliabile la lettura restrittiva della possibilità di assunzione a termine e l'intenzione di allargarne l'ambito di applicazione tramite causali «soggettive». L'A. si interroga infine se ciò non significhi riconoscere al contratto a termine una funzione occupazionale o più propriamente «rioccupazionale», riconoscimento che viene tuttavia e da ultimo rimesso in dubbio dal d.d.l. sul Welfare in approvazione.*

EU provisions on fixed-term contracts (Article in Italian) – Summary. *This paper begins with an overview of the development of the regulation of fixed-term employment, highlighting the difficulties in transposing the provisions of Directive 99/1970/CE into the Italian system. The paper then continues with a comparison between le contrat de première embauche in France and the proposals put forward by certain Italian economists, arguing that there is an overlapping of objectives in terms of boosting employment. In this connection, the author puts forward a different interpretation of the statistical data used by certain authors who see a close connection between provisions on fixed-term contracts and precarious employment. In concluding his argument, the author makes some critical observations about the need for new legislative measures, considering that Legislative Decree no. 368/2001 correctly transposed the EU directive, and expresses doubts about the proposed use of tripartite bargaining or concertation, and the contents of the Guidelines adopted by the Government, arguing that a narrow interpretation of the options for fixed-term contracts is incompatible with the idea of extending their use for «subjective» reasons. The author asks whether this means recognising the role of fixed-term contracts in extending employment, or re-employment, although the proposed welfare legislation currently under discussion casts doubt on this function.*

Contrattazione collettiva e lavoro a termine in Italia e Spagna

Carmen Galizia

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Il ruolo dell'autonomia collettiva nell'apposizione del termine al contratto di lavoro: differenze e analogie nell'evoluzione della disciplina legale. – **3.** L'intervento negoziale nell'attuale panorama della *contratación temporal*. – **3.1.** *Segue:* il nodo degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti. – **4.** Una lettura coordinata con le tendenze contrattuali nello scenario italiano.

1. Se il governo contrattuale delle modalità flessibili di occupazione rappresenta un tema di grande spessore, oggi più che mai aperto alla riflessione giuridica, la scelta di ampliare il campo di indagine all'esperienza spagnola è frutto della specifica attenzione che la dottrina ha costantemente mostrato nei confronti di quell'esperienza, oltre che dell'opportunità di superare una chiave di lettura «strettamente legale» che, per quanto attenta e acuta, «equivale, senza dubbio, a impoverire le nostre fonti di conoscenza e, in alcuni casi, a parlare di un Diritto del lavoro parziale, per non dire in buona misura irrealista»⁽¹⁾. Ed invero, in un contesto di ricerca improntato alla crescente valorizzazione degli studi comparatistici, il raffronto tra i due Paesi non si è finora spinto ad orientare il baricentro dell'analisi verso il ruolo dei soggetti negoziali, delle tecniche regolative cui essi (non sempre) si conformano, profilo che è per lo più rimasto confinato dietro le quinte⁽²⁾.

In particolare, il peso preponderante che la fattispecie o, meglio, alcune fattispecie di lavoro a termine hanno assunto in Spagna, connotandosi non come un esempio di lavoro atipico, ma, piuttosto, nei termini di un inaccettabile «pozzo nero»⁽³⁾ dei rapporti di lavoro, sollecita l'interesse ad una verifica sia delle funzioni che il legislatore ha inteso riservare alle parti sociali, sia delle concrete

* Carmen Galizia è borsista post-Dottorato in Diritto del lavoro presso l'Università di Salerno.

⁽¹⁾ Cfr. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma*, in *Relaciones Laborales*, 1997, n. 2, 11.

⁽²⁾ Per un'analisi comparativa incentrata sul dato legale vedi A. LOFFREDO, J. PÉREZ REY, *Contratti a termine e mercato del lavoro: Spagna e Italia*, in *Studi Senesi*, 2002, n. 3, 491 ss.; V. FERRANTE, *L'esperienza spagnola: in difficile equilibrio tra precarietà e promozione dell'impiego*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 285 ss.

⁽³⁾ L'espressione è di R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001*, in *Relaciones Laborales*, 2001, n. 10, 103.

ricadute della produzione contrattuale su una così accentuata flessibilizzazione del lavoro: si tratta, in sostanza, di appurare quale possibilità e/o capacità di controllo sindacale dei flussi di occupazione conosca un mercato del lavoro in cui è tuttora a tempo determinato un prestatore su tre.

Al riguardo conviene evidenziare che l'itinerario evolutivo della normativa legale trova in Spagna un recente approdo nella legge 29 dicembre 2006, n. 43, di conversione del regio decreto legge n. 5 del 2006, il quale ha recepito, con qualche variazione, l'*Acuerdo sobre la Mejora del Crecimiento y del Empleo* ⁽⁴⁾, siglato il 9 maggio 2006 dal Governo e dai soggetti sociali. Malgrado sconti la difficoltà di risolvere l'inevitabile nodo della diversità di posizioni delle parti stipulanti, insieme ad altre circostanze non secondarie che hanno fatto parlare di «un tipo di governabilità post-socialdemocratica, nel quale i meccanismi di concertazione sociale non possiedono la forza e l'intensità in termini di legittimazione che pure erano andati acquisendo» ⁽⁵⁾, tale Accordo ha realizzato l'obiettivo forse più importante del Governo Zapatero, reso manifesto nella Dichiarazione comune su competitività, impiego stabile e coesione sociale dell'8 luglio 2004: la riaffermazione della centralità del dialogo sociale che si cela dietro ad una legge nuovamente contrattata.

Attesa l'esigenza di accertare se, e in quale misura, i soggetti collettivi svolgono le funzioni loro delegate e di analizzare gli orientamenti che le politiche contrattuali disvelano, l'analisi compiuta in questa sede intende mettere in luce le sfide che soprattutto il sindacato si trova oggi ad affrontare. Nel nostro Paese, a seguito del mutamento della tradizionale tecnica regolativa, il sostegno all'attività sindacale sembra già cedere il passo ad un ripetuto sforzo di riconquista di spazi prima assicurati dal legislatore; in quello iberico, ove la delega di funzioni tipiche della legge appare in qualche modo rivitalizzarsi, il sindacato è chiamato a realizzare, con maggiore consapevolezza, una decisiva opera di mediazione degli interessi implicati allo scopo di apprestare incisive forme di tutela a favore dei soggetti più deboli. In quest'ottica, particolare importanza assumono le previsioni collettive che esprimono dichiarazioni di principio o di carattere programmatico, le quali, «nell'evidenziare la preoccupazione e sensibilità dei negozianti di fronte agli allarmanti tassi di disoccupazione o temporaneità, non comportano, in generale, l'adozione di misure concrete al fine di propiziare un auspicabile cambiamento di tendenza» ⁽⁶⁾; previsioni che non soltanto denotano il diffuso grado di coscienza della necessità di una reale assunzione di responsabilità, ma segnano altresì un punto di convergenza tra le esperienze qui considerate. Ci si riferisce soprattutto alle clausole di analogo tenore che si rinvencono nel nostro panorama negoziale e che, pur acquistando un chiaro significato «politico» – specialmente quando richiamano, talora anche in modo implicito, l'Accordo quadro europeo sul lavoro a

⁽⁴⁾ L'accordo è pubblicato in *RIDL*, 2006, III, 122 ss., con commento di T. NANNICINI.

⁽⁵⁾ Vedi diffusamente A. BAYLOS GRAU, *Spagna, storia e analisi dell'accordo sul lavoro*, in www.eguaglianzaeliberta.it, 2006 (cit. da 4).

⁽⁶⁾ Vedi C. ESTÉVEZ GONZÁLEZ, R. MENÉNDEZ CALVO, M.L. FLOR FERNÁNDEZ, F. BOSQUET VILLASUSANA, *El tratamiento convencional de la contratación temporal y del empleo*, in R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (a cura di), *Observatorio de la Negociación Colectiva*, Secretaría Confederal de Política Institucional, Política Social y Estudios de Cc.oo., Madrid, 2002, 30.

termine per cui «i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro»⁽⁷⁾ –, non sempre si traducono in un rinnovato approccio alla flessibilità, individuato, nelle sue iniziali manifestazioni, nel sottoporre le nuove forme di accesso al lavoro a «percorsi di *stabilizzazione* o di controllo della precarizzazione»⁽⁸⁾.

2. Nella regolamentazione del lavoro a termine sono stati diversi, in Italia e Spagna, sia i momenti storici nei quali la contrattazione collettiva ha fatto la sua comparsa, sia le funzioni che il legislatore ha inteso attribuirle. Com'è noto, la crisi economica che dalla fine degli anni Settanta aveva investito il nostro Paese, provocando forti tensioni tra le sempre più pressanti richieste di flessibilità delle imprese e le esigenze di tutela dei lavoratori recepite dalla legge n. 230 del 1962, sollecitò la «svolta risoluta nel senso della delegificazione della materia» che, messa in atto dall'articolo 23 della legge n. 56 del 1987, «aprì la strada all'assorbimento di ogni altro percorso o tecnica di accesso ai contratti a termine in quella, altamente flessibile, della contrattazione collettiva di autorizzazione»⁽⁹⁾: quest'ultima, dotata del potere di arricchire la casistica legale, nel rispetto di limiti quantitativi negozialmente previsti, costituiva «uno strumento normativo più agile, più a contatto con le singole realtà produttive e, all'occorrenza, più rapidamente modificabile»⁽¹⁰⁾. È la tecnica regolativa, altrettanto nota, della flessibilizzazione negoziata.

In quegli stessi anni l'ordinamento spagnolo, che quella crisi assumeva «come contesto o come pretesto», sperimentava «un modello di flessibilizzazione di taglio “neoliberale”» ed il passaggio «da una preferenza chiara e decisa per il contratto a tempo indeterminato ad una situazione, egualmente chiara e decisa, di segno opposto»⁽¹¹⁾; tramite un meccanismo dalla specifica colorazione «contrattualista»⁽¹²⁾, il legislatore rimetteva la scelta del tipo normativo all'autonomia individuale, «esaltando il potere sociale dell'impresa nel mercato del lavoro»⁽¹³⁾. Il modello di regolazione cui era già improntata la legislazione italiana avrebbe cominciato a prendere consistenza soltanto con la riforma operata dalla legge n.

⁽⁷⁾ Tra i molti che riportano la succitata affermazione vedi Ccnl Attività ferroviarie 16 aprile 2003; Ccnl Grafici editoriali (Industria) 24 febbraio 2004; Ccnl Calzaturieri (Industria) 18 maggio 2004; Ccnl Tessili (Industria) 28 maggio 2004.

⁽⁸⁾ Vedi C. LA MACCHIA, *Prime osservazioni sui contratti collettivi successivi alla riforma del mercato del lavoro del 2003*, in *RGL*, 2004, 76 (corsivo dell'autrice).

⁽⁹⁾ Vedi M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, 531.

⁽¹⁰⁾ M. ROCCELLA, *Commento sub art. 23*, in T. TREU, F. LISO, M. NAPOLI (a cura di), *Commentario alla legge 28 febbraio 1987, n. 56*, in *NLCC*, 1987, 769.

⁽¹¹⁾ Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ, *Le tendenze del diritto del lavoro. Spagna*, in *LD*, 1987, 155.

⁽¹²⁾ M.E. CASAS BAAMONDE, A. BAYLOS GRAU, *Organización del trabajo y autonomía individual: la «desregulación» del convenio colectivo*, in *Relaciones Laborales*, 1988, n. 16, 17.

⁽¹³⁾ Così M. D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1990, 15.

11 del 1994, fase saliente del coinvolgimento dei soggetti sociali in una disciplina storicamente presidiata da un «sistema de monopolio legal»⁽¹⁴⁾.

Nell'ambito di un processo di recupero del principio di causalità dei contratti temporanei snodatosi sul filo della graduale abolizione della modalità di carattere congiunturale, svincolata da esigenze temporanee delle imprese, ma non di una più precisa definizione delle ragioni che avrebbero dovuto legittimare il loro utilizzo, i primi due espressi rinvii introdotti nel testo dell'articolo 15 dell'*Estatuto de los trabajadores* (in seguito ET) chiamarono l'autonomia collettiva a cooperare all'obiettivo di adattare gli schemi legali delle assunzioni a termine c.d. «estructurales»⁽¹⁵⁾ alle necessità specifiche delle imprese e dei settori produttivi; funzione, questa, dichiarata nell'esposizione dei motivi del succitato provvedimento che riconosceva l'inadeguatezza della fonte legale nel cogliere, con formule chiuse e predeterminate, il complesso intreccio delle differenziate realtà dei settori e delle attività⁽¹⁶⁾.

Malgrado la consapevolezza che ciò non avvenne «a maggior gloria della negoziazione»⁽¹⁷⁾ e che i varchi aperti al suo apporto regolativo erano in buona misura orientati verso una progressiva flessibilizzazione delle norme legali di riferimento⁽¹⁸⁾, i prodotti dell'attività negoziale di quegli anni non mancarono di suscitare una serie di forti reazioni critiche; reazioni inevitabili che denunciavano, con viva indignazione, come il descritto obiettivo fosse utilizzato a guisa di patente di corso per dare ingresso a prodotti giuridici semplicemente inaccettabili⁽¹⁹⁾, ovvero la trasformazione della modalità strutturale in un rifugio per le assunzioni a termine senza causa, a quel punto soltanto formalmente soppresse⁽²⁰⁾.

La necessità di correggere questa grave disfunzione ha segnato il passaggio ad una nuova fase, a tutt'oggi aperta, che valorizza una logica distinta dalla precedente. Nel quadro di un complessivo ripensamento dei meccanismi diretti ad af-

⁽¹⁴⁾ W. SANGUINETI RAYMOND, *Entre la liberalización y el control: la negociación colectiva sobre contratos temporales estructurales*, in R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (a cura di), *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 180-181.

⁽¹⁵⁾ Si trattava dei contratti *para obra o servicio determinado, eventual e de interinidad*, legati ad una causa oggettiva (rispettivamente: l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti e predeterminati nel tempo; le necessità dell'impresa derivanti da condizioni di mercato, aumento improvviso del lavoro o incremento delle commesse; la sostituzione di un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto).

⁽¹⁶⁾ In particolare, per un verso, ai contratti collettivi fu assegnata la facoltà di «identificare i lavori o compiti dotati di propria autonomia nell'attività normale dell'impresa» che potevano essere svolti mediante la fattispecie *para obra o servicio determinado* (comma 1, lett. a)) e, per altro verso, al «contratto collettivo di categoria» fu attribuita la possibilità di modificare, senza che fosse indicato alcun limite, la «durata massima» del contratto *eventual* come il periodo entro il quale esso poteva essere stipulato, «in relazione al carattere stagionale dell'attività svolta» (comma 1, lett. b)). La nuova formulazione di tale ultimo precetto fissava una durata massima del rapporto di lavoro pari a 6 mesi ed un arco temporale di 12 mesi, a partire dal momento in cui si producevano le esigenze fondanti l'assunzione.

⁽¹⁷⁾ Così J. LOPEZ GANDIA, *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 12.

⁽¹⁸⁾ Cfr. R. MORÓN PRIETO, *La contratación temporal a la luz de la reforma del mercado de trabajo: valoración crítica*, in *Relaciones Laborales*, 1995, n. 17, 31.

⁽¹⁹⁾ Cfr. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal*, cit., 27.

⁽²⁰⁾ F. VALDÉS DAL-RE, *La disciplina jurídica del mercado de trabajo: el caso español*, in *Revista española de derecho del trabajo*, 1999, n. 93, 33.

fermare e promuovere la centralità dell'impiego stabile, la legge 26 dicembre 1997, n. 63, oltre ad arginare l'ampia funzione «adattiva» prima riconosciuta alle parti sociali, intese affidare loro una parallela funzione di controllo e limitazione dell'utilizzo generalizzato delle fattispecie di lavoro a termine ⁽²¹⁾.

Il ruolo assegnato alla negoziazione collettiva tendeva in tal modo ad assumere un significato diverso, più vicino alla funzione di mediazione tra esigenze garantistiche e domanda di lavoro temporaneo che i soggetti sociali già svolgevano nel nostro ordinamento. Ma al modello regolativo adottato era sottesa una precisa opzione di politica del diritto, che tuttora informa la legislazione spagnola e che non poteva sfuggire all'attenzione della dottrina. L'esclusivo ricorso alla tecnica del rinvio all'autonomia collettiva, volta ad istituire misure di controllo di carattere essenzialmente formale o quantitativo, implicava ancora una volta la rinuncia da parte del legislatore a delimitare in maniera più chiara e precisa le cause legittimanti la stipulazione dei contratti; delimitazione causale indispensabile non solo ai fini di un loro genuino utilizzo, ma anche per consentire all'attività negoziale di svolgere in modo appropriato il mandato che le era stato conferito ⁽²²⁾. In sostanza, alla fonte collettiva spagnola era demandato il compito di arginare la tendenziale acausalità della disciplina sul lavoro a termine; nel nostro Paese, la devoluzione di competenze normative rispondeva, quale alternativa alla tecnica della mera deregolazione, ad una logica di flessibilizzazione del sistema altrimenti rigido ⁽²³⁾. Ed è appena opportuno rammentare come quella contenuta nell'articolo 23 cit. sia stata prevalentemente valutata alla stregua di una vera e propria delega in bianco ⁽²⁴⁾, che permetteva di introdurre liberamente non solo ipotesi aggiuntive, ma anche modificative delle fattispecie legali ⁽²⁵⁾.

Rientrano nella memoria più recente i provvedimenti nati per dare attuazione alla direttiva comunitaria sul lavoro a tempo determinato n. 99/70/CE, del 28 giugno 1999, i quali hanno avuto un forte impatto non solo (ovvero non tanto, in Spagna)

⁽²¹⁾ Vedi W. SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, 183. Nel primo senso, da un lato, fu rimessa «ai contratti collettivi nazionali di categoria e di ambito inferiore, inclusi i contratti aziendali», la facoltà di identificare i lavori o compiti che potevano essere svolti mediante il contratto per opera o servizio determinato (art. 15, comma 1, lett. a)), dall'altro, fu limitata la possibilità di modificare la durata massima della tipologia *eventual* attraverso due distinti interventi: l'espressa attribuzione di detta possibilità ai contratti «di ambito settoriale nazionale o, in mancanza, anche di ambito inferiore», e l'imposizione di un tetto equivalente ai tre quarti di un periodo di computo di 18 mesi (art. 15, comma 1, lett. b)). Si fissava, cioè, in 18 mesi il limite massimo entro il quale era possibile stipulare il contratto, mentre la sua durata non poteva superare i tre quarti dell'arco temporale predetto (ossia 13 mesi e mezzo). Nel secondo senso, il «contratto collettivo» fu abilitato a «determinare le attività» per le quali era ammesso il contratto *eventual* nonché a «fissare criteri generali per la definizione di tetti percentuali in rapporto al numero di lavoratori addetti all'impresa» (art. 15, comma 1, lett. b)).

⁽²²⁾ Vedi ancora W. SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, 184, ed ivi bibliografia citata.

⁽²³⁾ Differenza, questa, colta anche da V. FERRANTE, *L'esperienza spagnola: in difficile equilibrio tra precarietà e promozione dell'impiego*, cit., 322.

⁽²⁴⁾ Vedi M. D'ANTONA, *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro*, cit., 18.

⁽²⁵⁾ Così A. MARESCA, *La stagione della flessibilità e l'ordinamento del lavoro: un primo bilancio*, in M. D'ANTONA (a cura di), *op. cit.*, 101; in giurisprudenza vedi, in senso adesivo, Cass., sez. un., 2 marzo 2006 n. 4558, in *DL*, 2006, n. 1-2, II, 28 ss. Per una compiuta ricostruzione dei problemi esegetici posti dall'art. 23, l. n. 56/1987, nonché per un'analisi della ricca produzione negoziale, vedi diffusamente A. BOLLANI, *Lavoro a termine e autonomia collettiva*, in *QDLRI*, 2000, n. 23, 143 ss., e P. SARACINI, *Il contratto di lavoro a termine: dalla legge alla contrattazione collettiva*, in *LD*, 1997, 105 ss.

sul piano giuridico, ma anche su quello delle relazioni industriali ⁽²⁶⁾. In particolare conviene osservare che, mentre il nostro legislatore ha notoriamente colto l'occasione del recepimento della normativa europea per realizzare una riforma complessiva della materia, sebbene l'anticipata conformità agli obblighi comunitari suggerisse l'opportunità di un ben diverso «restauro manutentivo» ⁽²⁷⁾, in Spagna la legge n. 12 del 2001 ha assunto l'indiscussa necessità di attuare le prescrizioni comunitarie ⁽²⁸⁾ mediante l'introduzione di alcuni commi nel corpo dell'articolo 15 ET (la maggior parte dei quali opera, tra l'altro, un rinvio alla contrattazione collettiva) che di quelle prescrizioni non hanno sviluppato gli aspetti più incisivi ⁽²⁹⁾.

Costituisce, inoltre, un dato acquisito che il ridimensionamento del ruolo assegnato alle parti sociali italiane «dà la cifra più autentica del grande impatto innovativo potenzialmente inscritto nel d.lgs. n. 368 del 2001» ⁽³⁰⁾: il disposto di cui all'articolo 1, comma 1, il quale legittima l'apposizione del termine al cospetto di non meglio precisate ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive, sottrae alla negoziazione collettiva il compito di definire le condizioni d'uso delle risorse legali «a tutto vantaggio di una flessibilità non più contrattata bensì direttamente concessa *ex lege* e devoluta ad un controllo giudiziario» ⁽³¹⁾. Altrettanto fuor di dubbio è, però, che il legislatore spagnolo mantiene saldo il modello antecedente, talora addirittura esasperandolo, come meglio si vedrà quando sarà esaminato il profilo della concatenazione contrattuale.

3. Un'indagine più articolata si impone in relazione alle singole tipologie di contratto a tempo determinato conosciute dall'ordinamento spagnolo.

Modificato dalla legge n. 43 del 2006, che ha espunto la figura del *contrato de inserción*, l'articolo 15, comma 1, ET contempla ora un *numerus clausus* di tre distinte modalità contrattuali. Mentre il *contrato para obra o servicio determina-*

⁽²⁶⁾ Riguardo a tale ultimo aspetto v., per l'esperienza spagnola, A. BAYLOS GRAU, *Concertazione sociale e contrattazione in Spagna: modelli a confronto*, in *LD*, 2002, 466-468; A. LOFFREDO, J. PÉREZ REY, *op. cit.*, 499-500; M.C. PALOMEQUE, *La versión 2001 de la reforma laboral permanente*, in *Revista de derecho social*, 2001, n. 15, 11-13.

⁽²⁷⁾ L'espressione è di M. ROCCELLA, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, in *LD*, 2000, n. 3, 363, anche confortato dalla decisione della C. Cost. 7 febbraio 2000, n. 41. Similmente vedi L. MENGHINI, *Lavoro a termine, referendum, direttiva 1999/70/CE, patto di Milano*, in *RGL*, 2000, I, 578-579.

⁽²⁸⁾ In ordine a tale necessità vedi specialmente J. PÉREZ REY, *La incidencia de la Directiva 1999/70 sobre la contratación temporal*, in *Revista de derecho social*, 2000, n. 10, 107 ss.

⁽²⁹⁾ È questo il condivisibile giudizio di A. BAYLOS GRAU, *Concertazione sociale e contrattazione in Spagna*, cit., 467. Un breve cenno merita l'unica misura capace di dispiegare immediatamente i propri effetti, ossia l'istituzione di un'indennità da corrispondere al lavoratore alla scadenza di alcune tipologie di contratto a tempo determinato, invero già contemplata da numerosi testi contrattuali e la cui entità, pari a 8 giorni di salario per ogni anno di servizio, è comunque, in ultima istanza, rimessa all'autonomia collettiva: v. l'art. 49, comma 1, lett. c), ET, che esclude da detto indennizzo i contratti *de interinidad* e quelli formativi.

⁽³⁰⁾ Così S. GIUBBONI, *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in *RGL*, 2002, 505.

⁽³¹⁾ A. PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in AA.VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Giuffrè, Milano, 2003, 128.

do è ammesso «per la realizzazione di un'opera o un servizio determinato, sostanzialmente autonomo rispetto all'attività dell'impresa e la cui esecuzione, sebbene limitata nel tempo, sia al momento iniziale di durata incerta» (lettera a)), quello *eventual por circunstancias de la producción* è consentito «quando lo richiedono le congiunture del mercato, l'accumulazione di lavori o un eccesso della domanda, pur trattandosi della normale attività dell'impresa» (lettera b)). La causa oggettiva che permette la sottoscrizione di tale ultimo negozio è ravvisabile in un incremento dell'attività aziendale (che rende indispensabile un rafforzamento temporaneo dell'organico) il quale deve contraddistinguersi per l'occasionalità, dovendo riferirsi ad alterazioni del ciclo produttivo imprevedibili, straordinarie o di periodicità non abituale⁽³²⁾.

Di queste tipologie è bene evidenziare la smisurata diffusione pratica, che pone in ombra il più peculiare *contrato de interinidad*, nella sua duplice veste *por sustitución*, finalizzata a «sostituire un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto» (lettera c)), e *por vacante*, diretta a «coprire temporaneamente un posto di lavoro durante il processo di selezione o di promozione destinato alla sua copertura definitiva» (articolo 4, comma 1, regio decreto n. 2720 del 1998).

Soffermandoci sulla fattispecie per opera o servizio determinato, il legislatore ha rimesso ai contratti collettivi nazionali di categoria e di ambito inferiore, inclusi i contratti aziendali, la facoltà di identificare le attività che ne permettono l'impiego in relazione a lavori o compiti dotati di propria autonomia nell'attività normale dell'impresa. A differenza dell'opzione esegetica accolta nell'articolo 23, legge n. 56 del 1987, è opinione radicata che l'autonomia collettiva sia dotata di un mero potere di specificazione della definizione legale e, pertanto, di una capacità solo dichiarativa, subordinata alla necessaria ricorrenza dei requisiti previsti dalla legge. In tale ottica il termine «identificare» consente di accertare quali lavori possono essere ammessi nel settore di riferimento ma non di attribuire questa qualificazione ad attività distinte da quelle legalmente stabilite⁽³³⁾. Posto che la fonte collettiva non può alterare la natura causale del contratto, l'interpretazione che si ritiene preferibile le assegna una funzione «escludente»⁽³⁴⁾, tesa a circoscrivere l'operatività dell'istituto ad alcuni dei casi teoricamente possibili, in tal

⁽³²⁾ Ciò non toglie che esso possa essere impiegato in fasi cicliche e stagionali, qualora l'aumento della produzione sia superiore a quello che si presenta abitualmente. È tuttavia opportuno segnalare che la giurisprudenza ne ha esteso l'operatività alle ipotesi di insufficienza di personale, come ad esempio nel settore pubblico nel caso di mancato espletamento delle procedure concorsuali, o di sostituzione di lavoratori in ferie in quello privato. Cfr. A. LOFFREDO, J. PÉREZ REY, *op. cit.*, 509.

⁽³³⁾ Così la sentenza del Tribunal Supremo del 23 settembre 2002, in *Relaciones Laborales*, 2002, vol. II, 936 ss., per cui «se determinati lavori non sono propri di questo contratto, in quanto manca uno dei requisiti che legalmente lo caratterizzano, il contratto collettivo non può autorizzare la sua utilizzazione».

⁽³⁴⁾ Cfr. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Los contratos para obra y servicio determinados y de eventualidad en la reforma de 1997: novedades legales y retos de la negociación colectiva*, in M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS, M.E. CASAS (a cura di), *Estabilidad en el empleo, dialogo social y negociación colectiva*, Tecnos, Madrid, 1998, 73. Tra i molti vedi altresì M.A. BALLESTRER PASTOR, *Notas acerca de la reciente reforma de la contratación temporal estructural*, in *Revista de trabajo y seguridad social*, 1994, 162-163; F.J. PRADOS DE REYES, *Aspectos de la reforma laboral en materia de contratación temporal*, in *Temas laborales*, 1996, n. 38, 16-17; O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El objeto del contrato de trabajo para obra o servicio: última jurisprudencia y nuevas perspectivas a la luz de la reforma de 1994*, in *Relaciones Laborales*, 1997, n. 11, 39-40.

modo fungendo da limite per l'autonomia individuale; è questo il significato conferito all'indicazione racchiusa nell'articolo 2, comma 1, del regio decreto n. 2720 del 1998, ai sensi del quale «quando il contratto collettivo che risulti applicabile ha identificato i lavori o mansioni che possono essere svolti attraverso questa modalità contrattuale si starà a quanto disposto dallo stesso agli effetti della sua utilizzazione».

Se, inoltre, oggetto del contratto non può essere un'attività permanente, né il suo carattere temporaneo può fondarsi su una decisione puramente discrezionale dell'imprenditore, giacché l'intrinseco elemento della temporaneità deve discendere dalla natura dell'attività svolta⁽³⁵⁾, importante è il rilievo che proprio il richiamo alle parti sociali, malgrado l'apparente tenore restrittivo, ne abbia consentito l'estensione ad attività simili a quelle ordinarie o normali dell'impresa, dando luogo ad evidenti problemi di delimitazione rispetto al lavoro eventuale nonché ad una certa propensione a confondere il requisito dell'autonomia con la previa imposizione di una durata determinata⁽³⁶⁾.

Spostandosi sul terreno dell'osservazione concreta, la dottrina ha riscontrato – e l'analisi condotta ha confermato – che l'attività negoziale, connotata negli ultimi anni da un crescente attivismo, è diretta il più delle volte ad agevolare l'uso di questa tipologia contrattuale, forzando talvolta le previsioni legali e addirittura arrivando a distorcere il loro contenuto⁽³⁷⁾. Così accade quando le statuizioni collettive, che sporadicamente esercitano la funzione di impedire la conclusione del contratto al di fuori della casistica prevista⁽³⁸⁾, finiscono per creare «una specie di guazzabuglio nel quale trova posto una gamma molto ampia di circostanze, eventualità, lavori e attività dell'impresa con discutibile o scarsa autonomia»⁽³⁹⁾. Degna di nota è soprattutto la tendenza a recuperare l'abrogato contratto *por lanzamiento de nueva actividad*, sviluppata dalle clausole che ne permettono l'impiego ai fini del lancio di un nuovo prodotto, della realizzazione di un nuovo servizio o dell'apertura di nuovi mercati o zone di distribuzione, con l'evidente sco-

⁽³⁵⁾ Cfr. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Los contratos para obra y servicio determinados*, cit., 72.

⁽³⁶⁾ Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, 190 ss., ed ivi bibliografia citata.

⁽³⁷⁾ *Ibidem*, 189.

⁽³⁸⁾ Si vedano i Ccnl Madera 13 dicembre 2001; Ccnl Yesos, escayolas, cales y sus prefabricados 22 luglio 2003; Ccnl Frío industrial 1° luglio 2004; Ccnl Calzado 25 luglio 2005; Ccnl Pastas alimenticias 4 ottobre 2005; Ccnl Derivados del cemento 3 luglio 2006; Ccnl Instalaciones deportivas y gimnasios 27 luglio 2006; Ccnl Corcho 14 novembre 2006. In diversi accordi un elenco di lavori o compiti *prima facie* tassativo si chiude con una previsione che ammette tutte le attività equiparabili, per analogia, a quelle indicate (Ccnl Fabricación de alimentos compuestos para animales 9 giugno 2003; Ccnl Industrias cárnicas 22 dicembre 2004; Ccnl Turrone y mazapanes 29 giugno 2005; Ccnl Granjas avícolas y otros animales 31 marzo 2006), raramente previa intesa con la Commissione Paritaria di cui al contratto stesso (Ccnl E-laboradores de productos cocinados para su venta 12 settembre 2006).

⁽³⁹⁾ Vedi C. ESTÉVEZ GONZÁLEZ, R. MENÉNDEZ CALVO, M.L. FLOR FERNÁNDEZ, F. BOSQUET VILLASCUSA, *op. cit.*, 20-21, che riportano a titolo di esempio alcune clausole, riproposte nei recenti rinnovi, riguardanti i lavori complementari della propria attività (Ccnl Industria extractiva, vidrio y cerámica 8 giugno 2004), la prestazione di servizi di carattere stagionale, l'apertura di uffici o il lancio di un nuovo prodotto (Ccnl Agencias de viajes 24 febbraio 2005), o anche lo svolgimento, in un periodo massimo di 3 mesi, di quei lavori che con carattere eccezionale devono essere effettuati in una stagione o momento determinato (Ccnl Calzado, cit.).

po di ridurre i relativi costi e rischi ⁽⁴⁰⁾; qui occorre evidenziare che una siffatta modalità di intervento, a dispetto delle molte critiche e delle censure provenienti dalla giurisprudenza ⁽⁴¹⁾, sta conoscendo soltanto una parziale correzione del tiro ⁽⁴²⁾.

Inoltre, nonostante si riconosca l'opportunità di predisporre sul versante collettivo strumenti di contrasto alla corrente giurisprudenziale che ammette la stipulazione del contratto in caso di decentramento produttivo realizzato mediante appalti o concessioni amministrative (così permettendo l'estinzione del rapporto di lavoro al termine di quello che ha natura commerciale o amministrativa) ⁽⁴³⁾, segnatamente sotto forma di divieti di ricorso alla fattispecie in siffatte evenienze ⁽⁴⁴⁾, lungo una direttrice opposta si muovono le clausole che consentono una espansione di questa prassi già diffusa per i tradizionali servizi di pulizia, vigilanza, manutenzione, ad altri settori dell'attività economica nei quali il lavoro è strettamente legato alle commesse ottenute ⁽⁴⁵⁾. Nel nostro panorama negoziale viceversa si segnala la statuizione che, nell'ottica di evitare un uso delle assunzioni a tempo determinato «come mezzo di copertura, protratto e reiterato nel tempo, di vuoti di organico di carattere strutturale», impegna l'imprenditore che abbia stipulato contratti a termine per far fronte ad appalti, concessioni e/o affidamenti di servizi, comunque limitati nel tempo per la rispettiva durata, a trasformare i rapporti di lavoro in rapporti a tempo indeterminato nell'ipotesi di rinnovo del medesimo appalto-concessione-affidamento, tenuto conto delle relative ed effettive esigenze di strutturazione dell'organico aziendale ⁽⁴⁶⁾.

Sempre sul versante spagnolo, giova notare che soprattutto con riguardo alla tipologia contrattuale in parola si seguita a presentare la flessibilizzazione operata dai

⁽⁴⁰⁾ Clausole di tal genere sono contenute in diversi accordi citati alle note precedenti. Nella maggior parte dei casi è prescritto un tetto temporale massimo di 2 anni (Ccnl Industrias cármicas, Ccnl Agencias de viajes, Ccnl Turrone y mazapanes) ovvero di un anno (Ccnl Calzado); non pongono limiti temporali i Ccnl Granjas avícolas y otros animales e Fabricación de alimentos compuestos para animales.

⁽⁴¹⁾ Cfr. ancora W. SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, 197.

⁽⁴²⁾ Si vedano i Ccnl Grandes almacenes 27 febbraio 2006 e Cadenas de tiendas de conveniencia 12 giugno 2006, i quali non basano più l'assunzione sul consolidamento dell'attività commerciale, nonché il Ccnl Instalaciones deportivas y gimnasios, *cit.*

⁽⁴³⁾ Inizialmente i giudici ritenevano che il requisito della temporaneità dovesse situarsi su di un piano interno, ossia inerire all'opera o al servizio prestato e non ad un elemento esterno, qual è il contratto di appalto. Questa stretta interpretazione del principio di causalità è stata rettificata da una nota sentenza del Tribunal Supremo del 15 gennaio 1997, in *Relaciones Laborales*, 1997, vol. I, 732 ss., la quale ha invece sostenuto che, qualora i lavori siano dotati di propria autonomia, la stipula del contratto è lecita se essi rivestono carattere temporaneo per colui che assume la posizione di datore di lavoro, tesi che si è poi consolidata. Sulla questione vedi *amplius*, nonché criticamente, C.L. ALFONSO MELLADO, *Contratación temporal en unificación de doctrina*, in *Revista de derecho social*, 2002, n. 18, 186 ss.

⁽⁴⁴⁾ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Los contratos para obra y servicio determinados*, *cit.*, 73.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, 193-194. Esorta le parti sociali a fronteggiare per altra via la precarietà innescata dall'utilizzo delle tesi del Tribunal Supremo M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Algunas garantías frente a la descentralización productiva: límites al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajenidad en el mercado*, in *Relaciones Laborales*, 2004, n. 19, 22 ss.

⁽⁴⁶⁾ Vedi l'Accordo Enti culturali, turistici e sportivi (Federculture) 21 marzo 2005.

soggetti sociali come una misura funzionale al minor uso possibile del lavoro esterno e del lavoro interinale in particolare ⁽⁴⁷⁾.

Passando alla figura del contratto *eventual por circunstancias de la producción*, sembra indispensabile prendere le mosse dal rinvio legale che più di ogni altro rivela profili di indiscussa problematicità. Per meglio comprendere tali profili è utile ribadire che, a differenza della prima, questa figura rimane soggetta ad un termine certo e ad un limite massimo di durata, fissato dalla legge in 6 mesi nell'ambito di un periodo di 12 mesi, il cui *dies a quo* è costituito dal momento in cui si verificano le cause che ne legittimano la stipulazione. Entrambi i parametri temporali (la durata massima del contratto e/o il periodo entro il quale esso può essere concluso) possono essere modificati dai contratti collettivi di categoria di ambito nazionale o, in mancanza, di ambito inferiore, con esclusione degli Accordi aziendali, nel rispetto di taluni vincoli: per un verso, non è possibile prevedere periodi di riferimento superiori a 18 mesi, né ammettere la sottoscrizione di contratti la cui durata si estende oltre i tre quarti del periodo di riferimento stabilito e, comunque, oltre i 12 mesi; per altro verso, detta facoltà va espletata «in relazione al carattere stagionale dell'attività svolta».

La dottrina è concorde nel ritenere non soltanto che quest'ultima prescrizione oscura il concetto di *eventualidad*, e la connessa imprevedibilità, tramite l'introduzione di un fattore di periodicità che rende labili i confini con il lavoro *fijo discontinuo* ⁽⁴⁸⁾, ma anche che si è al cospetto di una manifesta incongruenza rinvenibile nell'ampiezza degli spazi lasciati all'autonomia collettiva in ordine al profilo temporale: come pure si era osservato prima della revisione del precetto ad opera del legislatore del 1997, che intese moderare l'illimitata possibilità di ampliare la durata del contratto, si tratta di spazi incompatibili con la nozione di stagionalità, ben potendo la disciplina collettiva comportare il soddisfacimento di necessità stagionali anche superiori all'anno ⁽⁴⁹⁾.

Benché, poi, sia del pari evidente che la prerogativa di modificare i limiti temporali fissati dalla legge configura un'eccezione al regime generale della fattispecie, da cui consegue l'esigenza di un'interpretazione restrittiva che, tenendo nel do-

⁽⁴⁷⁾ Vedi Ccnl Empresas mayoristas de productos químicos industriales y de droguería, perfumerías y anexos 17 aprile 2002; Ccnl Industrias de perfumería y afines 30 aprile 2004; Ccnl Comercio de distribuidores de especialidades farmacéuticas 6 ottobre 2005. Sul punto cfr. C. ESTÉVEZ GONZÁLEZ, R. MENÉNDEZ CALVO, M.L. FLOR FERNÁNDEZ, F. BOSQUET VILLAESCUSA, *op. cit.*, 21.

⁽⁴⁸⁾ Si tratta, con le parole di F. VALDÉS DAL-RÉ, *La regolamentazione del part-time. Spagna*, in *DLRI*, 2000, 699, nota 41, di rapporti di lavoro la cui caratteristica «risiede nella loro stagionalità; sono lavori stagionali o agricoli (turismo o raccolta di prodotti agricoli, per esempio), sebbene sono qualificati come tali anche quelli che, ripetendosi nel tempo, si eseguono in determinati giorni dell'anno (spettacoli pubblici, per esempio)». In merito è opportuno segnalare l'importante scissione che la l. n. 12/2001 ha operato tra le due preesistenti versioni di questa fattispecie, grosso modo configurabile come una sorta di lavoro a tempo parziale a chiamata, ossia il lavoro fisso discontinuo non periodico e quello periodico in cui la data di chiamata è certa: mentre in precedenza entrambe le tipologie erano considerate a tempo parziale, con ciò destando critiche e forti perplessità, tale natura è oggi riservata ai lavori fissi periodici, regolati dal comma 3 dell'art. 12 ET. Viene, invece, disciplinato dall'art. 15, comma 8, ET il lavoro fisso discontinuo per cui non esiste certezza nelle date di chiamata, che si presume a tempo indeterminato.

⁽⁴⁹⁾ Vedi J. LOPEZ GANDIA, *op. cit.*, 37. Su tali aspetti cfr. altresì M.C. PASCUAL ALLÉN, *Los contratos temporales y las empresas de trabajo temporal*, in F. VALDÉS DAL-RÉ (a cura di), *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de seguridad social*, Lex Nova, Valladolid, 1997, 111.

vuto riguardo la causa che lo presiede, richieda sia la giustificazione oggettiva del carattere stagionale, sia la ragionevolezza e la proporzionalità delle misure apprestate ⁽⁵⁰⁾, i soggetti collettivi, in linea con la tendenza rilevata nel triennio 1994-1997, sono soliti sottrarsi al compito di indicare le ragioni che sostengono l'intervento sulla durata del contratto nel momento in cui compiono una operazione di tipo «estensivo» che sovente si spinge fino ai massimi consentiti. E a ben guardare, non è improbabile che una certa inclinazione a confondere le frontiere sussistenti con il contratto per opera o servizio sveli in controluce l'intento di eludere a monte il rispetto di un termine di durata certo ⁽⁵¹⁾.

Ma ancor prima (o ancor più) che per i contenuti, le pattuizioni negoziali, che ad una considerazione d'insieme sono le più frequenti in tema di *contratación temporal*, si contraddistinguono per l'incapacità di rispondere con la medesima intensità agli ulteriori richiami operati dalla legge, i quali assegnano a qualsiasi Accordo collettivo, indipendentemente dall'ambito funzionale o territoriale, la possibilità di determinare, con effetti analoghi a quelli visti in relazione al contratto per opera o servizio (vedi articolo 3, comma 1, regio decreto n. 2720 del 1998), le attività per cui possono essere assunti lavoratori eventuali nonché i criteri generali relativi all'adeguato rapporto tra il numero degli stessi e il personale dell'impresa. Risulta infatti esiguo il numero delle statuizioni che implementano il dettato normativo, e in special modo sorprende che la via del contingentamento, sporadicamente imboccata già prima della legislazione del 1997, sia tuttora da reputarsi una «remisión desaprovechada», anche per il limitato valore dissuasivo dei livelli di temporaneità a volte tollerati ⁽⁵²⁾.

Su questo specifico punto, piuttosto, acquistano importanza quantitativa le determinazioni che riferiscono le soglie percentuali a tutti i lavoratori assumibili a termine o, per converso, stabiliscono un tetto minimo di prestatori da impiegare stabilmente presso l'impresa ⁽⁵³⁾, sebbene non sempre emerga la reale intenzione di assicurare un più esteso ricorso al contratto a tempo indeterminato. In proposi-

⁽⁵⁰⁾ Cfr. R. MORÓN PRIETO, *op. cit.*, 37.

⁽⁵¹⁾ Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, 199-200.

⁽⁵²⁾ Cfr. ancora W. SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, il quale cita, a titolo esemplificativo, il limite del 50% del personale fisso *de operaciones*, ossia impiegato in campagne e/o servizi a favore di un terzo, ora applicato a questo personale dal Ccnl *Telemarketing* dell'8 marzo 2005. Più contenuti sono i vincoli indicati dai Ccnl *Empresas de entrega domiciliaria* 18 novembre 2003 (25% dell'organico, eccetto l'ipotesi dell'accumulazione di lavori dovuta al godimento delle ferie) e Ccnl *Ferralla* 22 giugno 2005 (15%).

⁽⁵³⁾ Nella prima direzione vedi, ad es., il Ccnl *Fabricación de alimentos compuestos para animales*, cit., che sottrae alla fissata percentuale del 25% dell'organico totale, comprensiva dei prestatori con contratti formativi ma non degli *interinos*, le nuove imprese, unità produttive o linee di produzione per un periodo di 2 anni; Ccnl *Empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos* 20 novembre 2006, che esclude dal vincolo del 25% dell'organico il personale assunto con contratto *de interinidad, de relevo*, ossia diretto a sostituire un lavoratore che usufruisce in forma parziale del trattamento pensionistico, e per opera o servizio. Quest'ultima intesa prescrive l'inapplicabilità di tale limite alle aziende con meno di 8 dipendenti. Nella seconda direzione vedi Ccnl *Comercio de papel y artes gráficas* 27 novembre 2006, che stabilisce un tetto dell'80% solo per le imprese con più di venti dipendenti; Ccnl *Empresas de seguridad* 15 marzo 2005, nella cui soglia del 60% non vanno computati i lavoratori con anzianità di servizio superiore ad un anno e quelli assunti per opera o servizio; Ccnl *Enseñanza no concertada* 15 febbraio 2006, che definisce per il personale docente un *quantum* del 40% non operante per i contratti *de relevo, de interinidad* e per opera o servizio e altresì ridotto al 20% per le nuove imprese nel corso dei primi 5 anni. Vedi inoltre gli accordi citati alla nota 98.

to va sottolineato l'intreccio con gli obblighi di conversione dei contratti a termine in contratti senza limiti di durata che, ai sensi dell'articolo 15, comma 7, ET, possono essere introdotti dalle parti sociali. Se la ricognizione effettuata rivela che detto compito è sostanzialmente disertato, in svariati casi (Ccnl Conservas, semiconservas y salazones 30 luglio 2001; Ccnl Conservas vegetales 25 maggio 2005) si dispone, invece, la conversione dei contratti *eventuales* in fissi discontinui, secondo quanto demandato dal comma 8 dell'articolo succitato⁽⁵⁴⁾. In merito a tali profili, questione certamente non marginale è quella dell'assenza di meccanismi coercitivi che garantiscano l'effettività delle previsioni negoziali qualora formulate in modo vago o non vincolante⁽⁵⁵⁾.

L'indagine svolta, per motivi di coerenza sistematica, esige almeno un cenno alla disciplina di taluni aspetti del *contrato de interinidad*, per il quale le aperture ai soggetti sociali promanano esclusivamente dal regio decreto n. 2720 del 1998. Posto che esse attengono alla facoltà di estendere l'ambito di applicazione della fattispecie *por sustitución* mediante nuove ipotesi di assenza del lavoratore (articolo 4, comma 1), e di indicare un periodo di preavviso ai fini della cessazione del rapporto (articolo 8, comma 3), i contenuti più rilevanti delle norme collettive, che mostrano in generale uno spiccato disinteresse verso questa figura, riguardano il secondo mandato (Ccnl Frío industrial, cit.; Ccnl Granjas avícolas y otros animales, cit.; Ccnl Industria salinera del 24 luglio 2006) ovvero l'istituzione di un'indennità legata alla conclusione del rapporto di lavoro⁽⁵⁶⁾, laddove essa è esclusa dal legislatore (vedi nota 29). Raramente emerge la preoccupazione di favorire la stabilità dell'impiego tramite la conversione del contratto in caso di mancato ritorno in azienda del prestatore assente o di estinzione del diritto alla conservazione del posto (Ccnl Farmacias, cit.; Ccnl Empresas organizadoras del juego del bingo del 4 luglio 2006). Degne di attenzione sono infine le clausole che attribuiscono soltanto a questa tipologia di lavoratori un titolo preferenziale nelle successive assunzioni (Ccnl Granjas avícolas y otros animales, cit.; Ccnl Cadenas de tiendas de conveniencia, cit.), giacché un diritto di precedenza, non riconosciuto dalla legge, è più spesso previsto a favore di tutti i lavoratori a tempo determinato⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁴⁾ Come osserva I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *El nuevo marco normativo del contrato a tiempo parcial*, in E. ROJO TORRECILLA (a cura di), *Las reformas laborales del nuevo milenio*, Marcial Ponds, Madrid, 2003, 113-114, le determinazioni collettive, che stabiliscono di solito un certo numero di chiamate a partire dal quale il lavoratore acquisirà la condizione di fisso discontinuo, «contemplano la realtà, non sempre nitida, di cicli di attività che comunque non si realizzano con lo stesso grado di intensità e la cui risposta nella forma dei contratti di lavoro necessita di una certa ripetizione e constatazione nel tempo che manifesti effettivamente la loro fissità». Sugli elementi di confusione introdotti in sede negoziale vedi W. SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, 205-207.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. C. ESTÉVEZ GONZÁLEZ, R. MENÉNDEZ CALVO, M.L. FLOR FERNÁNDEZ, F. BOSQUET VILLASCUSA, *op. cit.*, 25, 29. Tra gli accordi che fissano dei criteri di conversione vedi quelli interprovinciali Comercio minorista droguería, herboristería y perfumería 3 gennaio 2005, e Comercio de flores y plantas 22 giugno 2005, nonché il Ccnl Servicios de atención a las personas dependientes 4 maggio 2006.

⁽⁵⁶⁾ Ccnl Industria extractiva, vidrio y cerámica, cit.; Ccnl Industrias de perfumería y afines, cit.; Ccnl Industria azucarera 25 luglio 2003; Ccnl Farmacias 28 aprile 2004; Ccnl Industria química 25 maggio 2004; Ccnl Tejas y ladrillos 20 settembre 2006.

⁽⁵⁷⁾ V., tra gli altri, i Ccnl Frío industrial, cit.; Ccnl Industrias de perfumería y afines, cit.; Ccnl Industria química, cit.; Ccnl Industrias cárnicas, cit.; Ccnl Empresas de seguridad, cit.; Ccnl Prensa diaria, cit.

3.1. Circa gli abusi originati dalla conclusione di contratti a termine «a catena», uno dei principali problemi, di intuitiva percezione, che affligge il mercato del lavoro spagnolo, profili di grande interesse presentano le innovazioni adottate dalla legge n. 43 del 2006. Il provvedimento normativo, modificando il testo dell'articolo 15, comma 5, ET, per un verso ha sancito l'automatica conversione dei contratti a termine (ancorché non stipulati in frode alla legge) ⁽⁵⁸⁾ in contratti a tempo indeterminato qualora le ripetute assunzioni eccedano i 24 mesi all'interno di un arco temporale di 30 mesi, per altro verso ha imposto alla negoziazione collettiva l'obbligo di stabilire i criteri volti a prevenire l'utilizzo abusivo dei contratti stipulati con diversi lavoratori onde occupare lo stesso posto di lavoro coperto in precedenza con contratti di questo tipo.

È opportuno segnalare che la vecchia versione del cennato precetto – introdotto, con esiti poco rilevanti ⁽⁵⁹⁾, dalla legge n. 12 del 2001 – si limitava a demandare ai contratti collettivi la fissazione di requisiti diretti a prevenire gli abusi nell'utilizzazione successiva dei contratti a termine. Ne conseguiva una sostanziale rinuncia a portare a compimento la trasposizione della direttiva n. 99/70/CE ⁽⁶⁰⁾, come poteva evincersi sia dalla mancata adozione di una misura effettiva e direttamente applicabile, pur in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi ⁽⁶¹⁾, sia dal carattere facoltativo della regola istituita dal legislatore, che appariva destinata ad operare come mero promemoria di quanto avrebbe dovuto fare egli stesso ⁽⁶²⁾.

Sembra pacifico che nella riscrittura della previsione statutaria si annida una delle misure più significative e condivise da parte della dottrina, in quanto per la prima volta fornisce una risposta all'esigenza di proibire in modo espresso la reiterazione dei contratti, ma è altrettanto chiaro che essa segue itinerari meno dirimpenti di quelli dai più auspicati. In particolare va segnalata l'inopportunità della scelta del legislatore di non avocare a sé la precostituzione di limiti applicabili ad entrambe le formule di concatenazione contrattuale (oggettiva e soggettiva), passibili di essere poi adattati dalle parti sociali alle peculiarità dei diversi settori produttivi. È fin troppo evidente che lasciare alla negoziazione collettiva la responsabilità di definire autonomamente contenuti e modalità di attuazione

⁽⁵⁸⁾ Conviene rammentare che in forza dell'articolo 15, comma 3, ET, «si presumeranno a tempo indeterminato i contratti a termine stipulati in frode alla legge». Per un riepilogo dei criteri fondanti il controllo giudiziale e della sua evoluzione vedi A. DESDENTADO BONETE, A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La contratación temporal en la unificación de doctrina*, in *Justicia laboral*, 2000, n. 1, 41 ss.; C.L. ALFONSO MELLADO, *op. cit.*, 177-179. In Italia, vedi V. FERRANTE, *Stabilità del rapporto e lavoro a termine in Spagna: una riflessione comparata alla luce della direttiva europea*, in *QDLRI*, 2000, n. 23, 244.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, 225.

⁽⁶⁰⁾ Vedi, tra gli altri, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ, M.E. CASAS BAAMONDE, *La reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»*, in *Relaciones Laborales*, 2001, n. 7, 22-23; A. LOFFREDO, J. PÉREZ REY, *op. cit.*, 523.

⁽⁶¹⁾ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La reforma laboral de 2001 y el empleo: una perspectiva general*, in *Temas laborales*, 2001, n. 61, 39. Invero, l'unica previsione inerente una concatenazione contrattuale riguardava il contratto *eventual por circunstancias de la producción*, il cui secondo e più prolungato arco temporale di riferimento può reputarsi idoneo a stabilire il periodo all'interno del quale computarne la durata anche in caso di assunzioni successive: così W. SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, 223.

⁽⁶²⁾ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001*, *cit.*, 115.

della finalità di impedire la prassi della rotazione di manodopera su di un medesimo posto di lavoro è un'opzione che sconta inevitabili rischi di ineffettività⁽⁶³⁾. Rischi cui se ne affiancano altri, come quelli cui si espone la lettera della norma la quale (benché riguardi una concatenazione realizzata, con o senza soluzione di continuità, sia direttamente sia attraverso l'interposizione delle imprese di lavoro interinale, anche mediante differenti modalità contrattuali)⁽⁶⁴⁾ non risulta del tutto chiara nella misura in cui non appare di facile interpretazione il riferimento allo stesso posto di lavoro con la stessa impresa, cui è ancorata l'acquisizione della condizione di lavoratore stabile; sicché non è azzardato ipotizzare il ricorso a manovre elusive, attuate tramite una modifica delle mansioni ovvero della formale denominazione del posto occupato o dell'identità dell'impresa, senz'altro in grado di sdrammatizzarne l'efficacia⁽⁶⁵⁾.

Giova ancora osservare che l'indicazione di una durata massima all'interno di più ampio arco temporale, riferita al complesso dei rapporti a termine instaurati con uno stesso lavoratore, rappresenta una tecnica, simile a quella adoperata dal legislatore per il contratto eventuale, che le clausole negoziali stanno già sperimentando⁽⁶⁶⁾. È questa una tecnica che trova talvolta ospitalità anche nella nostra produzione contrattuale e che merita di essere segnalata quale sintomatica evidenza della viva aspirazione alla stabilità del rapporto di lavoro alla quale conferisce precipua concretezza⁽⁶⁷⁾.

Un'ulteriore via di prevenzione degli abusi è rinvenibile nelle previsioni d'oltralpe che, seguendo la strada ora indicata dalla legge, delimitano la successione contrattuale con riguardo a distinti lavoratori allo scopo di evitare che, suo tramite, sia occupato un posto di lavoro permanente⁽⁶⁸⁾. Sotto tale ultimo profilo la differenza rispetto al passato è sensibile: il rinvio, forse eccessivamente generico, alla contrattazione collettiva appare di ben altro spessore poiché ora viene effettuato in maniera imperativa. Si tratta comunque, almeno per questo aspetto della recente riforma, di una svolta ancora tutta da verificare sul versante applicativo⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶³⁾ In tal senso vedi anche J. PÉREZ REY, *El Acuerdo para la mejora del Crecimiento y del Empleo: primeras reflexiones acerca de su contribución a la calidad del trabajo*, in *Revista de derecho social*, 2006, n. 34, 257.

⁽⁶⁴⁾ Si tratta dei soli contratti per opera o servizio determinato e eventuale, essendo esplicitamente esclusi i contratti formativi, quelli *de relevo* e *de interinidad*.

⁽⁶⁵⁾ Vedi ancora J. PÉREZ REY, *El Acuerdo para la mejora del Crecimiento y del Empleo*, cit., 257, che vi ravvisa il «verdadero talón de Aquiles» della proibizione legale. Sottolineano il problema del significato (funzionale o topografico) da attribuire all'espressione «stesso posto di lavoro» anche A. PEDRAJAS MORENO, T. SALA FRANCO, *L'Accordo per la promozione dello sviluppo e dell'occupazione e la riforma del mercato del lavoro*, in *q. Rivista*, 2006, 931.

⁽⁶⁶⁾ Si veda il contratto interprovinciale Comercio minorista droguería, herboristería y perfumería, cit.; Ccnl Industria química, cit.; Ccnl Grandes almacenes, cit.; Ccnl Servicios de atención a las personas dependientes, cit.

⁽⁶⁷⁾ Vedi l'Accordo Chimici farmaceutici (Industria) 10 maggio 2006. Secondo un modulo già invalso da tempo: Ccnl Ortofrutticoli ed agrumari 27 giugno 2003; ipotesi di Accordo Agricoltura (Cooperative) 28 giugno 2006; ipotesi di Accordo Agricoltura (Operai) 6 luglio 2006.

⁽⁶⁸⁾ Si vedano, con esclusivo riguardo al contratto eventuale, i Ccnl Curtido, correas y cueros industriales 26 luglio 2004; Ccnl Centros de asistencia y educación infantil 21 febbraio 2005; Ccnl Calzado, cit.

⁽⁶⁹⁾ Per un primo intervento negoziale v. il Ccnl Gestión y mediación inmobiliaria 30 ottobre 2006, il quale dispone che se uno stesso posto di lavoro è coperto da distinti lavoratori per 30 mesi in un periodo

4. Di converso, nel nostro ordinamento una significativa svolta è già stata segnata dalla contrattazione collettiva che mostra di conservare un ricordo vivo e duraturo di quella «verità elementare» che dischiude al suo intervento «ciò che il datore di lavoro può fare da solo», prontamente rievocata dalla più attenta dottrina⁽⁷⁰⁾, poi estesa anche alla somministrazione di manodopera a tempo determinato. Poiché il ruolo attribuito alla sede negoziale è essenzialmente circoscritto al profilo della quantità di rapporti a termine utilizzabili, al fine di scongiurare il rischio, implicito nell'abrogazione della casistica tassativa, di una troppo estesa precarizzazione del lavoro⁽⁷¹⁾, colpisce che, lungi dal voler assumere le vesti di una perenne cenerentola, essa si sia in molti casi riappropriata della funzione di definire i presupposti per la conclusione del contratto⁽⁷²⁾, sposando, senza alcuna autorizzazione o rinvio da parte del legislatore delegato, la più nobile logica di valorizzazione e promozione che esprime la direttiva comunitaria⁽⁷³⁾.

La maggiore criticità insita in questo audace recupero di iniziativa che intende catalizzare l'attuale assetto giuridico nel senso desiderato (pure dagli imprenditori) di una diffusione controllata della fattispecie⁽⁷⁴⁾ – e che funge altresì da possibile vettore della riduzione del tasso di incertezza tipico di una tecnica di normazione basata su di una formula generale⁽⁷⁵⁾ – risiede nella discussa legittimità di una caratterizzazione non meramente esemplificativa delle ipotesi di assunzione a termine, la quale, ancorata alla sussistenza di motivi oggettivi⁽⁷⁶⁾, finirebbe per dar luogo alla stessa funzione «escludente» di cui si è detto a proposito del contratto *para obra o servicio determinado*. È questa un'opzione che non sempre emerge in modo deciso nella variegata architettura delle regole negoziali e nel cui solco si collocano statuizioni che meritano di essere segnalate per il loro significato «censore», come quelle per cui il termine «deve essere giustificato dalla specialità del rapporto»⁽⁷⁷⁾ o da «esigenze che abbiano carattere temporaneo o con-

di 36 mesi, l'ultimo lavoratore della catena diventa a tempo indeterminato qualora assunto con un contratto dalla durata prevista pari o superiore a 3 mesi.

⁽⁷⁰⁾ Vedi M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *op. cit.*, 92.

⁽⁷¹⁾ A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001, 39.

⁽⁷²⁾ Come rilevato da L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *q. Rivista*, 2006, 117-118, «la contrattazione collettiva post-decreto n. 368 ha forgiato una casistica potenzialmente esaustiva di "causali" oggettive, quasi tutte di natura temporanea e lo ha fatto proprio con riferimento al decreto legislativo n. 368».

⁽⁷³⁾ In termini critici su come il legislatore abbia disatteso le indicazioni comunitarie cfr. R. ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato*, Giuffrè, Milano, 2001, 248.

⁽⁷⁴⁾ Sul punto vedi L. ZAPPALÀ, *Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine*, in *RGL*, 2006, 213.

⁽⁷⁵⁾ Vedi M. MARINELLI, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *op. cit.*, 69-70; L. MONTUSCHI, *op. cit.*, 119, per cui «la tipizzazione collettiva incontra [...] minori resistenze rispetto alla causale elaborata dal datore di lavoro, che sarà sottoposta, per una sorta di naturale diffidenza, ad un controllo più stringente da parte del giudice».

⁽⁷⁶⁾ Tra i molti autori che reputano preclusa la possibilità di introdurre ipotesi di tipo «soggettivo» cfr. M. MARINELLI, *op. cit.*, 70, e A.R. TINTI, *Dopo questa flessibilità, quale contrattazione?*, in L. MARIUCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2006, 353; in senso dubitativo vedi P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, 180.

⁽⁷⁷⁾ Ccnl Agricoltura (Impiegati) 27 maggio 2004.

tingente»⁽⁷⁸⁾, nonché, com'è ovvio, le clausole che prorogano o ripropongono la pregressa disciplina⁽⁷⁹⁾.

Rispetto a tale questione, se recenti studi sulle prime linee interpretative della giurisprudenza hanno avuto modo di appurare che «la contrattazione collettiva può avere ancora un ruolo nella specificazione e “certificazione” delle ragioni (oggettive) giustificative del termine, sia pure di supporto e integrazione rispetto al contratto individuale e senza efficacia vincolante»⁽⁸⁰⁾, anche in dottrina, benché sia stato argomentato che «il consueto rapporto legge-autonomia collettiva costruito in termini di trattamento di miglior favore liberamente introducibile dalla fonte collettiva non regge, o comunque mostra sensibili sismicità, nell'ambito del “microsistema” del mercato del lavoro», si è giunti a negare l'ammissibilità di causali che restringano l'ambito di applicazione delle tipologie di lavoro flessibile le quali, nelle intenzioni del legislatore, sono volte a procacciare ulteriori occasioni di impiego⁽⁸¹⁾.

Con riguardo a quest'ultimo specifico profilo, non pare si possa ricavare un solido supporto interpretativo dalla finalità di accrescere i tassi di occupazione, che se certamente deve essere presa sul serio⁽⁸²⁾, non può tradursi in «una sorta di blindatura omnicomprensiva [...] contro “rifiuti” o “manomissioni” da parte della contrattazione collettiva»⁽⁸³⁾, in special modo quando, ed è questo il caso, il suo apporto regolativo non resta assoggettato ad alcun esplicito divieto⁽⁸⁴⁾.

⁽⁷⁸⁾ Precisando che ulteriori casistiche possono essere concordate a livello aziendale e/o territoriale: ipotesi di Accordo Agenzie di viaggio e turismo (Confcommercio) 19 luglio 2003; ipotesi di Accordo Categorie alberghiere 16 ottobre 2003; ipotesi di Accordo Turismo (Federturismo) 2 febbraio 2004; Ccnl Commercio (Cooperative di consumo) 2 luglio 2004. Richiede la «presenza di esigenze temporalmente definite», il Ccnl Consorzi agrari 11 novembre 2005.

⁽⁷⁹⁾ Si vedano, tra i molti, Ccnl Tabacco (Lavorazione) 11 giugno 2003; Ccnl Cooperative sociali 26 maggio 2004; ipotesi di Accordo Agricoltura (Cooperative), cit.; Ccnl Avis 27 settembre 2004; ipotesi di Accordo Forestali e agrari 2 agosto 2006.

⁽⁸⁰⁾ Vedi *amplius* L. NANNIPIERI, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, in *RIDL*, 2006, I, 341 ss. (cit. da 349-350), il quale ravvisa altresì nel «rinnovato ruolo degli accordi sindacali» uno dei fattori che ha impedito l'aumento del contenzioso paventato a seguito dell'adozione della nuova tecnica legislativa. Ad analoghe conclusioni perviene C. CARNOVALE, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a termine*, in *DL*, 2006, 217, secondo cui la giurisprudenza ha definito un ruolo «contenuto» della contrattazione collettiva, al massimo di garanzia e di riscontro oggettivo della reale sussistenza delle ragioni giustificatrici.

⁽⁸¹⁾ Cfr. P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 140 ss. (cit. da 141), 178. Conformemente M. QUARANTA, *Il contratto a tempo determinato: autonomia individuale e contrattazione collettiva*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, ES, Napoli, 2006, 502 ss.

⁽⁸²⁾ Secondo la metodologia indicata da M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in AA.VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, Giuffrè, Milano, 13-14.

⁽⁸³⁾ In tal senso F. CORSO, *Fonti eteronome e autonomia collettiva nella riorganizzazione del mercato del lavoro*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 32.

⁽⁸⁴⁾ Vedi L. MONTUSCHI, *op. cit.*, 118, secondo il quale il legislatore non avrebbe neppure potuto elevare steccati per inibire a priori l'intervento delle parti sociali, se non rischiando di violare l'art. 39 Cost. L'inesistenza di un esplicito divieto a negoziare è rilevata anche da M. MARINELLI, *op. cit.*, 69, e A. ALLAMPRESE, *Abrogazioni e disciplina transitoria*, in L. MENGhini (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsa, Milano, 2002, 212.

La legittimazione a prevedere clausole di «irrigidimento» della disciplina legale, da considerare alla stregua di disposizioni di miglior favore, potrebbe essere invece sostenuta dando il giusto peso alla qualità del lavoro, come dovrebbe insegnare, con le cautele imposte dalla delicatezza di una comparazione, l'esperienza spagnola degli ultimi 25 anni di politica per l'impiego, la quale, pur essendo tesa a «procurare un'azione di livellamento fra le due categorie di cittadini, quelli che non hanno un lavoro e quelli che sono occupati, non ha [...] esteso al settore dei disoccupati il tipo di lavoro socialmente rilevante, il lavoro stabile o a tempo indeterminato, che permette un qualche efficace sistema di garanzie, ma piuttosto lo ha confinato nell'impiego precario in cui non esistono le condizioni per parlare di un diritto al lavoro»⁽⁸⁵⁾. Del resto, assai plausibile è anche la lettura suggerita da chi pone in primo piano il tavolo della contrattazione, le decisioni che in quella sede si assumono, «espressione di una libera scelta imprenditoriale autolimitante» che, pertanto, deve valutarsi non quale «deroga ma, appunto, come mera, e del tutto legittima, integrazione normativa»⁽⁸⁶⁾.

Quale che sia la soluzione più convincente, e dunque il valore esemplificativo o tassativo da attribuire alle clausole in oggetto, l'atteggiamento assunto dalla autonomia collettiva italiana si pone in contrasto con il dato che affiora dalle pagine che precedono.

In Spagna il progressivo ampliamento degli spazi qui compressi ha conferito alle parti sociali una concreta possibilità di gestione e controllo delle dinamiche delle assunzioni a tempo determinato. Ma quale contributo si è apportato all'obiettivo di sradicare il loro intollerabile abuso? Le linee contrattuali che tendono a confondere i profili di alcune fattispecie, che identificano in modo controvertibile le attività per cui è ammessa la tipologia per opera o servizio o, ancora, che manifestano uno scarso interesse per la specificazione di quelle relative alla modalità eventuale lasciano scorgere, ad uno sguardo d'insieme, non solo che le tessere del mosaico negoziale si strutturano e si ricompongono in una sorta di moltiplicazione delle possibilità di accesso ai contratti a termine, ma anche quale sia il principale fattore all'uopo adoperato, ossia una vera e propria «descausalización» degli stessi. Non di rado, come parimenti si è avuto modo di rilevare, siffatte operazioni sono accomunate sul piano dei ragionevoli dubbi suscitati in ordine al rispetto dei requisiti previsti dalla legge, sicché il disegno cui dà forma l'autonomia collettiva non si limita ad occupare del tutto la superficie della lecita utilizzazione delle diverse forme di impiego, ma tende ad oltrepassarla muovendosi in una direzione che non è quella di rimarginare, o almeno di non aggravare, la denunciata piaga del mercato del lavoro: in una direzione che, può aggiungersi, non è quella impressa dalla nostra più recente vicenda contrattuale allorquando, come nelle sopraindicate ipotesi, essa investe il regime causale dell'istituto.

⁽⁸⁵⁾ Così A. BAYLOS GRAU, *Il riconoscimento costituzionale del diritto al lavoro nell'ordinamento spagnolo*, in *DLM*, 2003, 529. Predilige un punto di vista del genere anche M. AIMO, *Il contratto a termine alla prova*, in *LD*, 2006, 473.

⁽⁸⁶⁾ In questi termini, benché sull'identica tendenza riscontrata in materia di somministrazione a termine, C. CHISARI, M. ESPOSITO, A.M. MONTRONE, *Somministrazione e appalti: contrattazione collettiva e fenomeni interpositori*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 434-435. Si veda inoltre, con specifico riguardo alla fattispecie qui considerata, M. MARINELLI, *op. cit.*, 70.

Le osservazioni ora svolte trovano grosso modo riscontro anche sul terreno della definizione delle quote massime di rapporti temporanei, che il decreto legislativo n. 368 ha reso senz'altro più franso rispetto a quello su cui poggia l'azione sindacale in Spagna. Non tanto in virtù del discusso slittamento del vincolo quantitativo da onere per la legittimità di nuove ipotesi (da cui la conferma della funzione amministrativa, più che normativa, assegnata ai contratti collettivi di autorizzazione) ⁽⁸⁷⁾ a semplice esortazione che vale a conferire «funzioni meramente determinative di un elemento della *disciplina*, non della *fattispecie*» ⁽⁸⁸⁾, giacché questo passaggio sembra accorciare le distanze fra i due Paesi; in un'ottica comparata, l'aspetto di maggior sofferenza del controllo sindacale italiano va individuato nel divieto di svolgere l'attività negoziale su una serie nutrita di casi che si espone, peraltro, a fondate censure di incostituzionalità per violazione dell'articolo 39, comma 1, Cost. ⁽⁸⁹⁾.

Malgrado l'esercizio di tale controllo risulti ormai muoversi in un contesto molto più difficoltoso, l'esame dei contratti collettivi mette in risalto una diffusa occupazione di ambiti che il venir meno di uno strumento di scambio nelle trattative faceva qualificare come eventuale ⁽⁹⁰⁾, non priva di segnali di insofferenza verso il regime di immunità concepito dal legislatore delegato ⁽⁹¹⁾; sicché, contrariamente all'esperienza spagnola e agli evidenziati *deficit* della regolamentazione contrattuale, sotto questo profilo la nostra autonomia collettiva non è affatto uscita di scena. Se, inoltre, questa linea di sostanziale continuità con il passato è almeno in parte sfumata dall'innalzamento, comprovato in svariati contratti, del tetto percentuale e/o del numero in cifra fissa di lavoratori che possono essere assenti, principale testimonianza delle accennate difficoltà per il sindacato di rimediare agli effetti prodotti dal dettato normativo ⁽⁹²⁾, va rimarcato che le soglie previste non raggiungono mai i valori massimi rintracciabili nelle fonti collettive

⁽⁸⁷⁾ Cfr. M. D'ANTONA, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazione e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in RIDL, 1987, I, 272-273.

⁽⁸⁸⁾ Così P. CAMPANELLA, *Contrattazione collettiva e lavoro a termine*, in AA.VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., 602 (corsivo dell'autore). In senso analogo vedi, tra i molti, A. RUSSO, R. SALOMONE, *Esclusione e discipline specifiche*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002, 236; C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in AA.VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, cit., 93. Per la tesi di segno diametralmente opposto, che opta per l'essenzialità del limite quantitativo, cfr. A. VALLEBONA, C. PISANI, *op. cit.*, 42; R. ALTAVILLA, *op. cit.*, 251; M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva*, cit., 93-94.

⁽⁸⁹⁾ Vedi diffusamente M. AIMO, *op. cit.*, 484 ss., ed ivi bibliografia citata; F. CORSO, *op. cit.*, 30 ss.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. G. PROIA, *Flessibilità e tutela «nel» contratto di lavoro subordinato*, in AA.VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., 181-182.

⁽⁹¹⁾ Segnali che, tra l'altro, si rinvergono in due ordini di clausole. Quelle che riferiscono le restrizioni a «tutte le tipologie di contratto a tempo determinato», ad eccezione di alcune che sfuggono alla loro applicazione (in specifico, attinenti alla fase di avvio di nuove attività e alla sostituzione di lavoratori assenti): Ccnl Commercio (Confcommercio) 2 luglio 2004; Ccnl Commercio (Confesercenti) 6 luglio 2004. E quelle che, di contro, nel fissare le soglie percentuali, elevabili con accordo aziendale, soltanto in relazione a precise causali, puntualizzano che queste ultime operano anche se i rapporti di lavoro hanno durata inferiore a 7 mesi: vedi i Ccnl del settore tessile; Ccnl Calzaturieri (Industria), cit.; Accordo Retifici meccanici da pesca 15 giugno 2004; Ccnl Legno-arredamento (Industria) 21 luglio 2004; Accordo Legno-arredamento (Piccola industria) 22 settembre 2004.

⁽⁹²⁾ Vedi M. AIMO, *op. cit.*, 480, che parla, al riguardo, di un «effetto-aumento».

d'oltralpe. In tale ordine di idee va segnalato, quale ulteriore dato emergente dall'ampia gamma delle soluzioni che i testi contrattuali accolgono, l'intreccio tra la fattispecie *de qua* e quella della somministrazione a tempo determinato, a volte mediante la previsione di un'unica comune percentuale, altre volte, affiancando ai tetti fissati per ciascuna di esse una limitazione riferibile ad entrambe⁽⁹³⁾, di modo che, come avviene in Spagna, «l'utilizzo dell'una o dell'altra possibilità si produce in termini di alternanza e non di accumulazione»⁽⁹⁴⁾. Raramente, e salvo precise deroghe, una negoziazione più indipendente dalle previsioni legali ha il suo terreno d'elezione in un'originale «percentuale complessiva massima della c.d. "flessibilità"»⁽⁹⁵⁾.

Alla luce di quanto affermato, è dunque plausibile ritenere che il rischio di una pericolosa deriva verso limiti che non potrebbero considerarsi tali si annidi per lo più nell'apertura alla contrattazione aziendale⁽⁹⁶⁾, sempre che, beninteso, non soccorra un rigoroso argine⁽⁹⁷⁾, il quale, accentuando la necessità di una ponderata valutazione delle distinte specificità produttive e organizzative, potrebbe ad esempio favorire i datori di lavoro che abbiano mantenuto in servizio una certa quota di prestatori a termine⁽⁹⁸⁾. Lo stesso dicasi per l'ipotesi, sottratta al vincolo delle clausole di contingentamento, dei contratti stipulati «nella fase di avvio di nuove attività» (articolo 10, comma 7, lettera a)) – che ha immediatamente richiamato alla mente la figura del contratto *por lanzamiento de nueva actividad*⁽⁹⁹⁾ – in relazione alla quale i soggetti collettivi nazionali talora demandano la facoltà di incrementare il periodo in cui si protrae la fase di avvio alla contrattazio-

⁽⁹³⁾ Nella prima prospettiva vedi i ccnl del settore edile; nella seconda, i Ccnl Legno-arredamento, cit., e i Ccnl Commercio (Confcommercio e Confesercenti), cit.

⁽⁹⁴⁾ Così J. CABEZA PEREIRO, *Las empresas de trabajo temporal tras las reformas de 1999*, in *Actualidad laboral*, 2001, I, 306, commentando l'attuale redazione dell'art. 6, comma 2, della l. n. 14 del 1994, per cui la fornitura di lavoro temporaneo è ammessa negli stessi casi e alle medesime condizioni in cui può essere concluso un contratto a tempo determinato ai sensi dell'art. 15 ET.

⁽⁹⁵⁾ In tali termini l'Accordo Enti culturali, turistici, sportivi (Federculture), cit. Vedi altresì Ccnl Istituzioni socio-assistenziali (Uneba) 27 maggio 2004; Ccnl Imprese portuali 26 luglio 2005; ipotesi di Accordo Servizi postali appaltati 28 luglio 2005.

⁽⁹⁶⁾ La dottrina maggioritaria, nonostante il richiamo ai soli contratti collettivi nazionali, sostiene la legittimità di un'eventuale *sub-delega* alla contrattazione decentrata: cfr. R. ALTAVILLA, *op. cit.*, 250-251; M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva*, cit., 94; P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 203. Ipotizza un'autonoma competenza del contratto aziendale F. CORSO, *op. cit.*, 33.

⁽⁹⁷⁾ Sul punto si conviene ancora con M. AIMO, *op. cit.*, 481.

⁽⁹⁸⁾ È questa una possibile risposta all'istanza di un corretto utilizzo dell'istituto indicata in via generale da F. CORSO, *op. cit.*, 26. L'attribuzione di vantaggi o convenienze a beneficio delle imprese rappresenta una strada già praticata, ancorché di rado, dalla negoziazione collettiva spagnola. Tra i più permissivi vedi il Ccnl Calzado, cit., per cui «cuando el personal eventual supere el 50% de la plantilla, las empresas no tendrán derecho a aplicar la flexibilidad de jornada»; il Ccnl Calzaturieri (Industria), cit., rispetto al quale si può proporre un confronto, stabilisce che il numero dei lavoratori a termine non può superare il 10% per aziende fino a 70 dipendenti e il 5% per quelle con oltre 70 dipendenti, essendo comunque consentita la stipulazione di almeno 7 contratti. In altri casi, invece, al rispetto dei limiti di carattere quantitativo, invero più contenuti dell'esempio sopra riportato e applicabili a tutte le tipologie di contratto a tempo determinato, è agganciata l'estensione della durata della modalità *eventual*: vedi Ccnl Agencias de viajes, cit., contratto interprovinciale Comercio minorista droguería, herboristería y perfumería, cit., e Ccnl Agenzie di lavoro interinale 14 aprile 2004.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. V. FERRANTE, *L'esperienza spagnola*, cit., 289.

ne integrativa, territoriale e/o aziendale ⁽¹⁰⁰⁾, ovvero ai soli Accordi aziendali ⁽¹⁰¹⁾.

Altro punto su cui si pronunciano diversi contratti collettivi e che rivela un ruolo frenante rispetto alla finalità liberistica perseguita dal legislatore – nonché, come si è visto, dai soggetti sociali spagnoli in relazione al contratto *eventual* – è quello attinente alla durata del rapporto di lavoro. Al riguardo è interessante osservare che l'ambizione di pilotarne l'uso attraverso limiti temporali è tramandata dai vecchi testi, le cui determinazioni, quando non vengono riproposte identicamente ⁽¹⁰²⁾, per lo più presentano correttivi «al rialzo» ⁽¹⁰³⁾; nondimeno si riscontrano casi di restrizioni introdotti *ex novo*, sempre sotto forma di soglie di durata massima ⁽¹⁰⁴⁾, massima e minima ⁽¹⁰⁵⁾, e talvolta anche solo minima ⁽¹⁰⁶⁾.

L'indicazione di una durata massima può essere ricondotta all'obiettivo del contenimento del periodo di precariato, teso a spezzare il filo del paradosso per cui un rapporto a termine di lunga durata è più stabile di un rapporto a tempo indeterminato ⁽¹⁰⁷⁾. Non va però sottaciuto che è difficile riscontrare nella prassi l'utilizzo di una durata superiore al tetto più elevato fissato in via convenzionale (3 anni): soprattutto ove si consideri che il lavoratore non è in genere assunto per lunghi lassi temporali, le modalità di questo intervento risultano in buona misura declinate timidamente.

Anche sulla scorta di un'indagine che incrocia il piano causale, sembra che una siffatta pattuizione non costituisca un mero contrappeso all'indeterminata apertura legislativa sul fronte dell'accesso alla fattispecie, in quanto, caricandosi di un significato ulteriore, essa può sottintendere un'interpretazione del contratto secondo il metro precedente. Il bilanciamento di interessi che si realizza attraverso

⁽¹⁰⁰⁾ Ipotesi di Accordo turismo (Federturismo), cit.; Ccnl Commercio (Confcommercio e Confesercenti), cit.

⁽¹⁰¹⁾ In relazione a specifiche caratteristiche produttive aziendali o di mercato: Accordo Chimici farmaceutici (Industria) 28 maggio 2004; con particolare riferimento alle aziende e/o unità produttive o di servizio operanti nei territori del Mezzogiorno: Ccnl Alimentari (Piccola industria) 6 maggio 2004 e Ccnl Grafici editoriali (Industria), cit.

⁽¹⁰²⁾ Tra le fonti collettive che riportano la pregressa normativa negoziale vedi, ad es., Ccnl Assicurazioni (Amministrativi e produzione) 18 luglio 2003; Ccnl Commercio (fino a 14 dipendenti) 20 luglio 2005; Ccnl Giornalisti (Emittenza locale) 11 luglio 2006. Tra quelle che la adeguano al nuovo assetto giuridico vedi Ccnl Anas 18 dicembre 2002 e Ccnl Ortofrutticoli ed agrumari, cit.

⁽¹⁰³⁾ Confermano la durata minima ma incrementano quella massima: Accordo Edili (Cooperative) 24 maggio 2004; Accordo autoferrotranviari 14 dicembre 2004; ipotesi di Accordo Autonoleggio 28 luglio 2006. Confermano, ancora, la durata minima e introducono una soglia massima: Ccnl Autostrade e trafori (Concessionari) 15 luglio 2005; Ccnl unico della Logistica, trasporto merci e spedizione 9 novembre 2006.

⁽¹⁰⁴⁾ Tra gli accordi che fissano la durata in 3 anni vedi: Ccnl Anpas 15 marzo 2004; Ccnl Pompe funebri 15 luglio 2005; Accordo Enti culturali, turistici e sportivi (Federculture), cit. Più contenuti sono i limiti di cui all'Accordo Ferrovie dello Stato 16 aprile 2003.

⁽¹⁰⁵⁾ Ipotesi di Accordo Magazzini generali 29 gennaio 2005; Accordo Autoscuole 5 luglio 2005; Ccnl Enti previdenziali privatizzati 6 maggio 2005.

⁽¹⁰⁶⁾ Si veda, ad esempio, l'ipotesi di Accordo Agricoltura (Operai), cit.

⁽¹⁰⁷⁾ Paradosso denunciato da R. DEL PUNTA, *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *q. Rivista*, 2002, 549. Al riguardo vedi Cass. 11 aprile 2003 n. 5768, in *NGL*, 2003, 564 ss., che ricava dall'inesistenza di «una disposizione inderogabile in negativo» la liceità della norma contrattuale che integra la disciplina di fonte legale con la predeterminazione di un termine massimo alla durata del contratto.

il filtro sindacale potrebbe, cioè, lasciar trasparire che un corretto e accettabile impiego dell'istituto passa ancora attraverso il soddisfacimento di necessità strutturalmente temporanee (e non soltanto organizzative) dell'impresa; necessità della cui salvaguardia le parti si renderebbero in qualche modo garanti, esigendo il rispetto di una sorta di limite esterno, ma intrinseco all'astratta combinazione tra durata del rapporto e attività che può essere dedotta in contratto onde evitare abusi a danno del lavoratore ⁽¹⁰⁸⁾.

Rivolgendo ora il discorso al tema della stabilizzazione del rapporto di lavoro, che ha progressivamente acquisito una posizione centrale nella legislazione e nella contrattazione collettiva spagnola, anche la ricognizione degli Accordi collettivi italiani mostra che molto deve essere ancora fatto per produrre risultati concreti ⁽¹⁰⁹⁾. Come si è avuto modo di osservare, sporadicamente ci si premura di porre argini alla reiterazione dei contratti. Inoltre, in punto di attuazione del rinvio di cui all'articolo 10, comma 9, del decreto n. 368, il quale, spostando la fonte del diritto di precedenza nelle successive assunzioni dalla norma legale a quella patrizia, attribuisce ai Ccnl la facoltà di riconoscere tale diritto esclusivamente a favore dei lavoratori stagionali e a quelli assunti per punte di attività aziendale, le strade intraprese (quando vengono intraprese) non sempre appaiono idonee a favorire uno stabile inserimento lavorativo.

Statuizioni come quelle che impegnano le aziende a valutare con la massima disponibilità la possibilità di confermare in servizio i prestatori impiegati con contratti di lavoro non a tempo indeterminato, nella prospettiva di non disperdere il patrimonio umano e professionale ⁽¹¹⁰⁾, ovvero a considerare in via prioritaria le eventuali domande di assunzione presentate da lavoratori in forza con contratto a tempo determinato ⁽¹¹¹⁾, riflettono l'immagine di un sindacato che non è riuscito a riscattarsi dalle difficoltà delineate ⁽¹¹²⁾.

Ma anche gli Accordi che assicurano un vero e proprio titolo preferenziale deludono le aspettative. Vero è che di frequente essi predispongono un più ampio meccanismo di tutela che, sollevando rilevanti dubbi di legittimità, ne estende l'ambito di applicazione a tutti i lavoratori a termine ⁽¹¹³⁾. Ciò nonostante, i va-

⁽¹⁰⁸⁾ Ci si potrebbe domandare se è compatibile con questa chiave di lettura l'imposizione di una durata minima. La risposta affermativa è suggerita dalla circostanza che quest'ultima operazione riflette una logica distinta dalla tutela dell'occupazione stabile, qual è quella della continuità del lavoro. Si veda, comunque, in una prospettiva opposta a quella riportata nel testo, nel senso dell'eliminazione dei limiti alla durata prima prescritti, il Ccnl Società d'intermediazione mobiliare 14 febbraio 2005.

⁽¹⁰⁹⁾ Ne prendono atto gli accordi che dichiarano la necessità di individuare «eventuali percorsi di stabilizzazione occupazionale attraverso il consolidamento dei rapporti di lavoro a tempo determinato verso il tempo indeterminato». Così il Ccnl Alimentari (Industria) 14 luglio 2003 e l'ipotesi di Accordo Alimentari (Cooperative) 22 luglio 2003.

⁽¹¹⁰⁾ Ccnl Credito 12 febbraio 2005; Ccnl Casse rurali e artigiane 27 settembre 2005; Ccnl Esattorie e tesorerie 4 novembre 2005.

⁽¹¹¹⁾ Ipotesi di Accordo Turismo (Federturismo), cit.; Ccnl Attività ferroviarie, cit.; Ccnl Imprese portuali, cit.

⁽¹¹²⁾ Prefigurava tali esiti R. ALTAVILLA, *op. cit.*, 255.

⁽¹¹³⁾ Tra i contratti che si limitano a riconoscere tale diritto vedi: Ccnl Anas, cit.; Ccnl Scuole private (Aninsei/Assoscuola) 5 maggio 2003; Ccnl Allevatori e consorzi zootecnici 15 luglio 2003; Ccnl Istituzioni socio-assistenziali (Anaste) 25 maggio 2004; Accordo Enti culturali, turistici e sportivi (Federculture), cit.; Ccnl Federcasa 12 gennaio 2007.

riegati contenuti delle regole che ne disciplinano l'esercizio poco aggiungono al dettato normativo e, in particolare, solo in alcuni casi contemplanò dei criteri di precedenza ⁽¹¹⁴⁾ e/o un rinvio alla contrattazione di secondo livello ⁽¹¹⁵⁾. A volte il diritto in questione concerne unicamente i lavoratori che abbiano avuto più rapporti di lavoro a tempo determinato con la medesima impresa ⁽¹¹⁶⁾ o che abbiano prestato la propria attività per un fissato periodo minimo ⁽¹¹⁷⁾, altre volte solo una certa quota di assunzioni da effettuare cui spesso si accompagna, quale deroga *in peius* alla disciplina legale, la riduzione del termine di 3 mesi entro il quale va comunicata al datore di lavoro la volontà di avvalersene ⁽¹¹⁸⁾.

All'esito dell'indagine è opportuno rimarcare che la legislazione sviluppata nel corso degli ultimi anni ha assegnato alla contrattazione collettiva spazi di intervento non coincidenti nei due Paesi. In Spagna il tessuto di esperienze negoziali, supportato da più ampi e delicati ambiti di competenza, appare orientato verso un allargamento delle maglie del lavoro a tempo determinato, denotando una permissività maggiore rispetto a quella che connota la nostra produzione contrattuale; l'autonomia collettiva italiana, non arresasi all'indebolimento del suo ruolo, tende ad estendere la propria azione ad aspetti lasciati alla libera determinazione delle parti individuali, specie nell'ottica di un recupero della tradizionale funzione autorizzatoria che i soggetti sociali spagnoli ancora stentano ad esercitare. Sebbene le dinamiche collettive seguano sentieri spesso diversificati, una importante convergenza emerge dalle clausole che dovrebbero favorire il passaggio al lavoro stabile, ma che per lo più si configurano come emblematiche manifestazioni di una «preoccupazione regolativa che non trova sbocco» ⁽¹¹⁹⁾.

Contrattazione collettiva e lavoro a termine in Italia e Spagna – Riassunto. *Anche attraverso un'analisi storico-ricostruttiva, l'A. coglie le più significative divergenze e convergenze in relazione al ruolo affidato all'autonomia collettiva e al suo concreto operare in materia di lavoro a tempo determinato nell'ordinamento italiano e spagnolo. Nel nostro Paese la contrattazione collettiva sconta il superamento della nota tecnica del c.d. garantismo flessibile ad opera del d.lgs. n. 368/2001. In Spagna le più recenti innovazioni legislative non ne intaccano le funzioni e gli spazi di intervento: il favor nei confronti della sede negoziale non soltanto resta saldo, ma da ultimo si traduce nell'attribuzione di un importante mandato al fine di prevenire gli abusi derivanti da una sequenza di contratti stipulati con distinti lavoratori per occupare uno stesso posto di lavoro. Alla diversità dei modelli regolativi adottati si accompagna, sul versante applicativo, quella concernente le scelte di fondo cui è orientato il panorama contrattuale. Malgrado la comune, asserita propensione per le assunzioni senza limiti di durata, che non pare concretizzarsi in pregnanti percorsi di stabilizzazione, i soggetti sociali d'oltralpe rivelano una chiara tendenza a dilatare le possibilità*

⁽¹¹⁴⁾ Si vedano, ad es., il Ccnl unico della Logistica, trasporto merci e spedizione, cit., l'ipotesi di Accordo Magazzini generali, cit., nonché i Ccnl Nettezza urbana (Aziende private) 1° dicembre 2004 e Nettezza urbana (Aziende municipalizzate) 22 dicembre 2004.

⁽¹¹⁵⁾ Vedi i Ccnl del settore Commercio; l'ipotesi di Accordo Agenzie di viaggio e turismo, cit.; l'ipotesi di Accordo Agricoltura (Cooperative), cit.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. Ccnl Petrolio (Industria privata) 14 marzo 2002; ipotesi di Accordo Cinematografi 24 luglio 2003; Accordo Edili (Cooperative), cit.; Ccnl Vigilanza privata (Istituti) 2 maggio 2006; Ccnl Trasporto a fune 2 marzo 2007.

⁽¹¹⁷⁾ Accordo Autoscuole, cit.; Ccnl Pompe funebri, cit.

⁽¹¹⁸⁾ Così gli Accordi del settore Alimentare e l'ipotesi di Accordo Agricoltura (Operai), cit.

⁽¹¹⁹⁾ A.R. TINTI, *op. cit.*, 354.

di accesso ai rapporti di lavoro a termine, là dove le parti collettive italiane sembrano muoversi lungo una direttrice di segno opposto.

Collective bargaining and fixed-term employment in Italy and Spain (Article in Italian) – Summary. *This paper provides an analysis with a historical reconstruction of the most significant divergences and convergences in the role assigned to collective autonomy and its impact on fixed-term employment in the Italian and Spanish systems. In Italy collective bargaining moved beyond a system of flexible safeguards with the enactment of Legislative Decree no. 368/2001. In Spain the most recent legislative innovations safeguard the functions and the areas of intervention of collective bargaining: collective agreements continue to play a key role, and in recent negotiations measures have been adopted to prevent abuses in which a series of contracts are concluded with a number of different workers occupying the same position. The diversity of regulatory models is reflected in fundamental choices adopted around the bargaining table. In spite of the common propensity for hiring to take place on open-ended contracts, not necessarily giving rise to stable employment, collective bargaining in Spain increasingly tends to widen the field of application of fixed-term contracts, whereas the Italian social partners appear to be moving in the opposite direction.*

La nuova regolamentazione del lavoro a termine in Svezia: una ipotesi di liberalizzazione?

Samuel Engblom

Sommario: **1.** Nuova regolazione. – **2.** Lavoro a termine in Svezia. L'incidenza del lavoro a termine in Svezia. – **2.1.** *Segue:* lo statuto giuridico dei lavoratori a termine. – **2.2.** *Segue:* la rappresentanza sindacale. – **3.** La regolamentazione del ricorso al lavoro a termine. – **3.1.** *Segue:* ragioni oggettive di ricorso al lavoro a termine. – **3.1.1.** Ragioni oggettive prima della riforma. – **3.1.2.** Ragioni oggettive dopo la riforma. – **3.2.** *Segue:* misure di contrasto agli abusi. – **3.3.** *Segue:* ipotesi di estinzione del contratto a termine. – **4.** Il ruolo e il contenuto dei contratti collettivi. – **5.** I vincoli comunitari. – **6.** Conclusioni.

1. Negli ultimi cinque anni la disciplina del lavoro a termine in Svezia è stata oggetto di riforma. La nuova regolamentazione è entrata in vigore il 1° luglio 2007. Il punto cruciale della riforma consiste nella radicale riduzione delle ipotesi tassative di ricorso al lavoro a termine precedentemente contenute nella legge sulla protezione dell'occupazione e nell'introduzione, per contro, di una ipotesi generale di contratto a termine che si può definire "libero", non subordinato cioè alla presenza di una ragione oggettiva di ricorso all'istituto.

L'idea di ridurre il lungo elenco di ipotesi tassative di ricorso all'istituto e di introdurre questa nuova tipologia era stata prospettata già nel 2002 in un rapporto del *National Institute for Working Life* per il Governo ⁽¹⁾. L'argomento principale a favore di tale soluzione era dato dalla considerazione che tale elenco tassativo progressivamente incrementato aveva determinato un'eccessiva frammentazione del quadro legale di riferimento tenuto conto che le diverse tipologie di contratto a termine erano caratterizzate non solo dalla diversità di condizioni di ricorso previste ma anche dai limiti quantitativi previsti in maniera difforme per le singole ipotesi.

La soluzione proposta dal *National Institute for Working Life* consisteva quindi nella introduzione della nuova fattispecie contrattuale, il lavoro a termine "libero", non subordinato a nessuna condizione oggettiva di ricorso all'istituto, mentre sarebbero rimaste le due ulteriori ipotesi di lavoro a termine *in prova* e *per ra-*

* Samuel Engblom è consulente legale iscritto alla *Swedish Confederation for Professional Employees* e ha conseguito il titolo di PhD in Law presso l'Università europea di Firenze. Traduzione dall'inglese a cura di Chiara Bizzarro, Olga Rymkevitch.

(1) Vedi il Memorandum del Governo svedese n. 56 del 2002 (*Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv*).

gioni sostitutive. Per contrastare gli abusi si prevedeva l'introduzione di un limite complessivo di durata dei rapporti di lavoro a termine c.d. libero e per ragioni sostitutive fino a diciotto mesi su cinque anni e rimaneva immutato il limite di sei mesi per il lavoro a termine in prova.

I sindacati svedesi, per molto tempo, hanno mostrato tolleranza rispetto ai contratti a termine. Invece di ostacolare questa fattispecie contrattuale, hanno concentrato i loro sforzi per controllarla e favorire la transizione dal contratto a termine al contratto a tempo indeterminato, nell'ambito, tuttavia, di un principio generale secondo il quale il contratto a tempo indeterminato è la regola mentre il contratto a termine rappresenta un'eccezione.

Per sostenere tale posizione, i sindacati si erano espressi a favore di limiti legislativi aventi ad oggetto ragioni oggettive di ricorso all'istituto, limiti di durata e limiti quantitativi. Il lavoro a termine rappresentava anche un tema importante nella contrattazione collettiva di specifici settori oggetto di confronto tra datori di lavoro e sindacati.

La proposta di sostituire la maggioranza delle forme esistenti dei contratti a termine con il contratto a termine "libero" è stata accolta favorevolmente sia dai sindacati che dalle organizzazioni datoriali del settore pubblico e privato. Le divergenze di opinione, invece, hanno riguardato principalmente i limiti temporali. I sindacati insistevano nel senso di apporre limiti di una durata brevi, volti a mantenere il principio generale del contratto a tempo indeterminato quale tipologia standard di lavoro, e di introdurre misure per diminuire il rischio che i lavoratori potessero entrare nel circolo di una serie di contratti a termine consecutivi. Per contro, le organizzazioni datoriali sottolineavano la necessità di mantenere in alcuni settori, come la ricerca, contratti a termine di lunga durata ⁽²⁾.

Nonostante le preoccupazioni sulla situazione precaria dei lavoratori assunti a termine e lo scopo dichiarato di far scendere la percentuale dei contratti a termine, nel 2006 il Governo democratico ha accolto, nella legge sulla protezione dell'occupazione, la soluzione di ridurre l'elenco dei possibili contratti a termine e ha individuato, come sopra anticipato, solo tre tipologie di contratto a termine: "libero", per ragioni sostitutive, con lavoratori di più di 67 anni ⁽³⁾. Il periodo di prova resta ammissibile alle stesse condizioni in vigore precedentemente. Restrizioni alquanto severe sono individuate per prevenire gli abusi. In particolare, nel caso in cui il lavoratore sia impiegato dallo stesso datore di lavoro con uno o più contratti a termine compreso il periodo di prova, per più di 14 mesi nell'arco di cinque anni, il contratto viene trasformato in contratto a tempo indeterminato. La nuova legge è stata adottata dal Governo svedese ed è entrata in vigore il 1° luglio 2007. Nel settembre 2006, dopo le elezioni politiche, il nuovo Governo di centro-destra ha deciso di lanciare la riforma e ha rapidamente preparato la legge che in parte abrogava la riforma precedente ⁽⁴⁾. In particolare è stato aggiunto il

⁽²⁾ Atto del Governo svedese n. 6 del 2005, § 185 (*Förstärkning och förenkling – ändringar i anställningsskyddslagen och föräldradighetslagen*, 40f).

⁽³⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁾ Atto del Governo svedese n. 7 del 2006, § 111 (*Bättre möjligheter till tidsbegränsad anställning*, m.m.).

lavoro stagionale a termine all'elenco di contratti a tempo parziale e sono stati liberalizzati in modo rilevante i limiti temporali. Nel caso di lavoro a termine "libero" il termine è stato aumentato da 14 a 24 mesi nell'arco di cinque anni. Inoltre, ai fini di tale limite, non sono cumulabili i periodi riconducibili a tipologie diverse di contratto a termine. La riforma ha sollevato molte critiche da parte dei sindacati per il contenuto e per la celerità del procedimento che ha reso impossibile il ricorso alla procedura di concertazione.

Il sindacato degli impiegati (LO) ha messo in dubbio la necessità della riforma rispetto alla precedente – e preferibile – regolamentazione vincolata alla sussistenza di ragioni oggettive. Secondo la LO, la regolamentazione legale del contratto a termine deve concretizzarsi in una efficiente barriera contro l'utilizzo dell'istituto per soddisfare esigenze permanenti di manodopera da parte dei datori di lavoro. Inoltre, l'elemento principale di disaccordo tra le parti sociali riguardava il limite massimo di contratti a termine in successione e la cumulabilità dei periodi. Le imprese, sostenute dal dibattito accademico, giudicavano per contro i limiti temporali troppo rigidi là dove i sindacati, sostenuti dagli enti di promozione delle pari opportunità e di contrasto alla discriminazione per ragioni di etnica, li ritenevano eccessivamente permissivi ⁽⁵⁾.

2. Secondo il Labour Force Survey 2006 ⁽⁶⁾, poco meno del 17 per cento dei lavoratori è assunto con contratti a termine rispetto al 10 per cento di 15 anni fa ⁽⁷⁾. Rispetto agli altri Paesi della UE, la Svezia supera leggermente la media dell'occupazione a termine ⁽⁸⁾. Come in altri Paesi, la presenza dei lavoratori assunti con contratto a termine è maggiore nel settore dei servizi, sia privato che pubblico, con il 19 per cento contro il 9 per cento in ambito manifatturiero. L'occupazione a termine è più diffusa tra le donne (18 per cento) che tra gli uomini (14 per cento), è più comune tra i giovani tra i 16 e i 24 anni (58 per cento) che tra lavoratori di altre fasce d'età. Tuttavia l'impiego a termine non è un fenomeno che riguarda solo i soggetti che entrano nel mercato del lavoro per la prima volta. Il più grande incremento negli ultimi 15 anni ha riguardato i soggetti tra 25-34 anni. Nel 2004 uno studio basato sui dati del periodo 1991-1999 ha rivelato che l'occupazione a termine è più comune tra gli immigrati che tra gli svedesi ⁽⁹⁾.

L'incremento dell'occupazione a termine è avvenuto in parallelo al cambiamento delle tipologie possibili di contratti temporanei. Tra 1990 e 2001 il numero dei contratti a termine per ragioni sostitutive era più o meno stabile, tenendo conto

⁽⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁾ Vedi STATISTISKA CENTRALBYRÅN (a cura di), *Labour Force Survey 2006*, in www.Scb.Se/Statistik/Am/Am0401/2007m01/Aku2006.Pdf.

⁽⁷⁾ TCO (a cura di), *Anställningsformernas utveckling 1991-2006*, Stockholm, 2007.

⁽⁸⁾ Secondo le definizioni Eurostat, nel 2005, la percentuale dei contratti a termine sulla occupazione totale era pari a 16 in Svezia contro 14,3 della media Europa dei 25, cfr. COMMISSIONE EUROPEA – DIREZIONE GENERALE DELL'OCCUPAZIONE, DEGLI AFFARI SOCIALI E DELLE PARI OPPORTUNITÀ (a cura di), *Employment in Europe*, Office for the Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2006.

⁽⁹⁾ M. WALLETTE, *Tillfälliga jobb som en ny form av segregering på arbetsmarknaden?*, in *Arbetsmarknad och Arbetsliv*, 2004, vol. 10, n. 4, 249 ss.

delle variazioni nella domanda generale di manodopera, mentre il lavoro a chiamata, il lavoro a progetto e i contratti in prova sono aumentati ⁽¹⁰⁾. Vi sono inoltre differenze importanti tra uomini e donne. Nel 2001 i contratti per ragioni sostitutive erano stipulati con lavoratrici per una quota doppia rispetto a quelli stipulati con i lavoratori. Anche il lavoro a chiamata risultava più diffuso tra le donne (25 per cento) che tra gli uomini (minore del 20 per cento). I contratti a progetto, per contro, erano più comuni tra gli uomini (maggiore del 20 per cento) che tra le donne (12 per cento), così come i contratti in prova.

2.1. In linea di principio i lavoratori a termine godono del medesimo statuto giuridico dei lavoratori assunti a tempo indeterminato tranne che per l'esclusione, ovvia, dal sistema di tutela contro i licenziamenti. Il diritto del lavoro fornisce una definizione generica di «lavoratore subordinato» senza ulteriori precisazioni per cui la giurisprudenza svedese del lavoro ha ribadito che rapporti di lavoro di breve durata non escludono la qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato. Tuttavia, di fatto risulta più agevole ottenere le tutele, legali e contrattuali, collegate al lavoro subordinato, per lavoratori assunti a termine in caso di contratti temporanei in successione con lo stesso datore di lavoro.

Quanto ai profili assistenziali la tutela è analoga in linea di principio ma, di fatto, lavoratori a termine possono incontrare maggiori difficoltà rispetto ai requisiti necessari per la indennità di disoccupazione (più di 80 ore per mese in sei dei dodici mesi precedenti l'inizio della disoccupazione), mentre periodi di non lavoro incidono negativamente sull'ammontare dell'indennità perché sono calcolati in base alla retribuzione mensile media degli ultimi dodici mesi. Analogamente, il sistema pensionistico svedese, costruito sulla base delle retribuzioni maturate nel corso della vita lavorativa, non penalizza i lavoratori temporanei in quanto tali, ma di fatto per la disparità nell'ammontare del monte retributivo.

Sul versante della contrattazione collettiva non si riscontrano differenze tra lavoratori assunti con contratti a termine e lavoratori a tempo indeterminato né con riferimento ai profili retributivi né con riferimento a quelli normativi. La peculiarità della Svezia nel quadro comparato consiste tuttavia nel fatto che i lavoratori a termine sono inclusi nei piani di pensione integrativa se il loro impiego dura almeno due mesi. Molti piani pensionistici non sono legati al singolo datore di lavoro ma dipendono da contratti collettivi intersettoriali. Per questa ragione i lavoratori a termine non perdono i diritti alla pensione integrativa quando cambiano datore di lavoro. I contratti collettivi che garantiscono ai lavoratori un indennizzo straordinario e altre forme di sostegno nel caso di licenziamento collettivo, tendono tuttavia a tutelare solo i lavoratori a tempo indeterminato perché la tutela è subordinata al licenziamento per motivi economici ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ M. WALLETTE, *Temporary jobs in Sweden. Incidence, Exit and On-the-Job Training*, in *Lund Economic Studies*, Lund University, Lund, 2004, n. 120, 9 ss. Lo studio si basa sui dati del *Labour Force Survey*, conseguentemente non vi è coincidenza tra la nozione di lavoro a termine utilizzata e la nozione legale di lavoro a termine.

⁽¹¹⁾ Un esempio è l'Accordo tra datori di lavoro privati e O.S. degli impiegati del settore privato reperibile in www.trr.se/upload/material/omstallningsavtalet.pdf.

2.2. La quota di rappresentanza sindacale per i lavoratori a termine risulta inferiore rispetto a quella dei lavoratori a tempo indeterminato. Solo poco più della metà dei lavoratori temporanei (il 53 per cento) è iscritto al sindacato contro l'80 per cento dei lavoratori a tempo indeterminato. Tale dato trova riscontro nel fatto che rientrano nella categoria dei lavoratori a termine gruppi di lavoratori ai margini del mercato del lavoro, tipicamente gli studenti a tempo pieno che lavorano nel tempo libero. Un'ulteriore giustificazione del fenomeno consiste nel fatto che alcuni sindacati non consentono l'iscrizione a lavoratori che prestano la propria attività per un numero di mesi inferiore ad una data soglia, di modo che restano esclusi, ad esempio, gli studenti che lavorano nel periodo estivo. Al di là di tale rilievo si registra, in ogni caso, un significativo calo della rappresentanza sindacale dei lavoratori a termine nel corso del 2001 ⁽¹²⁾.

3. Il nucleo originale della disciplina del lavoro a termine è contenuto nella legge sulla protezione dell'occupazione del 1982, n. 80 (*SFS*) applicabile ai settori pubblico e privato. Le uniche eccezioni sono i dirigenti, i familiari del datore di lavoro, i lavoratori domestici, alcune categorie di lavoratori c.d. svantaggiati ⁽¹³⁾. Non sono previste esclusioni per le piccole imprese. Le disposizioni chiave in merito al lavoro a termine sono di carattere semi-obbligatorio e derogabili mediante la contrattazione collettiva a patto che i contratti collettivi siano in vigore o siano approvati dalla federazione sindacale.

3.1. L'essenza della riforma in esame, come sopra anticipato, si evidenzia nella riduzione delle ragioni oggettive di ricorso al contratto a termine e nella introduzione di un contratto a termine «libero» che non necessita di alcuna giustificazione oggettiva. Permane il principio generale, nella legge sulla protezione della occupazione, che prevede l'assunzione a tempo indeterminato come soluzione generale (sezione 4). Tuttavia, dopo l'introduzione del contratto a termine «libero», di tale principio rimane esclusivamente la presunzione che il contratto sia a tempo indeterminato ove non sia diversamente specificato là dove la giurisprudenza consolidata attribuisce l'onere della prova in capo a chi dichiara che il contratto non è stato stipulato a tempo indeterminato ⁽¹⁴⁾.

3.1.1. Prima della riforma, la sezione 5 della legge sulla protezione della occupazione stabiliva che il contratto di lavoro a tempo determinato poteva essere stipulato nei casi seguenti:

1. contratto a termine per specifiche mansioni relativo ad attività individuate per un tempo determinato, in relazione ad attività di carattere stagionale, per un progetto specifico;
2. contratto a termine per il tirocinio, per ragioni sostitutive, in caso di lavoro c.d. estivo;

⁽¹²⁾ Cfr. i dati pubblicati in www.tcotidningen.se/sites/tcotidningen/templates/article.aspx?id=6183.

⁽¹³⁾ Legge di protezione della occupazione (*SFS*), n. 80/1982, sezione 1.

⁽¹⁴⁾ Cfr. le sentenze del Tribunale svedese del lavoro n. 7/1996, n. 92/1990, n. 143/1988.

3. contratto a termine per punte di attività (non più di sei mesi nell'arco di due anni);
4. il contratto a termine per il periodo durante il quale il lavoratore svolge servizio di leva obbligatoria;
5. il contratto a termine con lavoratori che abbiano raggiunto i 67 anni di età.

Inoltre, la sezione 5a della legge, introdotta nel 1996, prevedeva la possibilità del contratto a termine concordato (*överenskommen visstidsanställning*). In questa ipotesi non era necessario motivare il ricorso al contratto a termine ma vi erano dei limiti circa la durata del contratto (un lavoratore non poteva superare 12 mesi nell'arco di tre anni) e il numero di lavoratori che era possibile impiegare con questa tipologia contemporaneamente (cinque); peraltro in caso di mancato utilizzo da parte dell'impresa di questa possibilità, il limite di tempo saliva a 18 mesi in di tre anni.

Infine, la sezione 6 della legge prevedeva la possibilità (confermata anche con la riforma), di concludere i contratti in prova per un massimo sei mesi.

Nonostante la abrogazione delle disposizioni relative a tali ipotesi di lavoro a termine mantengono interesse due condizioni tra quelle previgenti: l'ipotesi di lavoro a termine per professionalità non ricorrenti nella pianta organica generale e quella relativa a punte di attività. Alla prima ipotesi erano riconducibili contratti a termine stipulati con un lavoratore con una professionalità specifica per svolgere un'attività delimitata nel tempo: era quindi esclusa l'assunzione a termine per mansioni ricorrenti nell'organizzazione normale dell'impresa. La giurisprudenza, peraltro, aveva di fatto ampliato questa ipotesi di ricorso all'istituto legittimando contratti a termine anche in presenza di lavoratori a tempo indeterminato addetti alle stesse mansioni oggetto del contratto temporaneo, purché il datore di lavoro, al momento dell'assunzione, non fosse in grado di garantire, per il tempo successivo, che l'attività del lavoratore dovesse proseguire nel tempo⁽¹⁵⁾. Nella stessa previsione (sezione 5.1) era incluso anche il lavoro stagionale con riferimento a quelle attività che, per le condizioni di clima, possono essere eseguite solo in alcuni periodi dell'anno.

La sezione 5.3, relativo alle c.d. punte di attività, limitava il ricorso al contratto a termine, in presenza della condizione di ricorso, a sei mesi in due anni affinché il datore di lavoro potesse soddisfare esigenze straordinarie della propria attività con un controllo giurisdizionale alquanto limitato circa l'opportunità di ricorrere, nel rispetto dei limiti di legge, a questa soluzione⁽¹⁶⁾.

3.1.2. La sezione 5 della legge sulla protezione dell'occupazione prevede, dopo la riforma, le seguenti ipotesi di contratto a tempo determinato:

1. il contratto a termine «libero»;
2. il contratto a termine per ragioni sostitutive;

⁽¹⁵⁾ Nella sentenza n. 51 del 2000, il Tribunale svedese del lavoro ha legittimato contratti a termine in successione per il fatto che il datore di lavoro – un'azienda operante nel settore della istruzione per adulti – non poteva prevedere né il numero di professori di cui avrebbe avuto bisogno nel futuro né i settori disciplinari di insegnamento.

⁽¹⁶⁾ Atto del Governo svedese n. 82/1991, § 71, 50 ss.

3. il contratto a termine per attività stagionali;
 4. il contratto a termine con il lavoratore che ha raggiungimento i 67 anni di età.
 La diminuzione delle ipotesi di lavoro a termine non comprime le possibilità di ricorso all'istituto che può essere utilizzato, nella versione contratto a termine «libero» anche in assenza di una ragione oggettiva. La tabella 1 fornisce un quadro comparato della legislazione prima e dopo la riforma.

Tabella 1 – Forme dei contratti a termine in Svezia.

Prima della riforma (fino al 30 giugno 2007)		Dopo la riforma (a partire dal 1° luglio 2007)	
Condizioni di ricorso	Limiti temporali	Condizioni di ricorso	Limiti temporali
		Lavoro a termine “libero”	Non può superare due anni in un arco temporale di cinque.
Lavoro a termine per specifiche mansioni		<i>Abolito</i>	
Lavoro a termine per punte di attività	Non può superare sei mesi in un arco temporale di due anni	<i>Abolito</i>	
		Lavoro a termine per attività stagionale	
Lavoro a termine per il tirocinio, per ragioni sostitutive, in caso di lavoro c.d. estivo.	Non può superare tre anni nell'arco temporale di cinque.	Lavoro a termine per ragioni sostitutive	Non deve eccedere i due anni nell'arco di cinque *
Lavoro a termine per il periodo durante il quale il lavoratore svolge servizio di leva obbligatoria		<i>Abolito</i>	
Lavoro a termine con il lavoratore con più di 67 anni.		Lavoro a termine con il lavoratore con più di 67 anni (<i>nessun cambiamento</i>)	
Lavoro a termine concordato	Non deve superare 12 mesi nell'arco temporale di tre anni. Non possono essere assunti nello stesso periodo più di cinque lavoratori con questa tipologia di contratto	<i>Abolito</i>	
Lavoro a termine in prova	Non può superare i sei mesi	Prova (<i>nessun cambiamento</i>)	Non deve eccedere i sei mesi (<i>nessun cambiamento</i>)

* Questa parte della riforma ha effetto a partire da 1° gennaio 2008 con esclusione dei contratti stipulati prima di questa data.

Il lavoro a termine per ragioni sostitutive non è stato toccato dalla riforma. Tale ipotesi è relativa, in linea di principio, alla sostituzione di un altro lavoratore temporaneamente non disponibile. La giurisprudenza del lavoro ha comunque legittimato, nella pratica, la possibilità di ricorrere a questa ipotesi per una pluralità di lavoratori per mantenere il livello di organico dell'impresa⁽¹⁷⁾. Inoltre non vi sono limiti a contratti di lavoro in successione con lo stesso lavoratore, purché ciascuno sia ammissibile. Effettivamente, tale situazione si verifica spesso in conseguenza del diritto di precedenza previsto per questi lavoratori (*infra* 3.3.), fermo tuttavia il limite relativo alla durata complessiva di tali contratti in successione tra loro (*infra* 3.3).

Tra i motivi per preservare l'esteso ambito di applicazione di tale ipotesi di lavoro temporaneo, condiviso sia dal Governo svedese precedente sia da quello attuale, si segnala la frequente previsione nella legislazione svedese di ipotesi di assenza dei lavoratori per lunghi periodi, un esempio è il congedo parentale previsto fino a 18 mesi.

Il lavoro stagionale era prima previsto solo per specifiche attività, ora è divenuto una ipotesi ulteriore di lavoro a termine sebbene dai lavori preparatori emerge comunque che tale possibilità resta limitata solo alle ipotesi in cui vi sia una esigenza specifica legata alla natura della attività⁽¹⁸⁾.

L'ipotesi di lavoro a termine con lavoratori con più di 67 anni si spiega da sola ed è coerente con un'altra disposizione, pure inserita nella legge sulla protezione dell'occupazione, a mente della quale è legittimo il licenziamento *ad nutum*, con un mese di preavviso, per i lavoratori che hanno raggiunto l'età per la pensione obbligatoria ovvero, comunque, i 67 anni di età (sezione 33).

Rimane, infine, l'ipotesi di lavoro a termine in prova non superiore a sei mesi. La parte che vuole recedere dal rapporto alla fine del periodo di prova deve darne comunicazione all'altra entro il termine del periodo di prova; in mancanza il contratto si trasforma a tempo indeterminato.

3.2. La riforma segna un passaggio nel metodo adottato dal legislatore svedese per prevenire gli abusi nel ricorso al contratto a termine. Prima della riforma si ricorreva a condizioni di utilizzo che giustificavano la scelta del contratto a termine piuttosto che a tempo indeterminato. Le sezioni 5, 5a e 6 della legge sulla protezione dell'occupazione fornivano un elenco tassativo di possibili causali di ricorso al lavoro a termine. Diversamente accade per il contratto a termine «libero» che non richiede alcuna ragione oggettiva tranne il consenso delle parti, con limiti di durata massima (12 mesi su tre anni) e limiti di carattere quantitativo (massimo cinque lavoratori contemporaneamente).

⁽¹⁷⁾ L. LUNNING, G. TOIJER, *Anställningsskydd – Kommentarer till anställningsskyddslagen*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002, 213 ss. Nella sentenza del Tribunale svedese del lavoro n. 3/2002 il lavoratore fu licenziato e poi reimpiegato in sostituzione dallo stesso datore di lavoro per 61 volte in sei anni per un totale di 18 mesi ma il giudice ha comunque ritenuto legittimi tali contratti a termine per ragioni sostitutive.

⁽¹⁸⁾ Atto del Governo svedese n. 7/2006, § 111 (*Bättre möjligheter till visstidsanställning*, m.m., 50).

In caso di assunzione con uno o più contratti a termine presso lo stesso datore di lavoro per un totale di due anni nell'arco temporale di cinque, il contratto si converte a tempo indeterminato. Lo stesso principio si applica nel caso di lavoro a tempo determinato per ragioni sostitutive⁽¹⁹⁾. Nessun limite temporale è previsto invece per il lavoro stagionale e in caso di lavoro a termine con lavoratori oltre i 67 anni. È escluso inoltre che siano cumulabili diverse tipologie contrattuali: in pratica, quindi, il lavoratore può essere assunto dallo stesso datore di lavoro per due anni in base ad un contratto a termine «libero», per due anni con contratto a termine per ragioni sostitutive, e per sei mesi in periodo di prova tutto nell'arco temporale di cinque anni. Inoltre sussiste la possibilità illimitata di lavoro a termine stagionale. La giurisprudenza consolidata ha stabilito che una serie di assunzioni a termine presso lo stesso datore di lavoro in virtù delle diverse tipologie contrattuali non costituisce abuso purchè ogni contratto sia stato stipulato conformemente ai limiti di legge⁽²⁰⁾.

La tutela dei lavoratori è inoltre realizzata attraverso l'introduzione di un diritto di precedenza nelle nuove assunzioni (sezioni 25-27 della legge). In base a queste disposizioni i lavoratori (a tempo indeterminato e a termine) licenziati per carenza di lavoro (licenziamento c.d. economico) hanno un diritto di precedenza nel ricollocamento all'interno del settore/azienda in cui erano prima impiegati. Il beneficio opera a condizione che il lavoratore abbia prestato la propria attività alle dipendenze dello stesso datore di lavoro per più di 12 mesi in totale, su tre anni, e sia sufficientemente qualificato per il nuovo lavoro. In caso di lavoro stagionale sono sufficienti sei mesi di lavoro su due anni. Il diritto di precedenza opera per nove mesi a partire dal momento in cui il datore di lavoro informa il lavoratore che il contratto a termine non sarà prolungato o rinnovato. Tale comunicazione deve intervenire entro un mese dalla fine del periodo di lavoro stabilito (*infra* 2.4.). Per i lavoratori stagionali si calcolano nove mesi a partire da un mese prima rispetto all'inizio della nuova stagione.

Il diritto di precedenza, peraltro, costituisce uno dei motivi di successione nei contratti a termine seppure non siano disponibili dati statistici a riguardo. In caso di violazione di tali disposizioni, la legge sulla protezione dell'occupazione prevede una tutela risarcitoria (sezione 38) e i danni sono commisurati a quelli sofferti dal lavoratore nonché a quelli direttamente derivanti dalla violazione della legge. Peraltro, poiché tale violazione integra comunemente anche una violazione di disposizioni presenti nei contratti collettivi, i datori di lavoro tendono ad essere sanzionati da parte dei sindacati.

In caso di mancato adeguamento da parte del datore di lavoro alla sentenza di conversione di un contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, il rapporto di lavoro è risolto e subentra un diritto del lavoratore al risarcimento del danno commisurato all'anzianità di servizio presso il datore di lavoro condannato (sezione 39): i lavoratori con una anzianità inferiore a cinque anni hanno diritto a sei mesi di retribuzione, i lavoratori con un'anzianità superiore a cinque anni ma inferiore a 10, ad una indennità pari a 24 mensilità, i lavoratori con più di 10 anni

⁽¹⁹⁾ Legge di protezione dell'occupazione (SFS) n. 89/1982, sezione 5, § 2.

⁽²⁰⁾ Cfr. la sentenza citata sopra alla nota 17.

di anzianità a 32 mensilità. Se il lavoratore ha più di 60 anni, l'anzianità di riferimento aumenta rispettivamente a 24, 36 e 48 mesi. Il risarcimento non può mai superare i mesi di effettiva occupazione ma non può mai essere inferiore a sei mesi in caso di anzianità più breve.

3.3. Il contratto a termine non può essere risolto anticipatamente se non per violazione sostanziale dell'accordo ⁽²¹⁾: un principio applicabile ai lavoratori e ai datori di lavoro. Il preavviso, previsto nella misura che va da uno a tre mesi, è escluso per i lavoratori a termine che devono rimanere fino alla scadenza del contratto. Peraltro, per evitare tale inconveniente è invalsa la prassi, avallata dalla giurisprudenza, di formulare la clausola di apposizione del termine utilizzando espressioni tipo «il contratto si intende di durata indefinita ma non superiore a ...» ⁽²²⁾. Se il lavoratore è stato impiegato dal datore di lavoro per più di 12 mesi nell'arco degli ultimi tre anni, il datore di lavoro deve comunicare che il contratto non sarà rinnovato almeno un mese prima della scadenza prevista (sezione 15). Nel caso di lavoro stagionale, quando il lavoratore è stato assunto dal datore di lavoro per più di sei mesi negli ultimi due anni, tale comunicazione deve intervenire entro un mese prima dell'inizio della nuova stagione.

4. Tutte le principali disposizioni sul lavoro a termine (sezioni 5, 5a e 6) hanno carattere parzialmente inderogabile: possono cioè essere derogate dalla contrattazione collettiva. Ma per produrre tale effetto i contratti collettivi devono però essere stati stipulati dalla Federazione centrale dei sindacati ovvero da questa ratificati. Non è quindi possibile per le rappresentanze sindacali a livello territoriale concludere un contratto collettivo con un il singolo datore di lavoro. Inoltre il contratto a termine può essere disciplinato tramite accordi tra le stesse parti firmatarie di contratti collettivi, stipulati per altre materie, dalla Federazione centrale dei sindacati ovvero da questa ratificati.

La maggior parte dei contratti collettivi contiene disposizioni volte a individuare condizioni e presupposti di ricorso al lavoro a termine.

In generale i contratti collettivi mirano ad adeguare le regole legali alle esigenze del singolo settore produttivo di modo che siano negoziate sia le condizioni possibili di ricorso all'istituto, sia i limiti temporali e gli altri limiti tra cui anche le procedure di informazione e consultazione dei sindacati in caso di ricorso al lavoro a termine da parte delle aziende.

Il *National Institute for Working Life*, in uno studio del 2002, ha peraltro evidenziato la presenza di molti accordi collettivi stipulati sulla scorta della prima legge sulla protezione dell'occupazione del 1974 con la conseguenza che i cambiamenti successivi nella regolamentazione non hanno avuto impatto immediato sulla regolazione dei rapporti di lavoro ⁽²³⁾. D'altro canto la tutela della contrattazione collettiva rispetto alla fonte legale trova riscontro in trattati internazionali che garantiscono il diritto all'organizzazione e alla contrattazione collettiva. Nel 1994 il

⁽²¹⁾ Cfr. la sentenza del Tribunale svedese del lavoro n. 36/1991.

⁽²²⁾ Cfr. le sentenze del Tribunale svedese del lavoro n. 98/1990 e 42/1997.

⁽²³⁾ Cfr. il Memorandum del Governo svedese n. 56/2002, cit., qui 233 ss.

Governo svedese introdusse un allungamento del lavoro a termine in prova da sei a 12 mesi e stabilì che i contratti collettivi firmati prima dell'entrata in vigore della nuova normativa legislativa non sarebbero stati ulteriormente applicabili. Nello stesso anno, l'Organizzazione internazionale del lavoro ha ritenuto tale previsione una violazione delle convenzioni n. 98 e 154 con la conseguenza che tale disposizione è stata abrogata.

5. A seguito della entrata in vigore della direttiva n. 1999/70/CE, che recepiva l'Accordo quadro sul lavoro a termine, il Governo emanò, nonostante la precisazione che né la legislazione in vigore né i contratti collettivi dell'epoca violavano il principio di non discriminazione di cui alla clausola n. 4 dell'accordo⁽²⁴⁾, uno specifico provvedimento per sancire espressamente tale principio⁽²⁵⁾ al fine di prevenire possibili future discriminazioni e per uniformità con l'analogo principio formulato in sede di attuazione della direttiva sul lavoro a tempo parziale⁽²⁶⁾. Accanto al principio di non discriminazione, la direttiva sul lavoro a termine prevede che i Paesi membri adottino misure di prevenzione rispetto ad un abuso di contratti a termine in successione tra loro e prevede, alla clausola 5(1) dell'accordo, tre possibili alternative⁽²⁷⁾:

- a) l'introduzione di ragioni oggettive di rinnovo del contratto a termine;
- b) la previsione di una durata totale massima dei contratti a termine in successione;
- c) l'individuazione di un numero massimo di rinnovi.

Il Governo svedese ritenne conforme la regolazione legale a tale prescrizione⁽²⁸⁾ tenendo conto che i contratti a termine potevano essere stipulati solo per specifiche condizioni oggettive, che una deroga avrebbe potuto essere possibile solo in virtù di accordi collettivi stipulati o ratificati dalla Federazioni centrali dei sindacati, che in caso di contratti per ragioni sostitutive sussisteva il limite di tre anni; che la giurisprudenza consolidata aveva più volte ribadito che il contratto a termine non poteva essere utilizzato per eludere l'applicazione della legislazione a tutela del lavoro.

La Svezia ha dunque tradizionalmente optato per la prima delle tre possibili soluzioni individuate dalla clausola 5(1). Dopo la riforma del 2007, si riapre il problema circa l'adeguamento dell'ordinamento svedese a questo profilo della direttiva, essendo venuta meno la previsione di condizioni di ricorso al lavoro a termine.

Nella sentenza *Adeneler*, la Corte di Giustizia Europea ha ribadito che il concetto di condizione obiettiva previsto dalla direttiva comporta che il ricorso a questa

⁽²⁴⁾ Cfr. il Memorandum del Governo svedese n. 6/2001, qui 57 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. il *Lag om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning*, n. 293/2002.

⁽²⁶⁾ Cfr. direttiva n. 1997/81/CE, relativa all'accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato.

⁽²⁷⁾ L'obbligo per gli Stati membri di adottare almeno una di queste misure è stato confermato in C. Giust. 4 luglio 2006, in C-212/04, nota come sentenza *Adeneler*, qui § 80, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Lavoro a termine*.

⁽²⁸⁾ Cfr. il Memorandum del Governo svedese n. 6/2001, cit., qui 60 ss.

fattispecie contrattuale sia giustificato da fattori specifici relativi all'attività produttiva o alle condizioni in cui tale attività è svolta. Tale nozione non sembra essere rispettata dalla nuova regolazione del lavoro a termine.

L'alternativa sarebbe quella di considerare adottata, in relazione ai limiti temporali applicabili ai contratti a termine in successione tra loro ovvero alla durata massima del contratto a termine, la seconda soluzione prospettata dalla clausola n. 5. Rispetto a tale argomentazione, tuttavia emerge la criticità derivante dalla esclusione della cumulabilità dei periodi riconducibili alle diverse ipotesi di lavoro a termine con la conseguenza che il lavoratore potrebbe lavorare a termine per lo stesso datore di lavoro per un periodo sostanzialmente indeterminato. Anche in assenza di condizioni oggettive, infatti, il datore di lavoro può impiegare lo stesso lavoratore per un periodo di cinque anni tramite il lavoro a termine "libero" per 24 mesi, tramite lavoro a termine per ragioni sostitutive per altri 24 e anche per ulteriori 6 mesi in caso di lavoro a termine in prova: 4,5 anni su 5 anni e la possibilità di ripetere tale successione nei 5 anni successivi.

Rimangono inoltre le possibilità illimitate di ricorso al lavoro stagionale.

Nella sentenza *Adeneler*, la Corte di Giustizia Europea ha ribadito che il margine di manovra degli Stati membri, per quanto riguarda la durata massima dei contratti a termine successivi, ha dei limiti nel senso di non pregiudicare l'obiettivo finale della direttiva⁽²⁹⁾. La Corte di Giustizia Europea ha ribadito la necessità di evitare possibili vie di fuga dagli strumenti di contrasto al ricorso abusivo allo strumento contrattuale⁽³⁰⁾ di modo che sorga la necessità di chiedersi se, alla luce della sentenza *Adeneler*, l'ordinamento svedese sia ancora adempiente rispetto alle disposizioni comunitarie.

6. Anche nel quadro comparato la riforma svedese sembra adottare un modello di regolazione dell'istituto particolarmente liberista per l'assenza di condizioni oggettive di ricorso all'istituto. Seppure permane il limite di due anni, tale limite può essere facilmente aggirato tramite la successione di contratti a termine riconducibili alle diverse ipotesi previste dalla legge, soprattutto tramite il lavoro temporaneo per ragioni sostitutive. Da questa prospettiva, rileva soprattutto il fatto che i limiti più incisivi di ricorso all'istituto sono quelli previsti a livello di regolazione collettiva tenuto conto dell'effetto che tale fonte di regolazione ha di rallentare l'impatto effettivo delle riforme. È pur vero, tuttavia, che sul lungo periodo tale mutamento del quadro legale incide sugli equilibri del potere contrattuale delle parti nella fase di negoziazione degli accordi collettivi di modo che in futuro i sindacati dovranno quindi pagare un prezzo più alto alla tavola delle trattative per preservare i limiti di ricorso all'istituto e gli standard di protezione dei lavoratori temporanei.

La nuova regolamentazione del lavoro a termine in Svezia: una ipotesi di liberalizzazione? – Riassunto. *Dal 1° luglio 2007 per i datori di lavoro in Svezia non è più necessario specificare la*

⁽²⁹⁾ Cfr. C. Giust. 4 luglio 2006, cit., qui § 82.

⁽³⁰⁾ Cfr. C. Giust. 4 luglio 2006, cit., qui § 88.

ragione oggettiva del ricorso al lavoro a termine piuttosto che al lavoro indeterminato, come lo svolgimento di mansioni particolari o l'incremento temporaneo della produzione. È stata in effetti ridotta la lunga lista dei diversi contratti tipici specificata nella legge sulla protezione dell'occupazione, i quali verranno sostituiti da una fattispecie contrattuale radicalmente nuova: il contratto a termine volontario. Ciò comporta la rinuncia alla vecchia impostazione secondo la quale il lavoro a termine è ammesso solo di fronte alla specifica natura del lavoro. Attualmente un eventuale abuso della successione dei contratti a termine può essere prevenuto attraverso l'imposizione di un limite temporale. Il lavoratore assunto in base al contratto di lavoro a termine volontario può lavorare per lo stesso datore di lavoro per due anni nell'arco di cinque. Nonostante le possibilità di combinare il contratto a termine volontario con le altre tipologie contrattuali come lavoro in sostituzione e lavoro stagionale, la Svezia non avrà una protezione eteronoma contro gli abusi della successione dei contratti. Alla luce della sentenza Adeneler della Corte di Giustizia Europea, ci si pone il problema della conformità della regolamentazione svedese con la direttiva europea n. 1999/70/CE.

Fixed-Term-at-Will. The New Regulation of Fixed-term Work in Sweden (Article in English) – Summary. *From July 1, 2007, Swedish employers are no longer required to provide an objective reason, such as the special nature of the work or a temporary peak in their business, when they hire someone on a fixed-term contract rather than on a contract for an indefinite term. The long list of different types of fixed-term contracts in the Employment Protection Act has been shortened, and a radical new type – fixed-term-at-will – has been introduced. Fixed-term-at-will marks a departure from earlier attempts to reign in fixed-term work through only allowing it when justified by some inherent characteristic of the work itself. Instead, the abuse of consecutive fixed-term contracts is to be prevented by time limits. An employee can work on fixed-term-at-will contracts for the same employer for up to two years during a five-year period. Through generous possibilities to combine fixed-term-at-will with the other remaining types of temporary contracts, substitute work and seasonal work, Sweden will have virtually no statutory protection against the abuse of successive temporary contracts. In the light of the ECJ's Adeneler judgment, it must therefore be questioned whether the Swedish regulation is in conformity with directive 1999/70/EC.*

Il contratto a termine in Europa

a cura del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi

Sommario: 1. Francia. – 2. Germania. – 3. Paesi Bassi. – 4. Regno Unito. – 5. Spagna. – 6. Svezia.

1. Francia.

Ipotesi di legittima apposizione del termine	<p>Il contratto a termine ha carattere eccezionale e non può in ogni caso avere per oggetto lo svolgimento in via continuativa di una attività normale e permanente dell'impresa: esigenze di carattere temporaneo previste dal legislatore.</p> <p><i>Ipotesi principali:</i> (1) sostituzione di lavoratore assente (maternità, malattia, ferie, servizio militare, ecc.), salvo il caso dell'assenza per motivo di sciopero; (2) incremento temporaneo di attività (esecuzione di una attività occasionale, precisamente definita e a carattere temporaneo; attività da eseguire con urgenza al fine di prevenire pericolosi incidenti; svolgimento di un'attività straordinaria derivante da una commessa eccezionale destinata alla esportazione); (3) attività a carattere temporaneo (attività stagionali; altre attività indicate dal Ministero del lavoro per cui non si è soliti ricorrere al contratto a tempo indeterminato, quali quelle caratterizzanti i settori della ristorazione o dell'istruzione).</p> <p><i>Altre ipotesi:</i> (1) categorie svantaggiate: giovani con una qualifica, persone <i>over 50</i>, donne con figli, ecc.; (2) contratti incentivati di inserimento professionale.</p>
Divieti	<p>È vietato l'utilizzo di contratti a termine in caso di: (1) sostituzione di lavoratori in sciopero; (2) esecuzione di lavori particolarmente pericolosi (direttiva n. 383/1991/CE); (3) nei 6 mesi successivi a un licenziamento per motivi economici.</p>
Durata massima legale	<p>18 mesi, inclusi i rinnovi.</p> <p><i>Deroghe:</i> (1) durata di <i>9 mesi</i>: copertura del periodo necessario all'inserimento in azienda di un lavoratore a tempo indeterminato, che assuma la posizione momentaneamente ricoperta dal lavoratore a termine; svolgimento di attività urgenti finalizzate a prevenire situazioni di pericolo; (2) <i>durata implicitamente determinata</i>: contratti a termine stipulati per sostituire un lavoratore assente e quelli in cui il termine è implicitamente determinato dalla natura dell'attività (lavoro stagionale, occupazioni in settori specifici, copertura del periodo necessario all'ingresso di un lavoratore assunto a tempo indeter-</p>

	minato, ecc.); (3) durata di <i>24 mesi</i> : lavoro svolto all'estero; aumento del volume di attività dovuto ad un ordine destinato alla esportazione; sostituzione di lavoratore in procinto di lasciare l'azienda, prima che si verifichi un licenziamento collettivo; (4) lavori stagionali, per i quali non è fissato alcun limite.
Tetti massimi	Non esistono previsioni legali che impongono (direttamente o indirettamente, tramite rinvio alla contrattazione collettiva), la fissazione di tetti massimi al ricorso al lavoro a termine.
Rinnovi	<i>Numero massimo di rinnovi</i> : 1. <i>Durata massima del rinnovo</i> : il periodo del rinnovo, sommato alla durata del precedente contratto non può superare la durata massima prevista dalla legge. <i>Deroghe</i> : il contratto a termine c.d. di solidarietà può essere rinnovato due volte entro il limite della durata massima prevista da tale tipo di contratto. <i>Motivi del rinnovo</i> : devono essere menzionati nel contratto.
Recesso	<i>Recesso prima della scadenza del termine</i> : è legittimo solo per causa di forza maggiore o per fatto grave. <i>Sanzioni del recesso prima della scadenza del termine</i> : il lavoratore a termine ha diritto ad ottenere un risarcimento del danno pari alla retribuzione che avrebbe percepito fino alla naturale scadenza del contratto. <i>Indennità di precarietà</i> : viene riconosciuta solo in alcuni casi limitati alla scadenza del contratto. Corrisponde ad una percentuale della retribuzione lorda, cui si aggiunge un regime speciale derogatorio del diritto comune, in base al quale i lavoratori il cui contratto sta per scadere possono beneficiare dell'indennità di disoccupazione.
Ruolo della autonomia collettiva	- Le causali tipizzate dal legislatore sono assolutamente inderogabili: l'autonomia collettiva non può introdurre nuove ipotesi di legittima apposizione del termine; - l'autonomia collettiva può unicamente stabilire condizioni più favorevoli per il lavoratore a termine.
Conformità alla direttiva n. 99/70/CE	Sì.

2. Germania.

Ipotesi di legittima apposizione del termine	In presenza di ragioni oggettive tassativamente indicate dal legislatore. <i>Ipotesi principali</i> : (1) esigenze temporanee di una prestazione di lavoro; (2) a seguito di un tirocinio o un percorso di studio (inserimento nel mercato del lavoro); (3) sostituzione di lavoratore assente; (4) particolare natura della prestazione di lavoro che giustifica il termine; (5) per un periodo di prova; (6) per ragioni inerenti alla persona del lavoratore. <i>Altre ipotesi</i> : prestazioni temporanee finanziate dallo Stato nell'am-
--	--

	<p>bito di programmi di <i>job creation</i>.</p> <p><i>Deroghe:</i> è possibile il contratto a termine anche in assenza di una ragione oggettiva: (1) fino a una durata massima di 2 anni (compresi 3 rinnovi); (2) fino a una durata massima di 4 anni (compresi rinnovi plurimi), nei primi 4 anni successivi alla creazione di una nuova impresa; (3) fino a una durata massima di 5 anni (compresi rinnovi plurimi), quando il lavoratore all'inizio del rapporto a tempo determinato ha compiuto 52 anni e immediatamente prima era disoccupato da almeno 4 mesi.</p>
Divieti	Se il lavoratore ha avuto un precedente rapporto di lavoro a tempo determinato o indeterminato con lo stesso datore di lavoro.
Durata massima legale	Non esistono limiti massimi, se non per le ipotesi indicate nell'ambito delle deroghe.
Tetti massimi	Non esistono previsioni legali che impongono (direttamente o indirettamente, tramite rinvio alla contrattazione collettiva), la fissazione di tetti massimi al ricorso al lavoro a termine.
Rinnovi	Non esistono limitazioni espresse di legge, se non con riferimento alla ipotesi di nuove assunzioni prive di ragioni tecniche rispetto alle quali sono ammessi non più di 3 rinnovi per un periodo complessivo di 2 anni. Sempre con riferimento a questa ipotesi la legge rinvia alla contrattazione collettiva per la determinazione del numero massimo di rinnovi (che comunque non può superare i 2 anni).
Recesso	<p><i>Recesso prima della scadenza del termine:</i> (1) legittimo solo per giusta causa; (2) se il contratto è stabilito per un certo periodo di vita di una persona oppure per un periodo superiore ai 5 anni, il lavoratore può essere licenziato allo scadere dei 5 anni previo preavviso di 6 mesi.</p> <p><i>Sanzioni del recesso prima della scadenza del termine:</i> il lavoratore a termine ha diritto al risarcimento del danno.</p>
Ruolo della autonomia collettiva	Il contratto collettivo può stabilire il numero massimo di proroghe oppure la durata massima del termine nel caso di contratti a tempo determinato stipulati in assenza di una ragione oggettiva.
Conformità alla direttiva n. 99/70/CE	Sì.

3. Paesi Bassi.

Ipotesi di legittima apposizione del termine	Libere: non esiste un principio di tassatività.
Divieti	Non esistono particolari limitazioni nel ricorso al lavoro a termine.
Durata massima legale	3 anni, compresi i rinnovi.
Tetti massimi	Non esistono previsioni legali che impongono (direttamente o indi-

	rettamente, tramite rinvio alla contrattazione collettiva), la fissazione di tetti massimi al ricorso al lavoro a termine.
Rinnovi	<i>Numero massimo di rinnovi: 2.</i> <i>Durata massima del rinnovo:</i> il periodo del rinnovo, sommato alla durata del precedente contratto non può superare la durata massima complessiva prevista dalla legge.
Recesso	<i>Recesso prima della scadenza del termine:</i> legittimo solo se tale previsione è contenuta nel contratto stesso. <i>Ipotesi legittime di recesso:</i> (1) comportamento scorretto del lavoratore; (2) particolare situazione economica dell'impresa. <i>Sanzioni del recesso prima della scadenza del termine:</i> il lavoratore a termine ha diritto al risarcimento del danno.
Ruolo della autonomia collettiva	Attraverso la contrattazione collettiva possono essere modificati la durata massima e il numero massimo di rinnovi di contratti.
Conformità alla direttiva n. 99/70/CE	Sì.

4. Regno Unito.

Ipotesi di legittima apposizione del termine	Non esiste un principio di tassatività, né particolari limitazioni nel ricorso al lavoro a termine.
Divieti	No.
Durata massima legale	Non esistono limiti legali; anche se, in mancanza di ragioni obiettive che ne giustifichino il ricorso, il contratto a termine stipulato per un periodo superiore ai 4 anni viene convertito in contratto a tempo indeterminato.
Tetti massimi	Non esistono previsioni legali che impongono (direttamente o indirettamente, tramite rinvio alla contrattazione collettiva), la fissazione di tetti massimi al ricorso al lavoro a termine.
Rinnovi	Non esistono particolari limitazioni; tuttavia, se vengono stipulati più di 3 contratti consecutivi ad intervalli inferiori ai 3 mesi, il contratto a termine si considera a tempo indeterminato.
Recesso	<i>Recesso prima della scadenza del termine:</i> legittimo solo se tale previsione è contenuta nel contratto. <i>Ipotesi legittime di recesso:</i> quando il contratto prevede espressamente la possibilità di recesso. <i>Sanzioni del recesso prima della scadenza del termine:</i> il lavoratore a termine ha diritto alla retribuzione che gli sarebbe spettata in caso di prosecuzione del contratto.
Ruolo della autonomia collettiva	Nei contratti collettivi vengono stabiliti i limiti di durata massima totale, il numero di rinnovi possibili e le ragioni oggettive che giustificano il ricorso ai contratti a termine o il loro rinnovo.

Conformità alla direttiva n. 99/70/CE	Sì.
---------------------------------------	-----

5. Spagna.

Ipotesi di legittima apposizione del termine	<p>Il lavoro a termine è ammesso in presenza di: (1) incrementi di attività; (2) sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto; (3) compimento di un'opera specifica.</p> <p><i>Ipotesi principali:</i> (1) assunzione di un lavoratore a tempo determinato finalizzata alla sostituzione di un lavoratore assente per ferie o per il periodo necessario alla selezione del lavoratore stabile; (2) inserimento di un lavoratore disabile: si può ricorrere al contratto a termine senza alcuna giustificazione e per qualsiasi tipo di lavoro.</p> <p><i>Attività stagionali:</i> non rientrano tra le ipotesi di ricorso al termine. Per queste ultime si prevede un contratto di lavoro per prestazioni lavorative specifiche e periodiche aventi carattere discontinuo rientranti nel normale livello di attività dell'impresa (c.d. lavoro discontinuo a tempo indeterminato). Si tratta, pertanto, di un contratto a tempo indeterminato che subisce una interruzione in quei periodi dell'anno in cui non è previsto lo svolgimento di alcuna attività.</p>
Divieti	Non esistono particolari divieti di legge.
Durata massima legale	<p>Varia a seconda del motivo per cui si è ricorsi al contratto a termine. Per esempio, in caso di assunzione a termine per far fronte ad un aumento dei carichi di lavoro la durata non può eccedere i <i>6 mesi</i> e deve essere contenuta nei dodici mesi successivi rispetto al momento in cui tale aumento si è verificato. Tuttavia, la contrattazione collettiva può aumentare tale «periodo di riferimento» fino a <i>18 mesi</i>. In ogni caso, la durata del contratto non può eccedere i tre quarti del relativo «periodo di riferimento» suddetto.</p> <p>3 mesi in caso di lavoro a termine giustificato dall'esigenza di ricerca e selezione del lavoratore stabile (limite applicabile solo al settore privato).</p> <p>Nel caso di assunzione di lavoratori disabili, la durata non può essere inferiore a <i>12 mesi</i> né superiore a <i>3 anni</i>.</p>
Tetti massimi	Non esistono previsioni legali che impongono (direttamente o indirettamente, tramite rinvio alla contrattazione collettiva) la fissazione di tetti massimi al ricorso al lavoro a termine. Resta per i contratti collettivi la possibilità di prevederli liberamente
Rinnovi	<p><i>Numero massimo di rinnovi:</i> 1.</p> <p><i>Durata massima del rinnovo:</i> il periodo del rinnovo, sommato alla durata del precedente contratto non può superare la durata massima complessiva prevista dalla legge.</p> <p>In generale i lavoratori che siano stati assunti per più di 24 mesi (su un periodo di 30 mesi), con o senza soluzione di continuità, per le stesse mansioni e presso lo stesso datore di lavoro, attraverso due o in più contratti di lavoro a termine, ivi inclusi eventuali rapporti in somministrazione ed escluse le ipotesi di contratti temporanei per ragioni sostitutive, sono considerati lavoratori dell'azienda a tempo</p>

	indeterminato.
Recesso	Recesso prima della scadenza del termine: legittimo solo per giusta causa. <i>Sanzioni del recesso prima della scadenza del termine:</i> il lavoratore a termine ha diritto ad ottenere un risarcimento del danno in cifra fissa, cioè pari a 45 giorni di lavoro per ciascun anno di servizio fino ad un massimo di 42 mesi; il datore di lavoro può decidere se pagare l'indennità o reintegrare il lavoratore fino alla scadenza.
Ruolo della autonomia collettiva	La contrattazione collettiva <i>può</i> specificare le ipotesi fissate dalla legge. Per esempio, in caso di assunzione per il compimento di un'opera specifica, la contrattazione collettiva precisa i compiti che, essendo caratterizzati da un certo grado di autonomia rispetto alle normali attività che caratterizzano l'azienda, possono legittimamente essere inseriti all'interno della categoria in questione. La contrattazione collettiva può individuare regole per la prevenzione dell'abuso nell'utilizzo di contratti temporanei successivi (non solo a tempo determinato ma anche in somministrazione), individuare criteri obiettivi e clausole di impegno alla conversione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro stipulati a termine, stabilire specifiche misure volte a facilitare per i lavoratori temporanei l'accesso alla formazione professionale.
Conformità alla direttiva n. 99/70/CE	Si.

6. Svezia.

Ipotesi di legittima apposizione del termine	Non esiste un principio di tassatività, né particolari limitazioni nel ricorso al lavoro a termine. <i>Ipotesi principali:</i> (1) contratto <i>fixed-term-at-will</i> ; (2) lavoro in sostituzione; (3) lavoro stagionale; (4) contratto di lavoro stipulato con lavoratori di età superiore a 67 anni.
Divieti	Non esistono divieti particolari.
Durata massima legale	<i>2 anni</i> in un arco temporale di <i>5 anni</i> . Ai fini di questo computo, non sono cumulabili i periodi del lavoro a termine riconducibili alle diverse ipotesi in cui il ricorso al lavoro a termine è consentito. Peraltro, tali limiti operano esclusivamente nei confronti delle ipotesi di contratto a termine volontario e i lavoro in sostituzione.
Tetti massimi	Non esistono previsioni legali che impongono (direttamente o indirettamente, tramite rinvio alla contrattazione collettiva), la fissazione di tetti massimi al ricorso al lavoro a termine.
Rinnovi	Non esistono particolari limitazioni.
Recesso	<i>Recesso prima della scadenza del termine:</i> è legittimo solo per causa di una grave violazione di una delle parti.

	<i>Sanzioni del recesso prima della scadenza del termine:</i> è previsto il risarcimento del lavoratore, ma anche delle organizzazioni sindacali, quando le norme violate siano di origine contrattuale.
Ruolo della autonomia collettiva	Specificazione settoriale.
Conformità alla direttiva n. 99/70/CE	Sì.

Contratti di lavoro e recesso: considerazioni sulla contaminazione dei modelli regolativi

Francesco Basenghi

Sommario: **1.** La disciplina del recesso come chiave di volta dei sistemi di tutela. – **2.** I fenomeni di ibridazione delle tutele: l'osmosi dall'alveo del lavoro subordinato al lavoro non subordinato. – **2.1.** *Segue:* il recesso nel contratto di agenzia ed il suo trattamento economico. – **2.2.** *Segue:* il recesso nel contratto di agenzia tra limiti formali e sostanziali. – **2.3.** *Segue:* recesso e limiti ordinamentali. – **3.** Il recesso dal contratto di lavoro a progetto nella regolazione collettiva. – **4.** Il recesso nei contratti di lavoro introdotti dalla riforma del 2003. – **5.** Conclusioni.

1. Qualunque prospettiva si assuma, è innegabile che il tema del recesso dal contratto di lavoro subordinato – al di là del suo accidentato percorso evolutivo, segnato alternativamente da accelerazioni e rallentamenti, da innovazioni e ripensamenti – continui a mantenere la sua assoluta centralità, avvertibile non solo in quanto istituto per sua natura critico, fulcro delle tensioni generate e non risolte nell'ambito della relazione negoziale, ma anche e soprattutto perché chiave di volta dell'intero impianto protettivo dettato a tutela del lavoratore. Di quest'ultimo, in sintesi, la disciplina del recesso è ad un tempo riflesso sublimato, ipostatizzato, sia presidio fondativo: il sistema di salvaguardia del dipendente può dirsi effettivo solo in quanto l'uscita del datore di lavoro dal rapporto sia condizionata dalla ricorrenza sostanziale di ragioni meritevoli di tutela – ricorrenza sottoposta al vaglio giudiziale – e dal concorrente rispetto di oneri formali incidenti sulla manifestazione della volontà solutoria.

Proprio questa funzione cardinale assegnata alla disciplina del recesso – e, segnatamente, a quella del licenziamento – spiega il ruolo privilegiato di misuratore del gradiente protettivo ed autorizza operazioni tassonomiche nell'ambito degli stessi rapporti di lavoro *ex* articolo 2094 c.c. La loro catalogazione in ragione delle rispettive aree di stabilità è operazione non solo condotta di consueto nella letteratura scientifica – dove la contrapposizione tra gli ambiti della tutela c.d. forte e di quella c.d. debole è ormai largamente acquisita – ma non priva di riscontri nella stessa regolazione normativa: si pensi, ad esempio, alla lettura cor-

* *Francesco Basenghi è professore straordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.*

rettiva del regime delle prescrizioni in materia di crediti retributivi ed alla conseguente disciplina modulata sulla qualità della garanzia occupazionale ⁽¹⁾.

Se, quindi, la disciplina del recesso è momento di sintesi, di cristallizzazione degli antagonismi composti nel rapporto, osservatorio privilegiato della filogenesi della subordinazione, ambito elettivo di misurazione del grado di protezione riservato al prestatore di lavoro, è chiaro perché la materia sia terreno di contrapposizione – nell'immediato ideologica ancor prima che giuridica – tra libertà e controllo, tra autonomia e tutela. E non meraviglia, allora, che sul recesso si incentri parte importante della *quaestio* della flessibilità – espressione fin troppo carica di una irriducibile ambiguità – e, segnatamente, di quella flessibilità «in uscita» sulla quale si confrontano le più diverse teoriche, spesso eccessivamente polarizzate ⁽²⁾. È ben noto che la disciplina del recesso è diventata da qualche tempo materia di scontro anche politico, soprattutto quando si è messa in discussione la idoneità dell'impianto attuale ad assicurare un efficiente funzionamento del mercato del lavoro, per alcuni segnato da un eccesso di tutela nei riguardi del lavoratore *standard* assunto nella grande impresa e, quindi, appesantito nella sua dinamica da resistenze e vischiosità tali da impedire l'accesso all'occupazione da parte degli esclusi ⁽³⁾.

La centralità del tema del recesso si è avvertita rispetto all'area della subordinazione. Del resto, le peculiarità che ne segnavano la genesi, il percorso evolutivo e la sua regolazione – se fin dall'origine hanno giustificato la deviazione rispetto allo *ius commune* – non potevano produrre esiti diversi: troppo netta la cesura rispetto al diritto dei contratti; troppo evidente l'asimmetria; troppo forte il richiamo all'essere *aliud* tipico del diritto del lavoro ed ai suoi modelli.

Nondimeno, proprio perché punto d'osservazione sensibile e privilegiato, la disciplina del recesso può oggi consentire qualche riconsiderazione che tenga conto di alcuni dei significativi risultati dell'indagine scientifica condotta in questi ultimi anni a proposito della sintassi esistente tra i tipi contrattuali nei quali sia variamente dedotta una prestazione di lavoro personale.

I termini di avvio del tema sono troppo ampi e troppo noti per essere affrontati in questa sede ⁽⁴⁾. Certo è che fin dagli anni Ottanta è emersa in modo irresistibile la tensione al superamento della tradizionale giustapposizione tra le aree dell'autonomia e della subordinazione, giustapposizione ormai persa inadeguata a comprendere – e, quindi, a ridurre in schemi soffocanti e poco convincenti – la complessa realtà dei rapporti di lavoro variamente intesi e dotati dei caratteri della

⁽¹⁾ Si allude, ovviamente a C. Cost. 10 giugno 1966 n. 63 e C. Cost. 12 dicembre 1972 n. 174 ed alla censura di costituzionalità mossa agli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, c.c.

⁽²⁾ Sul tema si rinvia a R. PESSI, *Alcune riflessioni in tema di flessibilità in uscita*, in *MGL*, 2004, 248 ss.

⁽³⁾ Il dibattito sulla contrapposizione tra *outsiders* e *insiders* – teorizzato in altri sistemi normativi e fiorito nel nostro Paese principalmente a seguito dei contributi di Pietro Ichino – ha avuto eco tale da superare i confini della letteratura scientifica. Nella impossibilità di fornire indicazioni, pur minime, si rinvia a P. ICHINO, *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, Working Paper C.S.D.L.E. «M. D'Antona», 2005, n. 40, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wpl.

⁽⁴⁾ È ovviamente impossibile dar conto del ricchissimo dibattito in materia. Si rinvia, per i necessari riferimenti a F. LUNARDON, *Specialità e flessibilità nel diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di G. Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, 559 ss.

stabilità e dell'inserimento del debitore nella organizzazione creditoria ⁽⁵⁾. E ancor più è parsa difficilmente eludibile la questione posta dal disassamento del sistema protettivo – originariamente costruito sul paradigma della debolezza contrattuale del prestatore – rispetto all'area del lavoro realmente bisognoso di tutela. Il diritto del lavoro, in altri termini, ha denunciato la sopravvenuta inadeguatezza rispetto alle esigenze di salvaguardia che pure ne avevano segnato l'origine. E la fuga dalla subordinazione – a volte forzata e pretesa in chiave elusiva, a volte pienamente legittimata dai nuovi modelli organizzativi e produttivi – ha decretato la fine della coincidenza tra la debolezza sostanziale e la tutela sottesa al sistema, tanto da rendere inevitabili interventi correttivi di vario segno ⁽⁶⁾.

Collocato su questo piano, sul tema si sono avvertite le più diverse suggestioni: dalla destrutturazione della subordinazione come fattispecie tipica – nel nome della creazione di un lavoro barthesianamente «grado zero», perciò meno esposto alla corrosione dei suoi tratti fondativi ad opera dei nuovi fenomeni evolutivi ⁽⁷⁾ – alla creazione di figure terze ed interstiziali, tributarie di quote più o meno rilevanti dell'apparato protettivo storicamente sedimentato sul lavoro dipendente ⁽⁸⁾ passando per la proposta di un sistema di tutele sganciate dalla qualificazione a priori del rapporto e geometricamente variabili in ragione di alcuni indicatori variamente enucleati ⁽⁹⁾. In questa prospettiva non si è mancato di notare i dati emergenti dal quadro legislativo ed orientati a ridimensionare «la tradizionale correlazione tra subordinazione e statuto protettivo», orientandosi verso la redistribuzione e la differenziazione dei livelli di tutela privilegiando la qualificazione sociale del lavoro ovvero la condizione di dipendenza economica del prestatore a scapito di una lettura orientata alla dipendenza in senso tecnico ⁽¹⁰⁾. La formazione di questo nuovo statuto protettivo non ha potuto trascurare la dimensione olistica del lavoratore, riguardando in particolare la sua collocazione non tanto e non solo all'interno del rapporto contrattuale, ma soprattutto al di fuori di esso e valorizzando quindi la sua posizione sul mercato del lavoro e, più in generale, lo *status* di cittadinanza professionale ⁽¹¹⁾.

Al di là di tutto, nondimeno, l'impianto normativo *in parte qua* non ha segnato, almeno all'apparenza, vistose cesure o discontinuità rispetto al già noto. La disciplina limitativa del recesso sembra essere rimasta confinata nell'area dedicata, quella della subordinazione, palesando una intima refrattarietà rispetto alle dina-

⁽⁵⁾ Esemplare il dibattito di cui danno conto i contributi raccolti nel volume di M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni: comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, 1989.

⁽⁶⁾ Cfr. L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in AA.VV., *Diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS, Ferrara 11-13 maggio 2000, Giuffrè, Milano, 2002.

⁽⁷⁾ Si pensi alla notissima teorica del c.d. lavoro *sans phrase*.

⁽⁸⁾ Fin troppo scontato il riferimento a R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua inidoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in *LI*, 1996, n. 15-16, 75 ss.

⁽⁹⁾ È sufficiente riflettere sulle suggestioni del *Libro Bianco*. Per ulteriori riferimenti cfr. ancora F. LUNARDON, *op. cit.*, 560.

⁽¹⁰⁾ Cfr. E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *DLRI*, 2006, 29.

⁽¹¹⁾ Ancora E. GHERA, *op. cit.*, 30.

miche generate dalle teoriche sulla riallocazione delle tutele ⁽¹²⁾. Per contro, l'altra «metà del cielo» – parafrasando una suggestiva espressione di Marcello Pedrazzoli ⁽¹³⁾ – pare rimasta terreno elettivo del libero recesso. Riguardo a quest'ultima non è un caso se anche in occasione del più radicale e profondo intervento riformatore di questi ultimi anni – si allude alla riforma di cui alla legge n. 30 del 2003 – la regola del recesso *ad nutum* sembra non aver incontrato eccezioni ed essere stata anzi riconosciuta con maggior vigore ⁽¹⁴⁾. Non è un caso, insomma, che la nuova figura del contratto di collaborazione a progetto abbia lasciato alle parti la massima autonomia.

Posto di fronte alla elaborazione di un nuovo tipo contrattuale destinato a raccogliere in modo forzoso tutti i tipi rapportuali in precedenza compresi nel fuoco dell'articolo 409, comma 1, n. 3, c.p.c. ⁽¹⁵⁾, il legislatore non ha pesato in termini normativi la condizione di subalternità naturalmente propria di un rapporto per sua natura segnato dalla continuità e dall'inserimento del prestatore nella struttura organizzativa creditoria, mantenendo una sostanziale fedeltà al tessuto codicistico – dal quale quel tipo geneticamente nasce – almeno quanto a parità formale dei contraenti ⁽¹⁶⁾. La scelta di ammettere che le parti possano «recedere prima della scadenza del termine per giusta causa ovvero secondo le diverse causali o modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale» (articolo 67 del decreto legislativo n. 276 del 2003) schiude all'autonomia dei contraenti spazi sconosciuti all'area dei rapporti segnati dalla asimmetria regolativa tipica del lavoro dipendente ⁽¹⁷⁾. E, addirittura, su questo stesso terreno,

⁽¹²⁾ È quanto osserva R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d. lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *RIDL*, 2004, 529, secondo il quale «è rimasto sostanzialmente intatto il nucleo duro delle tutele in favore di chi è parte del tipico contratto di lavoro subordinato», quasi a seguito della presa d'atto della «accertata intangibilità del regime garantistico della stabilità» di questo. Analogamente C. ZOLI, *Le recenti riforme del diritto del lavoro tra continuità e discontinuità*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2006, 398, secondo il quale «il legislatore ha accentuato la flessibilità non già attraverso una rimodulazione delle tutele, bensì attraverso una moltiplicazione dei modelli negoziali o un'estensione dell'ambito di fruibilità dei modelli esistenti».

⁽¹³⁾ Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 684 ss.

⁽¹⁴⁾ Ciò, almeno, secondo le soluzioni proposte dalla dottrina più autorevole, in prevalenza orientata a riconoscere alle parti piena autonomia nel definire il regime del recesso: così A. PERULLI, *Il lavoro a progetto*, in A. PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 103 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in *ADL*, 2004, 44; M. MAGNANI, S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», 2004, n. 11, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/, 11 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro «a progetto»*, Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», 2003, n. 9, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/, 18 ss.; *contra*, tuttavia, M. PEDRAZZOLI, *La disciplina delle collaborazioni ricondotte a progetto e dei contratti di lavoro a progetto*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *op. cit.*, 824 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. M. TIRABOSCHI, *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 19 ss.

⁽¹⁶⁾ Insiste sulla sostanziale continuità, rispetto al passato, della regolazione normativa M. DELL'OLIO, *Le «nuove tipologie» e la subordinazione: lavoro intermittente e ripartito*, in *Scritti in onore di G. Suppiej*, cit., 303.

⁽¹⁷⁾ In tema, tra gli altri, cfr. V. NUZZO, *Le collaborazioni coordinate e continuative. Una lunga storia*, in *DLRI*, 2005, 276; U. GARGIULO, *Il recesso nel lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei*

se deviazione v'è stata essa ha avuto luogo nel segno di una ulteriore enfasi rivolta alla libertà di autodeterminazione: ammettendo che i contraenti possano convenire la recedibilità *ante tempus* nell'ambito di una relazione contrattuale essenzialmente a termine⁽¹⁸⁾, l'assetto legale segna una ulteriore concessione alla facoltà delle parti di plasmare il programma negoziale adesivamente sulle proprie esigenze, *rectius* su quelle della parte più forte ed in grado di imporle.

Sul tema del recesso, insomma, poco o nulla si è affidato alle spinte correttive che hanno giustificato l'estensione a questa figura, seppur in modo disomogeneo, di alcuni frammenti dello statuto del lavoratore dipendente, nel segno della già citata tendenza verso la declinazione plurale dei modelli e la parallela modulazione degli statuti protettivi⁽¹⁹⁾: si pensi alla disciplina previdenziale dedicata alla estensione della tutela assicurativa contro gli infortuni ovvero al limite della adeguatezza del corrispettivo commisurato sugli omologhi trattamenti stabiliti dalla contrattazione collettiva. Per converso, nemmeno v'è stato alcun richiamo evocativo ai fenomeni di compressione della facoltà di recesso – o, comunque, di regolazione sperequata – invece registrati nell'ambito di altri rapporti contrattuali asimmetrici, dove pure il tema è stato considerato «sensibile», una sorta di terreno elettivo per operazione di correzione della condizione di disparità sostanziale dei contraenti.

Ma anche nel campo opposto poco è parso mutare rispetto al già noto. Scarso credito ha trovato la teorica orientata a leggere nell'allentamento dei vincoli «in uscita» la chiave di volta di una strategia diretta a svecchiare il mercato del lavoro ed a renderne più fluide ed efficaci le dinamiche. Al di là delle ampie critiche che hanno sepolto le proposte variamente formulate a proposito della sterilizzazione, pur parziale o selettiva, dei regimi in tema di licenziamento⁽²⁰⁾, il principio della irrecedibilità incondizionata dal rapporto di lavoro sembra cristallizzato come valore irrinunciabile, quasi una sorta di canone ordinamentale storicamente acquisito e non più trattabile al ribasso⁽²¹⁾.

Sinteticamente polarizzato intorno a questi due termini, la relazione tra le aree della subordinazione e dell'autonomia sembra non superare contrapposizioni di vago sapore tralaticio. Almeno in apparenza.

contratti, Working Paper C.S.D.L.E. «M. D'Antona», 2004, n. 26, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/.

⁽¹⁸⁾ Cfr. U. GARGIULO, *op. cit.*, 15.

⁽¹⁹⁾ Cfr. E. GHERA, *op. cit.*, 30.

⁽²⁰⁾ Cfr., per tutti, L. MONTUSCHI, *Tecniche sperimentali deregolative del mercato del lavoro: un'intesa contrastata*, in *Scritti in onore di G. Suppiej*, cit., 715 ss.; T. TREU, *Statuto dei lavori e Carta dei diritti*, in *q. Rivista*, 2004, 206; A. BELLAVISTA, *Il disegno di legge delega in materia di mercato del lavoro e la riforma della disciplina del licenziamento individuale*, in *RCDL*, 2002, 3 ss.; per considerazioni di più ampio respiro vedi anche M. GRANDI, *Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche*, in *Scritti in onore di G. Suppiej*, cit., 467ss.

⁽²¹⁾ Cfr. C. Cost. 7 febbraio 2000 n. 46, in *GI*, 2000, 1548, con nota di C. FIORES, *L'«incoerente» decisione della Corte costituzionale sulla libertà di licenziare. Osservazioni sulla sent. cost. n. 46/2000*, la quale – nell'escludere che la tutela reintegratoria prevista per i licenziamenti illegittimi appartenga al novero delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato – è però chiara nell'affermare che la regola della sindacabilità del recesso datoriale sia manifestazione di un «indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione» venutosi a stratificare nel tempo ed operante «secondo garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi d'attuazione (sentenze n. 194 del 1970, n. 129 del 1976 e n. 189 del 1980)».

2. Ad un esame appena più approfondito si possono probabilmente rinvenire alcuni segnali del processo di contaminazione tra tecniche e modelli propri dei due ambiti considerati, di una sorta di osmosi che muove dal superamento della giustapposizione tra le ragioni – e le regioni – dell'autonomia e quelle della subordinazione.

Beninteso, non è in discussione il tema, *à la page*, del tramonto del lavoro nelle sue forme *standard*, ammesso che questa espressione abbia un qualche univoco significato. Lo spazio che in futuro la subordinazione si vedrà ritagliato non è argomento rilevante ai fini di questa analisi ⁽²²⁾, che non muove dalla cancellazione delle linee confinarie delimitanti la fattispecie *ex* articolo 2094 c.c. ma ne postula, al contrario, la permanente vitalità. In altri termini, al di là delle sorti della subordinazione – della quale non è comunque facile vaticinare fondatamente l'estinzione – si tratta di acclarare se ed in quale misura parte dei suoi frammenti, porzioni del suo Dna, spezzoni regolativi tipicamente suoi propri trovino modo di estendersi al di fuori del lavoro dipendente, sua area confinaria tipica, e, per converso, se sia plausibile immaginare contaminazioni di segno opposto. L'interrogativo di fondo verte insomma sul tramonto delle coppie antitetiche «subordinazione/recesso controllato», da un lato, ed «autonomia/recesso libero» dall'altro; antinomia che ripropone in filigrana la irrisolta contrapposizione tra il primo ed il secondo comma dell'articolo 41 Cost. ⁽²³⁾.

2.1. Nell'ambito dei rapporti di lavoro non subordinato – seppur adiacenti a questo – è possibile avvertire segnali di recezione di alcune logiche, tecniche e modelli propri del lavoro dipendente o, comunque, anticipatamente proposti e maturati in quell'ambito.

Alcune recenti vicende tracciate dal diritto vivente relativamente al rapporto di agenzia offrono spunti di un qualche interesse.

Tipo contrattuale autonomo, l'agenzia si pone come fattispecie interstiziale – come ha avuto modo di ricordare di recente una attenta dottrina ⁽²⁴⁾ – perciò figura-laboratorio utile a leggere *in vitro* lo sviluppo e la consistenza dei fenomeni di cui si parla. Del resto non potrebbe essere altrimenti non appena si consideri la sua natura anfibia, segnata in parte dalla tradizionale collocazione nell'alveo dei contratti di distribuzione commerciale e, in parte, dalla possibile deducibilità nel proprio schema negoziale della prestazione di lavoro personale, resa in modo coordinato e continuativo, caratteristica della parasubordinazione *ex* articolo 409 c.p.c. L'agenzia, in questo senso, si propone come figura di confronto e composizione privilegiata di opposte spinte: quelle radicate sulla libertà contrattuale a tutto tondo; quelle marcate dallo stigma lavoristico e, quindi, segnate dalla proposi-

⁽²²⁾ Di recente cfr. le opinioni di S. BOLOGNA, E. REYNERI, A. ACCORNERO e B. ANASTASIA sul tema *È in atto una fuga dal lavoro subordinato?*, in *DLRI*, 2006, n. 3 e 4, rispettivamente 557 ss. e 743 ss.

⁽²³⁾ Cfr., per tutti, L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra «principi» costituzionali*, relazione alle giornate di studio Aidlass, Venezia, 25-26 maggio 2007, *passim*.

⁽²⁴⁾ Cfr. R. DEL PUNTA, *Riflessioni sulla nuova disciplina del contratto di agenzia (d. lgs. n. 65 del 1999)*, in *q. Rivista*, 2000, 316, il quale correttamente osserva «la rilevanza sistematica del contratto di agenzia» in seno alla «riflessione giuridica sui contratti di lavoro nel quadro delle dinamiche evolutive dell'ordinamento».

zione di canoni quali la inderogabilità unilaterale (nel segno del *favor praestatoris*) o la indisponibilità del tipo contrattuale. Del resto, una simile relazione può meravigliare solo chi non ricordi quanto notava l'autorevolissima dottrina orientata a valorizzare la originaria unicità di tipo contrattuale, costruita sulla subordinazione corrente tra imprenditori ed impiegati *handlungsgehilfen*, «dalle file dei quali gli agenti sono storicamente usciti, portando con sé una parte dei principi protettivi che, in quanto lavoratori subordinati, avevano acquisito»⁽²⁵⁾. E, proprio per questo, la figura in predicato rappresenta un terreno ideale per misurare filogeneticamente lo stato dei processi osmotici di «ridislocazione delle tutele»⁽²⁶⁾. I recenti sviluppi occorsi a proposito della indennità di cessazione del rapporto *ex* articolo 1751 c.c. offrono un primo terreno di analisi.

Come è noto, da tempo l'istituto offre utili indicazioni ricostruttive nel segno di un dialogo a distanza con l'omologo istituto della indennità di anzianità di codicistica memoria. Prevista un tempo come erogazione subordinata alla cessazione del rapporto intervenuta per cause non riferibili all'agente⁽²⁷⁾, nei primi anni Settanta venne estesa ad ogni ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro, non senza chiari echi con il percorso, per alcuni versi parallelo, tracciato dalla figura regolata dall'articolo 2120 c.c., anch'essa riconosciuta in presenza di ogni causa solutoria *ex* articolo 9, legge n. 604 del 1966⁽²⁸⁾. La riforma introdotta nel 1991, nella sua ascendenza comunitaria, ha innovato l'impianto previgente associando al sensibile incremento quantitativo della spettanza l'assoggettamento della sua erogazione alla condizione della assenza di una causa solutoria riferibile all'agente, vuoi perché dovuta ad un suo inadempimento, vuoi perché conseguente al suo recesso non provocato da circostanze imputabili alla controparte⁽²⁹⁾. Se, da un lato, è stata definitivamente consumata la separazione dell'istituto rispetto al suo omologo *ex* articolo 2120 c.c. – nel frattempo divenuto trattamento di fine rapporto, spettante a fronte di ogni ipotesi di estinzione del legame contrattuale – d'altro lato l'assetto così introdotto si è potuto proporre come regime protettivo di contenuto indennitario/risarcitorio invocabile dall'agente in caso di recesso del preponente non sorretto da giusta causa ovvero in caso di dimissioni non provocate. Da questa angolazione, non sfugge la simmetria tra la previgente regolazione dedicata al lavoratore dipendente e l'attuale disciplina riservata all'agente⁽³⁰⁾.

⁽²⁵⁾ Ovvio il riferimento a G. GHEZZI, *Del contratto di agenzia*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970.

⁽²⁶⁾ Ridislocazione delle tutele che secondo R. DEL PUNTA, *op. cit.*, è orientata ad un maggior equilibrio fra «mondo del lavoro subordinato e zone socialmente più fragili del lavoro autonomo, che sappia andare oltre quella logica del "tutto o niente"».

⁽²⁷⁾ Cfr. art. 8 dell'Accordo Economico Collettivo 30 giugno 1938, efficace *erga omnes*.

⁽²⁸⁾ Cfr. la l. n. 911/1971. In tema, tra gli altri, A. BALDASSARI, *Il contratto di agenzia*, Cedam, Padova, 2004, 422.

⁽²⁹⁾ Si allude ovviamente al regime introdotto dalla novella dell'art. 1751 c.c. dovuta al d.lgs. n. 303/1991, emanato in recepimento della direttiva n. 86/653/CEE del 18 dicembre 1986.

⁽³⁰⁾ Simmetria ben percepibile anche in termini testuali, pur nella non completa sovrapposibilità tecnica dei disposti: così se l'art. 2120 c.c. prevedeva l'erogazione della indennità di fine rapporto in caso di «cessazione del contratto a tempo indeterminato [...] salvo il caso di licenziamento per di lui colpa o di dimissioni volontarie», l'art. 1751 c.c. esclude la spettanza del trattamento «quando il preponente risolve il contratto per un'inadempienza imputabile all'agente, la quale, per la sua gravità, non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto [e non sfugge certo la eco con la formula dell'art. 2119 c.c., *nda*]

E non sfugge quindi nemmeno la riproponibilità delle considerazioni svolte da chi ha correttamente intravisto nella originaria formulazione dell'articolo 2120 c.c. una prima forma di salvaguardia del dipendente contro la rottura del vincolo contrattuale incolpevole e riferibile alla iniziativa della parte contrattualmente forte, protezione poi largamente superata dai noti sviluppi della legislazione successiva⁽³¹⁾. L'attuale previsione di un trattamento economico spettante all'agente a fronte della estinzione del rapporto dovuta a ragioni a questo non imputabili introduce un regime che non solo, in punto di regolazione normativa, dissocia la posizione dei due recedenti – così validando l'asimmetria delle rispettive posizioni di forza secondo una logica ben collaudata – ma introduce il principio del costo economico del recesso dovuto all'iniziativa di una sola delle parti, quella forte, per di più graduandone la consistenza quantitativa in linea con un modello che proprio nell'ambito del rapporto di lavoro dipendente ha trovato e trova ancor oggi ampia diffusione⁽³²⁾ ⁽³³⁾.

2.2. Anche sul piano delle tecniche di limitazione/controllo e di formalizzazione del recesso si profilano significativi *déjà-vu*. E, beninteso, non si allude tanto alla riproposizione della giusta causa come clausola generale, alla quale il legislatore degli anni Novanta – in sede di novellazione dell'articolo 1751 c.c. – dà ingresso, recependo le suggestioni del diritto vivente, con una scelta lessicale venata da innegabili evocazioni: il debito precettivo tra questa disposizione e l'articolo 2119 c.c. non merita commenti nonostante qualche sfasatura. Non si allude nemmeno alla circostanza che, ben prima della riforma, l'indirizzo giurisprudenziale preva-

ovvero quando «l'agente recede dal contratto, a meno che il recesso sia giustificato da circostanze attribuibili al preponente o da circostanze attribuibili all'agente [...]».

⁽³¹⁾ Cfr. P. ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti (note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti)*, in *RIDL*, 2006, I, 357 ss.

⁽³²⁾ È ben noto che della misura dell'indennità dovuta *ex art.* 1751 c.c. il legislatore stabilisce solo la soglia massima – pari ad una annualità provvigionale media calcolata sul rapporto – e non anche quella minima, potenzialmente pari a zero. All'interno di questo ampio *range* la determinazione del *quantum* deve avvenire assumendo in considerazione, oltre ad alcuni fattori tipizzati (tra i quali lo sviluppo del giro d'affari e la stabile acquisizione dei relativi vantaggi in capo al preponente), anche tutte le «circostanze del caso», arrivando a postulare un giudizio equitativo. Non sfuggono le similitudini correnti, *mutatis mutandis*, con i criteri valutativi – tra i quali, in chiusura, quello offerto dalla condizione e dal comportamento delle parti – suggeriti a proposito della liquidazione delle spettanze risarcitorie dovute al dipendente *ex art.* 8 della l. n. 604/1966.

⁽³³⁾ Non muta i termini dell'argomento – anzi, semmai ne conferma i tratti essenziali – l'articolata *quaestio* sorta a proposito della derogabilità dell'assetto legale da parte della contrattazione collettiva. Come è noto, sul tema si è registrato il recente intervento del giudice comunitario, il quale ha concluso nel senso della inderogabilità della disciplina legale da parte di quella contenuta in un accordo collettivo «a meno che non sia provato che l'applicazione di tale accordo garantisce, in ogni caso, all'agente commerciale un'indennità pari o superiore a quella che risulterebbe dall'applicazione» della direttiva: così C. Giust. 23 marzo 2006, in causa C-465/04. La circostanza che la disciplina pattizia prevedesse in realtà un regime articolato su due distinte componenti indennitarie, una delle quali dovuta all'agente in ogni caso di scioglimento del contratto di agenzia – con ciò, quindi, apparendo *in parte qua* come più favorevole rispetto all'impianto legale – e che essa sia stata comunque giudicata tale da cedere rispetto a quest'ultimo, segna la valorizzazione della spettanza come componente dovuta solo in presenza della irrifiribilità della causa solutoria all'agente, in qualche modo dando vitalità alla regola della onerosità economica del recesso *ad nutum*. Sul tema cfr., di recente, F. BORTOLOTTI, *L'indennità di fine rapporto di agenzia: la Cassazione di pronuncia dopo la Corte di giustizia europea*, in *MGL*, 2007, 106 ss.

lente insistesse sulla estensibilità analogica della figura⁽³⁴⁾, e neppure al fatto che di quest'ultima si invocano le consuete direttrici applicative, sensibili al *particolare* della singola vicenda e fortemente plastiche e modellabili. Tutto come previsto, verrebbe da dire.

Meno scontate sono le decisioni che dalla affermata analogia procedono per riconoscere al solo agente che receda per giusta causa non solo il diritto a risolvere immediatamente il rapporto senza alcun preavviso, ma anche quello di percepire egli stesso l'indennità sostitutiva⁽³⁵⁾. Qui i motivi di interesse riguardano l'ammissibilità di una operazione estensiva condotta nei riguardi di una disposizione elettivamente dettata per il lavoro dipendente – il cui contenuto è stato fin dalla sua genesi salutato come espressione di rottura, distonica rispetto alla simmetria dei ruoli che colorava la regolazione codicistica in punto di recesso dal contratto di lavoro subordinato – segnata da vistosi tratti di *favor* oltreché eccezionale rispetto alla regola che vorrebbe il recedente per giusta causa solo liberato dall'obbligo del preavviso e non anche assegnatario della pretesa di godere di una ulteriore spettanza economica. Per la quale ultima lo *ius commune*, in modo rettilineo, avrebbe suggerito l'applicazione delle regole ordinarie in materia di responsabilità contrattuale, con l'effetto di imporre al receduto la dimostrazione del pregiudizio patito in ordine all'*an* ed al *quantum*⁽³⁶⁾.

Altrettanto significative sono le pronunce che insistono sulla necessità di tener conto della diversa capacità di resistenza dei contraenti nell'economia dello specifico rapporto⁽³⁷⁾ e, ancor più, quelle che tracciano un solco tra le posizioni delle parti ed impongono al solo proponente l'obbligo di esporre puntualmente le relative doglianze in sede di comunicazione del recesso medesimo, specificando la natura degli inadempimenti contestati, la consistenza delle mancanze imputate alla controparte, la dimensione fattuale delle condotte o dei comportamenti censu-

⁽³⁴⁾ Come accennato, sulla estensibilità analogica della giusta causa al rapporto di agenzia conviene da tempo – ancor prima della novella dell'art. 1751 c.c. – la giurisprudenza largamente prevalente (Cass. 12 gennaio 2006 n. 422; Cass. 10 ottobre 2005 n. 19678; Cass. 12 dicembre 2001 n. 15661; Cass. 2 maggio 2000 n. 5467, che fa derivare la recedibilità per giusta causa da un principio generale operante in materia di rapporti continuativi). In dottrina cfr., per tutti, P. LAMBERTUCCI, voce *Agenti e rappresentanti (agenti e rappresentanti – diritto del lavoro)*, in *EGT*, 1988, 2, il quale colloca il fenomeno nel più ampio processo di progressiva assimilazione tra il rapporto agenziale e quello di lavoro dipendente.

⁽³⁵⁾ Cfr. Cass. 16 dicembre 2004 n. 23455, secondo la quale, pur in assenza di una espressa previsione relativa alla possibilità di recedere senza preavviso dal rapporto di agenzia, per lo stesso trova applicazione in via analogica l'istituto *ex art.* 2119 c.c., che comporta anche il riconoscimento del diritto dell'agente recedente all'indennità sostitutiva del preavviso.

⁽³⁶⁾ Del resto, non casualmente la giurisprudenza meno recente, tenuto conto della diversità della posizione dell'agente in relazione al contenuto delle prestazioni delle parti del contratto, se pure riteneva consentita l'estensione del criterio della giusta causa quale ragione valida per il recesso in tronco, escludeva invece l'applicabilità al rapporto di agenzia della speciale previsione dell'art. 2119 c.c. nella parte in cui riconosce al lavoratore subordinato recedente per giusta causa il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso (Cass. 9 aprile 1992 n. 4337, secondo la quale per il danno derivante all'agente dal recesso dovuto all'inadempimento dell'altra parte si affermava così dover trovare applicazione la normativa generale in tema di risoluzione del contratto per inadempimento). In dottrina cfr. anche R. BALDI, *I contratti di distribuzione*, in G. ALPA, M. BESSONE (diretta da), *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, vol. II, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da W. Bigiavi*, Utet, Torino, 1999, 980.

⁽³⁷⁾ Cfr. Cass. 1° febbraio 1999 n. 845.

rati ⁽³⁸⁾. Non si tratta di insistere sulla ovvia proponibilità del canone del *clare loqui* e, di riflesso, di negare spazi a qualificazioni tardive, semmai dettate da ripensamenti o da strategie più o meno raffinate. A nessuna delle parti – in questo caso simmetricamente giustapposte – deve essere concessa la possibilità di ricondurre a posteriori nel *genus* della giusta causa un recesso manifestato senza quel carattere, ovvero senza la contestuale manifestazione delle sue ragioni fondative. Una diversa conclusione non solo pregiudicherebbe il legittimo interesse della parte receduta a conoscere l'esatta qualificazione della causa solutoria fin dal suo momento genetico, ma produrrebbe riflessi applicativi difficilmente componibili nel momento in cui si imponesse l'esigenza di determinare la collocazione temporale del momento estintivo: se in coincidenza con la conoscenza della manifestazione negoziale; ovvero in occasione del successivo spirare del completamento del periodo di preavviso.

Il tema, al riguardo, è diverso ed insiste sulla necessità di provvedere alla puntuale e rigorosa allegazione delle condotte inadempienti asseritamente incompatibili con la prosecuzione del rapporto, per quanto provvisoria. Qui la asimmetria regolativa declinata all'interno della relazione intersoggettiva non si fonda su alcun esplicito referente precettivo e – pur non pervenendo a delineare un regime procedimentale paragonabile a quello di derivazione statutaria (articolo 7 Stat. lav.), innervato sulla eterodirezione ed inscindibilmente connesso a questa – denuncia con forza la propria derivazione dal sistema valoriale costruito sul lavoro dipendente ⁽³⁹⁾. La enucleazione della regola che esige la necessaria contestazione immediata, sia pure sommaria, delle ragioni poste a base del recesso per giusta causa – con il correlato recupero della loro immutabilità – è scientemente riferita al solo preponente, mentre la speculare posizione dell'agente non risulta gravata da analoghe formalità.

Sul piano descrittivo, una vicenda non meno emblematica riguarda la riproponibilità, in riferimento al rapporto agenziale, delle soluzioni maturate nell'alveo del lavoro dipendente in punto di efficacia del preavviso. Come è noto, la teorica favorevole al riconoscimento della sua realtà – da tempo negletta a motivo della originaria formulazione dell'articolo 1750 c.c., apertamente ammissiva della sostituibilità del termine di preavviso con il «pagamento di una corrispondente indennità» – pare aver trovato nuovo vigore a seguito della novellazione della disposizione, che di quella facoltà oggi non fa alcuna menzione. Pur nella varietà

⁽³⁸⁾ Cfr. Cass. 20 aprile 1999 n. 3898; Cass. 5 febbraio 1993 n. 1434; più recentemente Cass. 16 dicembre 2004 n. 23455 ha ammesso che possa tenersi conto anche di comportamenti del preponente ulteriori rispetto a quelli lamentati nell'atto di recesso; Trib. Grosseto 21 ottobre 2004, in *LG*, 2005, 488, ha insistito anche sulla inapplicabilità dell'art. 2, l. n. 604/1966. In senso più temperato Cass. 16 marzo 2000 n. 3084, secondo la quale, ai fini della legittimità del recesso, il preponente non deve far riferimento fin dal momento della comunicazione del recesso a fatti specifici, essendo al contrario sufficiente che di essi l'agente sia a conoscenza anche *aliunde* o che essi siano – in caso di controversia – dedotti e correlativamente accertati dal giudice; in quest'ultimo senso è orientato Trib. Roma 22 aprile 1994, in *Gius.*, 1994, 201. In dottrina E. ROTONDI, M. ROTONDI, *L'agenzia nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2004, 479.

⁽³⁹⁾ Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), L. MENGONI (continuato da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1996, 145; P. LAMBERTUCCI, *op. cit.*, 2; M. PERASSI, *Decreto legislativo 10 settembre 2001, n. 303. Attuazione della direttiva 86/653/CEE relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti*, in *NLCC*, 1992, 553.

delle soluzioni giurisprudenziali ⁽⁴⁰⁾, l'orientamento favorevole al recupero della efficacia reale non nasconde parallelismi – se non addirittura più strette omologie – con il regime della subordinazione ⁽⁴¹⁾, al punto da offrire materiale argomentativo a chi vi legge l'ulteriore segnale del più generale fenomeno osmotico tra i modelli rapportuali ⁽⁴²⁾.

2.3. Sono troppo noti gli snodi teorici che hanno segnato i percorsi di faticosa erosione della insindacabilità dei motivi del licenziamento libero. E, del resto, risalgono ai primi anni della Costituzione repubblicana i tentativi di costruzione di un sistema di limiti al recesso datoriale declinato sui contenuti di questa. Che, poi, detti tentativi abbiano trovato ostacoli alla compiuta e piena affermazione delle loro potenzialità vuoi in considerazione della dubbia vincolatività interpretata immediata di quei precetti – si allude al dibattito in punto di *Drittwirkung* – ovvero a motivo delle condizioni di funzionamento tecnico dei riferimenti normativi adottati ⁽⁴³⁾, è circostanza non decisiva. La leggibilità in filigrana dei motivi del licenziamento – sebbene *ad nutum* – è ormai *ius receptum* ⁽⁴⁴⁾ e la sua pretesa «astrattezza» da tempo immemorabile suona più come espressione ellittica ed approssimata che come nota propriamente caratteriale, connotato interno ed immanente, insuperabile diaframma ai tentativi di decifrazione delle effettive ragioni fondanti la scelta del recedente.

Certo, la progressiva costruzione di un vero e proprio *corpus* regolativo dettato in funzione antidiscriminatoria – aggregatosi per sedimentazione, in analogia con quanto accaduto a proposito della disciplina generale in tema di licenziamento ⁽⁴⁵⁾ – ha sgravato e sgrava l'interprete da non pochi e delicati incumbenti, tra i quali il reperimento di un solido referente precettivo immediato, collocabile a ba-

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Trib. Bari 1° febbraio 2005, in *Juris Data*.

⁽⁴¹⁾ Cfr. Trib. Bari 14 maggio 2004, in *Juris Data*, che sottolinea essere la realtà «ulteriore carattere del preavviso [...] in analogia a quanto accade nel rapporto di lavoro, derivandone che il contratto continua a esplicare i suoi effetti ed il rapporto perdura senza modificazioni sino al momento in cui matura il termine *de quo* e, stante il principio di ultrattività del rapporto, le parti sono entrambe vincolate al puntuale adempimento delle obbligazioni»; analogamente Trib. Firenze 23 luglio 2001, in *Foro toscano*, 2001, 248. A favore della efficacia reale del preavviso si pronuncia anche Cass. 11 marzo 2004 n. 4982.

⁽⁴²⁾ Cfr. P. LAMBERTUCCI, *op. cit.*, 2, che colloca il principio nell'ambito di un più generale fenomeno di progressiva assimilazione del rapporto agenziale a quello di lavoro dipendente.

⁽⁴³⁾ Per i necessari riferimenti cfr., da ultimo, L. NOGLER, *op. cit.*, 13.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. in questo senso già Cass. 17 agosto 1977, n. 3781, che ha concluso a favore della ammissibilità del sindacato giurisdizionale circa il motivo del licenziamento nel caso in cui sia stata dedotta la sua riferibilità a ragioni discriminatorie e di rappresaglia, e ciò anche laddove sia ammesso il recesso *ad nutum* di ciascuno dei contraenti dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato. In dottrina l'assunto è da tempo largamente acquisito: si veda F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Jovene, Napoli, 1982, 190; M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, F. Angeli, Milano, 1975, 85; L. MONTUSCHI, *Sub art. 15 e 16*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori (artt. 14-18)*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *op. cit.*, 33.

⁽⁴⁵⁾ È largamente condivisa l'opinione secondo la quale gli interventi normativi in materia concorrono ormai alla creazione di un complesso unitario ed inscindibile: cfr., tra gli altri Autori, G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001, *passim*; M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2005, 166. Del resto, che la legislazione antidiscriminatoria stia vivendo una nuova «età dell'oro» è chiaramente espresso da M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2003, 399.

luardo degli interessi presuntivamente lesi dal recesso. In altri termini, l'arricchimento delle condizioni normativamente valutate come discriminatorie – si allude, ad esempio, alla novellazione dell'articolo 15 Stat. lav. a seguito del decreto legislativo n. 216 del 2003 – amplia il novero delle ragioni apertamente tutelate e ritenute *expressis verbis* meritevoli di protezione⁽⁴⁶⁾. Osservando però i piani di intervento, il rapporto corrente tra gli aggiustamenti legislativi ed il sistema di principi ordinamentali esprime una chiara co-occorrenza: i primi procedono dai secondi e l'opera di *upgrading* non nasconde un vago ma persistente sapore di ovvietà⁽⁴⁷⁾.

Nondimeno – anzi, proprio per questo – l'ordinaria strumentazione civilistica continua a rivelarsi preziosa. E ciò principalmente quando la disciplina speciale soffre di amnesie o limitazioni applicative. Così, la illegittimità dei licenziamenti retti da ragioni ritorsive – si pensi alla vasta e consolidata elaborazione in punto di nullità del recesso motivato dall'azione giudiziaria promossa dal dipendente⁽⁴⁸⁾ – da tempo trova modo di affermarsi grazie al ben noto meccanismo costruito sugli articoli 1345 e 1418 c.c., applicabili agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale sulla scorta dell'articolo 1324 c.c.⁽⁴⁹⁾. E – come accennato – anche il limite sbrigativamente sussunto nel connotato dell'astrattezza si rivela inconsistente, non operando quale ostacolo alla emersione dei profili causali sottesi al provvedimento ma, al più, venendo a giocare sul piano processuale, quale canone di riparto degli oneri probatori⁽⁵⁰⁾.

Indubbiamente più stimolanti – ai fini di queste righe – sono le potenzialità interne a quel modello riguardo alle forme di lavoro non subordinato.

Certo – si dirà – in questi ambiti la eventuale riproponibilità dei modelli di sindacabilità del recesso soffre di una aperta insufficienza nella risposta sanzionatoria. Ma se questo è, almeno in prima battuta, indubbiamente vero, sarebbe improprio confondere i piani: la scarsa effettività della protezione origina dal modo d'essere del rapporto considerato, dalla sua dimensione causale, e nulla ha a che fare con la diversa questione della latitudine e della conseguente invocabilità dei limiti al recesso.

In questi termini, quindi, giova ricordare che già da tempo la più autorevole dottrina ha suggerito una riflessione sull'opportunità di estendere il divieto di discriminazione anche al di fuori dell'area del lavoro dipendente e, segnatamente, a

⁽⁴⁶⁾ Cfr. G. DE SIMONE, *op. cit.*, 111 ss.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. ancora G. DE SIMONE, *op. cit.*, 48 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr., Cass. 3 maggio 1997 n. 3837; Cass. 19 marzo 1996 n. 2335; Pret. Milano 21 giugno 1996, in *LG*, 1996, 1029. Si rammenta di frequente anche la decisione di Trib. Roma 19 ottobre 1995, in *RIDL*, 1996, II, 876, che ha concluso nel senso della nullità *ex artt.* 1324 e 1345 c.c. di un licenziamento intimato ad una dipendente a motivo del suo rifiuto opposto alla richiesta di sottoscrizione di una dichiarazione, contraria al vero, di inesistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Secondo P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, 433, al motivo illecito o discriminatorio dovrebbe essere equiparato «il mero arbitrio o capriccio del datore di lavoro, in virtù del principio costituzionale che vieta l'esercizio dell'iniziativa economica in modi che ledano la libertà o la dignità della persona (art. 41 Cost.)».

⁽⁴⁹⁾ Per più ampi riferimenti cfr. O. MAZZOTTA (a cura di), *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1999, 38 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. ancora O. MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, 13 ss.

quello associativo e parasubordinato⁽⁵¹⁾, incontrando il consenso di chi ha validato una soluzione di questo segno al punto da ritenerla «scontata»⁽⁵²⁾: in questo senso si rammenta quanto previsto a proposito della estensione dell'articolo 15 Stat. lav. – già intimamente dotato di una ben nota attitudine a superare i tradizionali steccati interni al tipo del lavoro dipendente⁽⁵³⁾ – ai soci lavoratori di cooperativa non dipendenti⁽⁵⁴⁾ e, ancora, quanto più di recente previsto dall'articolo 3 del decreto legislativo n. 145 del 2005 nella parte in cui, novellando la legge n. 903 del 1977, estende il divieto di discriminazione a tutte le forme di lavoro, comprese quelle rese in autonomia⁽⁵⁵⁾.

Scontata o meno che sia la nominata estensione, pare difficilmente contestabile che la sindacabilità del recesso in punto di liceità sia recuperabile *a fortiori* quanto al modello di lettura codicistica incarnato dai già citati articoli 1345 e 1418 c.c., che non possono ovviamente soffrire di alcuna limitazione applicativa ed operano ad ampio spettro. In altri termini, validato l'assunto della vincolatività del canone generale favorevole alla verifica sulla liceità dei motivi sottesi al licenziamento libero *sub specie* di atto negoziale unilaterale, vien da sé l'ammissione di analogo scrutinio anche in relazione al recesso *tout court*, anche nell'ambito dei contratti in cui venga dedotta una prestazione di lavoro, quantomeno con i caratteri della personalità, del coordinamento e della continuità⁽⁵⁶⁾.

Alcuni recenti arresti relativi a rapporti agenziali confortano ricostruzioni di questo tenore. Si è ammesso così lo scrutinio condotto in merito ad un recesso disposto da un preponente nei riguardi di un'agente in stato di gravidanza⁽⁵⁷⁾. E se l'esito dell'indagine è risultato sfavorevole a quest'ultima, parte ricorrente, ciò è unicamente dipeso dalla emersione di riscontri fattuali incompatibili con la motivazione lamentata. La quale, una volta debitamente provata, avrebbe invece condotto ad affermare la nullità del recesso. Un percorso logico-argomentativo analogo è stato seguito riguardo ad un recesso ispirato dalla sola finalità di rappresaglia e di ritorsione nei confronti di atti compresi nel legittimo esercizio delle libertà sindacali e perciò dichiarato nullo⁽⁵⁸⁾. Qui la peculiarità delle conclusioni raggiunte ha insistito sulla particolare latitudine del controllo di fonte codicistica,

⁽⁵¹⁾ Si allude ai rilievi di T. TREU, voce *Atti e trattamenti discriminatori*, in *EGT*, 1988, 5.

⁽⁵²⁾ Cfr. G. DE SIMONE, *op. cit.*, 115, che ricorda anche la sensibilità mostrata da alcune proposte di legge avanzate al riguardo.

⁽⁵³⁾ Si allude ovviamente alla particolare collocazione anche topografica del precetto, posto nel titolo II Stat. lav.

⁽⁵⁴⁾ L'art. 2 della l. n. 142/2001 notoriamente distingue, al riguardo, la posizione dei «soci lavoratori [...] con rapporto di lavoro subordinato» da quella degli «altri soci lavoratori», ai quali ultimi viene estesa una selezione della disciplina statutaria comprendente anche l'art. 15.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. L. PERINA, G.M. BELLIGOLI, *Manuale del rapporto di agenzia*, Il Sole 24 Ore Pirola, Milano, 2006, 181.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., piuttosto timidamente, U. GARGIULO, *op. cit.*, 17, che non nasconde i rischi di una ipotetica funzionalizzazione del recesso; rischi, invero, che dovrebbero essere sterilizzati da un corretto appostamento del controllo in punto di liceità sul piano dei limiti esterni all'atto. Relativamente al contratto di agenzia, cfr. M. TATARELLI, *Recesso dal contratto di agenzia e motivo illecito determinante*, in *MGL*, 2006, 113, il quale sottolinea la stretta contiguità con il lavoro dipendente.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. Cass. 26 maggio 2004 n. 10179.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Cass. 19 ottobre 2005 n. 20197.

non impedito dalla natura libera del negozio ⁽⁵⁹⁾ ed esteso al punto da riguardare sì un rapporto di natura agenziale, ma nondimeno non compreso nel cono regolativo dell'articolo 409, comma 1, n. 3, c.p.c., in quanto corrente con un agente costituito in forma societaria ⁽⁶⁰⁾. La circostanza non ha impedito che la scelta del recedente venisse censurata in quanto ritenuta contraria alle norme imperative poste a tutela delle libertà sindacali, norme che, in ragione del valore che lo stesso dettato costituzionale assegna al «lavoro», nella sua accezione più ampia, sono parse estensibili a tutti coloro che svolgono attività lavorativa, anche se in forma parasubordinata o, ancor più latamente, autonoma ⁽⁶¹⁾.

Ovviamente – al di là di alcune criticità dell'argomentazione, tali comunque da non minare la sua fondatezza ⁽⁶²⁾ – rimangono ben fermi i confini obiettivi della costruzione teorica, come pure vistose le distanze tra le realtà considerate, talché sarebbe quindi illusorio ipotizzare una sorta di recuperabilità per via ermeneutica di uno statuto paragonabile a quello costruito sul lavoro dipendente.

È banale ricordare che la verifica in punto di illecità della base motivazionale sottesa al recesso procede logicamente dalla sussistenza di interessi di rango paraordinato o sovraordinato incise dalla determinazione assunta dal recedente. E va da sé che si dovrà necessariamente trattare di interessi coperti da garanzia costituzionale o comunque ordinamentale, tutti da decifrare nello spettro dello sfaccettato e poliforme gioco dei rapporti tra le posizioni giustapposte di cui l'articolo 41 Cost. – nel censurare gli atti di esercizio dell'iniziativa economica privata lesivi della libertà o della dignità delle persone – suona come sintesi normativa ⁽⁶³⁾. La negazione di ogni spazio non solo ad un sindacato valoriale – incidente sulla meritevolezza della scelta – ma anche sulla esistenza di una qualsiasi motivazione obiettiva idonea a fare della cessazione del rapporto l'*extrema ratio* pare del tutto scontata. In altri termini, il controllo sulla liceità del motivo mai potrebbe riguardare, per esempio, la sua opportunità nel merito ovvero la colleganza eziologica tra la decisione/causa ed il recesso/effetto, o, ancora, la considerazione di

⁽⁵⁹⁾ Osserva la Corte, nella decisione da ultimo citata, che la natura potestativa del diritto esercitato in tema di recesso *ad nutum* – come tale riservato alla libera determinazione del recedente e sottratto al controllo di terzi – «se può valere ad escludere l'automatica trasposizione, nella disciplina dei rapporti di agenzia, dei principi giuslavoristici in tema di recesso, con particolare riferimento a quelli sulla giusta causa e relativa sindacabilità [...], non può tuttavia anche comportare la sottrazione dei rapporti in questione alle regole, di carattere generale, che disciplinano la validità dei negozi giuridici, in considerazione dei relativi profili finalistici».

⁽⁶⁰⁾ Secondo l'orientamento consolidato: cfr. Cass. 14 luglio 2005 n. 14813; Cass. 13 luglio 2001 n. 9547.

⁽⁶¹⁾ Ancora, secondo Cass. 19 ottobre 2005 n. 20197, dal quadro costituzionale deve ritenersi che «la tutela dell'associazionismo, del proselitismo e dell'attivismo, per finalità collettive di lavoro, anche se “parasubordinato” o autonomo, costituisca un'esigenza primaria, insita nel sistema, ancorché non codificata, la cui violazione non può non qualificarsi “illecita”, per contrasto con norme imperative».

⁽⁶²⁾ Così qualche perplessità può sollevare l'appello all'istituto dell'abuso di diritto, che la Corte pare utilizzare in relazione allo scrutinio motivazionale *ex artt.* 1345 e 1324 c.c., trascurando la demarcazione tra il controllo, tutto interno, sulla coerenza causale dell'atto ed il diverso limite della contrarietà a legge – *id est* illecità – qualificabile come limite esterno ad esso. Per i necessari riferimenti cfr. la non recente ma sempre efficace analisi di C. ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988, specialmente 180 ss. e 347 ss.

⁽⁶³⁾ Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 433. Secondo Pret. Milano 12 dicembre 1990, in *OGI*, 1991, I, 397, devono ritenersi irrilevanti i motivi del recesso, ove questi ultimi non violino, nella realtà, una disposizione di legge o un principio di ordine pubblico o di buon costume.

quest'ultimo come soluzione estrema ed altrimenti non evitabile, secondo una tecnica di lettura invece largamente codificata riguardo al controllo sul recesso⁽⁶⁴⁾.

In secondo luogo è intuibile la distanza che separa, in termini di tutela, il regime invocabile in caso di licenziamento nullo rispetto a quello invece azionabile dall'agente, se non, più in generale, dal lavoratore parasubordinato o autonomo nel caso in cui si ammetta l'estensibilità della tutela. Da un lato è scontato sottolineare quanto le difficoltà in punto di prova del motivo illecito rendano la protezione spesso illusoria. È facile ricordare che l'accertamento della sussistenza della illiceità del substrato motivazionale determinante il recesso proceda dalle allegazioni della parte asseritamente lesa, *secundum alligata et probata*, e debba quindi fondarsi su fatti obiettivi e di lettura inequivoca, pur essendo la questione rimessa al giudice di merito ed insindacabile in sede di legittimità in quanto correttamente motivata⁽⁶⁵⁾. Tenuto altresì conto che il recesso non richiede di regola la manifestazione o l'esplicitazione di alcuna ragione fondativa, ben si comprende la difficile posizione del prestatore. D'altra parte corre ricordare – secondo quanto già accennato – come la tutela eventualmente invocabile non potrebbe che fulminare di nullità l'atto di recesso, stante tuttavia la impossibilità di applicare il regime protettivo previsto per il licenziamento viziato. Il rapporto di lavoro potrebbe quindi dirsi ancora giuridicamente in essere fino al verificarsi di una legittima ed autonoma causa risolutiva, esponendo il recedente solo all'eventuale responsabilità risarcitoria, nei limiti e secondo le regole generali in tema di prova del danno⁽⁶⁶⁾. In ogni caso pare da escludere la possibilità, per la parte che subisca il recesso, di rivendicare il fattuale ripristino del rapporto⁽⁶⁷⁾.

3. Il rapporto dialogico corrente in punto di recesso tra sfera dell'autonomia e della subordinazione – comprese le figure descrittivamente mediane – trova nuovi argomenti nello sviluppo della contrattazione collettiva dedicata.

Al riguardo non viene in gioco il rapporto di agenzia, rispetto al quale i contenuti degli accordi economici collettivi paiono poco o punto incisivi nel momento in cui mantengono inalterate le prerogative della parte preponente in fase di recesso e ripropongono il consueto schema della generale recedibilità con preavviso nei rapporti a tempo indeterminato, in contrapposizione alla sola recedibilità per giu-

⁽⁶⁴⁾ In dottrina cfr., per tutti, M.T. CARINCI, *op. cit.*, *passim*.

⁽⁶⁵⁾ Proprio su queste basi – come si è accennato – Cass. 26 maggio 2004 n. 10179 ha confermato la decisione di merito giunta ad escludere che il recesso del preponente dal rapporto agenziale fosse determinato esclusivamente dallo stato di gravidanza dell'agente e, come tale, fosse da considerarsi discriminatorio, ritenendo, invece, sulla base degli atti che il recesso fosse ricollegabile non già all'intento della società preponente di porre fine al rapporto a causa della gravidanza dell'agente, ma piuttosto alle ragioni di riorganizzazione della rete di vendita allegate dalla stessa preponente, in relazione ad un rapporto da tempo praticamente inattivo.

⁽⁶⁶⁾ In relazione al contratto di agenzia cfr. L. PERINA, G.M. BELLIGOLI, *op. cit.*, 181; M. TATARELLI, *op. cit.*, 114.

⁽⁶⁷⁾ Relativamente ad un rapporto agenziale – vista la impossibilità di conseguire, attraverso il procedimento d'urgenza, un provvedimento che assicuri un risultato diverso da quello che può essere ottenuto all'esito del giudizio di merito – si è quindi esclusa la possibilità di ordinare in sede cautelare il ripristino del rapporto d'agenzia, non potendo il citato giudizio di merito condurre a tale risultato: così Trib. Roma 22 ottobre 2001, in *ND*, 2002, 344.

sta causa *ante tempus* nell'ambito di una relazione a termine, nel segno di un apprezzamento simmetrico delle rispettive posizioni di forza ⁽⁶⁸⁾.

Più significativa risulta essere la disciplina collettiva in via di progressiva formazione relativamente al contratto di lavoro a progetto. Pur nella varietà delle situazioni regolate, prende corpo l'adozione di una strumentazione di segno limitativo della recedibilità della parte committente, che – tenuto conto della natura necessariamente a termine del rapporto – pare volta ad assicurare la riappropriazione di modelli sintonici rispetto allo *ius commune* ⁽⁶⁹⁾. Si allude, come è ovvio, alla definizione di clausole che subordinano l'esercizio della facoltà di recesso alla ricorrenza di causali particolarmente qualificate. Al di là delle scelte tecniche più o meno felici, un registro diffuso impone la sussistenza di una giusta causa di recesso ⁽⁷⁰⁾ – con ciò evidentemente riferendosi alla configurabilità di una condizione impeditiva della naturale prosecuzione del rapporto – ovvero di un grave inadempimento degli obblighi contrattuali assunti dal collaboratore.

In qualche caso, in modo ancor più significativo, la regolamentazione convenzionale introduce obblighi relativi alla formalizzazione del recesso, ancora una volta asimmetrici, talvolta spinti fino alla previsione di procedure conciliative per i casi controversi ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. G. TRIONI, *Contratto di agenzia*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *op. cit.*, 188 ss. La simmetria viene infranta relativamente ad aspetti di dettaglio, quali, ad esempio, la durata del preavviso (cfr. l'art. 9 dell'accordo economico collettivo 2002 per il settore industriale). Sul punto, nondimeno, non va trascurato il recente intervento di Cass. 14 novembre 2006 n. 24274, secondo la quale la regola di cui all'art. 1750, comma 4, c.c. – secondo cui i termini di preavviso devono essere gli stessi per le due parti del rapporto – ha natura inderogabile ed esprime un precetto materiale che vieta pattuizioni che alterino la parità delle parti in materia di recesso, con la conseguenza che è nullo per frode a detto precetto il patto che contempli, in aggiunta all'obbligo di pagare l'indennità di mancato preavviso, una clausola penale a carico del solo agente che si renda inadempiente all'obbligo di dare preavviso.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. A. PERULLI, *La riforma del mercato del lavoro: bilancio e prospettive*, in L. MARIUCCI (a cura di), *op. cit.*, 200.

⁽⁷⁰⁾ Una consistente rassegna degli interventi collettivi si può trovare sul sito www.nidil.cgil.it. Tra gli altri si segnalano l'accordo collettivo tra Co.ge.se e Nidil dell'ottobre 2005 e quello tra Federippodromi, Slc, Fisascat e Uilcom del luglio 2004, nell'ambito dei quali si ammette la recedibilità del committente in presenza di una giusta causa, ferma restando la libertà di recesso *ad nutum*, quindi con preavviso, del collaboratore. In altri accordi le parti preferiscono condizionare il recesso adottando formule diverse, quali le «gravi inadempienze» o, ancor più genericamente, le «violazioni» degli obblighi contrattuali da parte del collaboratore (accordo Aquatempa e Nidil del febbraio 2005, accordo Gabetti, Nidil e Filcams dell'aprile 2004, accordo Aninsei, Cgil, Cisl, Uil-scuola, Snals del maggio 2003).

⁽⁷¹⁾ Cfr. l'accordo quadro tra Assocallcenter, Filcams, Fisascat e Uiltucs del 2 marzo 2004, dove si prevede la recedibilità del committente in presenza di ipotesi tassativamente indicate (scadenza del termine, fine anticipata della commessa, giusta causa dovuta ad ipotesi codificate), imponendo anche l'obbligo di fornire al collaboratore «motivata comunicazione del verificarsi di una delle suddette cause [...] mediante raccomandata a/r», fatta salva la facoltà della controparte di chiedere la convocazione della competente commissione paritetica prevista dall'accordo. In senso analogo dispone il più recente accordo collettivo nazionale tra Lipu, Nidil e Cpo del marzo 2006 che, nel limitare la recedibilità del committente in presenza delle causali specificate, fa comunque salva la libertà di recesso per il collaboratore a progetto, dietro preavviso. Di un qualche interesse è anche l'accordo tra l'Associazione ONG italiane, Alai, Cpo e Nidil dell'ottobre 2004, che parrebbe addirittura introdurre – ma il modo condizionale è d'obbligo – una sorta di procedura paradisciplinare, nel momento in cui impone al committente «che intenda far valere» la recedibilità per giusta causa l'obbligo di darne «motivata comunicazione al collaboratore mediante raccomandata [...] o altra comunicazione scritta consegnata da un responsabile del committente e controfirmata per ricevuta dall'interessato».

Certo, sono ben evidenti i limiti di una regolamentazione protettiva di questo segno, tra i quali spiccano la vincolatività soggettivamente limitata, attesi i caratteri della fonte pattizia, e la natura solo risarcitoria, non reale, della tutela, atteso che la vicenda si gioca sul piano dell'inadempimento contrattuale ⁽⁷²⁾. Nondimeno, i dati di rango sistematico emergenti dall'intervento collettivo sono molteplici e tra essi i più significativi riguardano, da un lato, la compressione degli spazi di libertà assegnati dalle parti in sede di regolazione legale e, dall'altro, la correzione in chiave asimmetrica – tipicamente giuslavoristica, se si concede l'espressione – delle posizioni riferibili ai due contraenti.

Sul piano storico-sistematico non è forse infondata la suggestione che fonda una lontana eco con i primi interventi limitativi del recesso datoriale nell'ambito del lavoro dipendente, ancor prima che il legislatore regolasse la materia ⁽⁷³⁾. La sensibilità mostrata dagli attori sindacali esprime una tensione alla riregolazione dei rapporti di forza delle parti nella dinamica del rapporto, nel segno di quella che la miglior dottrina ha ricordato essere l'anima del diritto del lavoro ⁽⁷⁴⁾.

4. È cosa nota che la riforma del 2003 abbia inteso spingersi ben oltre l'area della subordinazione, superando lo steccato posto dall'articolo 2094 c.c. e raggiungendo i territori meno frequentati del lavoro autonomo o, meglio, non subordinato. Del resto, l'ampiezza e la profondità del disegno riformatore erano largamente prevedibili. Basti pensare alla parallela latitudine del provvedimento di delega ed al respiro, ancor maggiore, del c.d. *Libro Bianco* ⁽⁷⁵⁾, che ancora la *vulgata* pretende di qualificare – davvero troppo frettolosamente – quale documento politico preconizzatore della riforma.

Beninteso, questa osservazione ha la forza dell'evidenza. Ma essa lascia comunque impregiudicata la realtà di fondo alla quale si accennava, e cioè che l'afflato riformatore ha investito pressoché ogni ambito del lavoro, cioè quasi ogni genere di relazione nella quale un soggetto svolga una attività personale a favore di altri, senza risparmiare nemmeno figure confinarie quali l'associazione in partecipazione o, addirittura, il lavoro reso *benevolentiae vel affectionis causa* tra parenti o affini. L'idea di fondo che si trae dal complessivo intervento è quella di una rivisitazione della sintassi corrente tra le relazioni di lavoro globalmente considerate, in nome di una *voluntas* onniregolativa. E traspare con nettezza la scelta di insistere anche sull'area del lavoro non dipendente – restringendone l'accessibilità in chiave antielusiva – agendo in parallelo sulla moltiplicazione dei modelli negoziali riferibili all'area della subordinazione ⁽⁷⁶⁾, tanto da suggerire la gustosa me-

⁽⁷²⁾ Talvolta la stessa disciplina convenzionale richiama l'applicazione dell'art. 2227 c.c., riconoscendo al collaboratore il diritto ad essere tenuto indenne, oltretutto delle spese e del compenso per il lavoro eseguito, anche del mancato guadagno: cfr. accordo Assirm, Nidil, Alai e Cpo del settembre 2004.

⁽⁷³⁾ In tema, di recente, cfr. M. GRANDI, *op. cit.*, 471 ss., il quale esattamente sottolinea la inadeguatezza delle diffuse letture volte a ridimensionare o svalutare il significato, anche sistematico, dell'intervento pattizio.

⁽⁷⁴⁾ Si allude all'icastico *incipit* di M. GRANDI, *In difesa della rappresentanza sindacale*, in *DLRI*, 2004, 627: «il diritto del lavoro non è, in genere, amico della libertà».

⁽⁷⁵⁾ In tema, tra i tanti contributi, si veda F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal «Libro Bianco» al disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 2002, *passim*.

⁽⁷⁶⁾ Cfr., per tutti, F. SANTONI, *Nuovi lavori e tipo contrattuale*, in *DML*, 2004, 51 ss.; C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, relazione alle giornate di

tafora del datore di lavoro «ammesso ad un *self-service*, dove lo stesso piatto “lavoro subordinato” viene cucinato in modo da poter essere condito in molte salse e mangiato al di fuori di un *menù* fisso»⁽⁷⁷⁾.

Su un ulteriore piano, peraltro correlato, non va sottaciuto il diverso gradiente di invasività legislativa, con ciò intendendo il mutevole atteggiamento assunto, relativamente alle tecniche regolatorie, in ordine al *quantum*, all'intensità dell'intervento; e corre sottolineare che – se in alcuni frangenti il legislatore delegato è intervenuto in modo cauto e sorvegliato – in altri ha invece preferito optare per soluzioni più ardite e risolutive, con riflessi importanti sul piano della costruzione e della tenuta ordinamentale del sistema normativo.

Ebbene, seppur in misura meno netta – ma non per questo meno significativa – rispetto a quanto già evidenziato più sopra, proprio nell'ambito della subordinazione, quanto al recesso, si avvertono i segnali di un riaggiustamento dei tradizionali statuti protettivi.

Certo, qui il percorso è più sotterraneo e umbratile, non foss'altro perché le spinte sono opposte a quelle registrate nell'ambito dei rapporti non subordinati ed esprimono uno scostamento al ribasso rispetto ai livelli di tutela ordinari.

Come si è accennato, anche la revisione della disciplina in tema di licenziamento è stata, più o meno propriamente, inserita nell'*agenda* legislativa, tanto da spingere ad una proposta di un contenimento parziale degli assetti di stabilità tanto celebre quanto fallimentare. Nondimeno, nelle pieghe della riforma restano tracce sintomatiche del fenomeno di ibridazione al quale si è fatto riferimento.

Quanto al lavoro intermittente, la disciplina ordinaria in tema di licenziamento sembra sterilizzata in conseguenza della previsione, dai toni *tranchant*, secondo la quale «per tutto il periodo durante il quale il lavoratore resta disponibile a rispondere alla chiamata del datore di lavoro non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati»⁽⁷⁸⁾. Certo – si dirà – la disapplicazione della disciplina in tema di licenziamento è poco o punto rilevante all'interno di una relazione profondamente segnata da vistose deviazioni rispetto all'ordinario. Ed è anche vero che il tema del recesso presenta una evidenza trascurabile nell'ambito di un rapporto che – almeno nelle sue forme estreme – riconosce al creditore una sorta di attivabilità *ad nutum* del momento esecutivo del rapporto senza gravarlo di alcun particolare obbligo nella fase di *stand-by*. Ciò nonostante, la rilevanza

studio Aidlass sul tema *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Padova, 21-22 maggio 2004, dattiloscritto, 12, secondo il quale «il legislatore ha dilatato la possibilità delle parti di scegliere, nell'ambito del lavoro subordinato, una pluralità di contratti (sottotipi contrattuali o tipi misti), diversi da quello a tempo pieno ed indeterminato. Ha, infatti, attuato una sorta di moltiplicazione dei modelli negoziali o, ancor più, un'estensione dell'ambito di fruibilità dei modelli già esistenti»; di recente M. MAGNANI, *I lavori flessibili*, in L. MARIUCCI, (a cura di), *op. cit.*, 50; C. ZOLI, *Le recenti riforme del diritto del lavoro tra continuità e discontinuità*, *cit.*, 398 ss. Sui profili critici di tale scelta regolativa, tra gli altri, cfr. A. LASSANDARI, *Sulla crisi della regolamentazione tra lavoro e flessibilità*, in *RGL*, 2006, I, 686 ss.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, Working Paper C.S.D.L.E. «M. D'Antona», 2007, n. 54, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/.

⁽⁷⁸⁾ Così l'art. 38, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003. In tema cfr. M. DELL'OLIO, *op. cit.*, 307; recentemente R. SANTUCCI, *Il lavoro intermittente: un modello contrattuale inutilizzato (e inutilizzabile) di lavoro iperflessibile?*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, ES, Napoli, 2006, 402 ss. In generale, sul tema, cfr. G. PELLACANI, *Prime considerazioni sul lavoro a chiamata o intermittente*, in *MGL*, 2003, 512 ss.

sistemica della previsione permanente⁽⁷⁹⁾ e, con essa, trova conferma la cedevolezza della regolazione *in parte qua*, orientata ad introdurre una sorta di extraterritorialità della tipologia considerata quanto alla disciplina speciale in tema di scioglimento volontario del rapporto. In questo senso l'intervento segna una vistosa frattura nella logica che vorrebbe il rapporto di lavoro dipendente assistito da una regolamentazione limitativa in tema di recesso datoriale, aprendo invece la strada alla riespansione della ordinaria e generale disciplina codicistica.

Non meno significativo risulta il regime relativo al contratto di lavoro ripartito, nell'ambito del quale l'insofferenza verso la tradizionale strumentazione protettiva sembra contenuta con difficoltà, tanto da esondare in almeno due previsioni: quella secondo la quale «le dimissioni o il licenziamento di uno dei lavoratori coobbligati comportano l'estinzione dell'intero vincolo contrattuale», fatta salva una diversa determinazione pattizia; quella che richiama l'articolo 1256 c.c. in caso di impedimento di entrambi i lavoratori coobbligati⁽⁸⁰⁾.

Come è noto, per entrambe le figure i tentativi di lettura «riduzionistica» sono fioriti con vigore. Così, quanto alla prima – dopo alcune perplessità manifestate sul piano strettamente interpretativo, segnate tutte da un vistoso disagio verso soluzioni dai tratti quasi eversivi degli equilibri consolidati⁽⁸¹⁾ – si è ritenuto di poter lamentare la violazione del principio costituzionale di uguaglianza di fronte alla legge⁽⁸²⁾. Quanto alla seconda figura – in sostanziale analogia con la precedente in ordine ai fini – si è insistito sulla permanente vigenza della disciplina di salvaguardia dettata per i casi in cui l'impedimento alla prestazione dipenda da un evento tradizionalmente protetto, principalmente sulla scorta dell'articolo 2110 c.c.⁽⁸³⁾.

Quale che sia la fondatezza di queste letture – alcune invero assai eleganti e suggestive – resta il fatto che queste, talvolta, urtano contro il dato precettivo, spesso esplicito ai limiti della brutalità. Che al lavoratore intermittente, nella fase della sospensione esecutiva, sia preclusa la estensione della copertura protettiva dettata (anche) per il licenziamento sembra contestabile con difficoltà, al di là della singolarità della conclusione, della sua condivisibilità nel merito e della sua difendibilità rispetto ai limiti del sistema costituzionale. Del pari, anche la regola della necessaria contestualità solutoria dei rapporti correnti tra i dipendenti coobbligati pare espressa con chiarezza, sebbene non si possa nascondere la perplessità per un esito a volte in stridente contrasto con il comune sentire⁽⁸⁴⁾: si pensi alla e-

⁽⁷⁹⁾ Al punto che F. BANO, *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, in *LD*, 2006, 308, legittimamente si domanda se non si possa ridiscutere della collocazione sistematica del lavoro intermittente nell'alveo della subordinazione.

⁽⁸⁰⁾ Al riguardo cfr. A. ARMENTANO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione tra vecchio e nuovo mercato del lavoro*, in *MGL*, 2005, 353 ss.

⁽⁸¹⁾ Cfr. ancora R. SANTUCCI, *op. cit.*, 402; R. ROMEI, *Lavoro intermittente*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *op. cit.*, 431 ss. Ben avverte questo disagio S. NAPPI, *I contratti di lavoro intermittente e ripartito*, in *DML*, 2004, 169, il quale pare ritenere estensibile la disciplina in tema di licenziamento. Più in generale cfr. anche F. LISO, *Riflessioni sulla riforma del mercato del lavoro*, in L. MARIUCCI (a cura di), *op. cit.*, 302 ss.

⁽⁸²⁾ Cfr. R. VOZA, *I contratti ad orario «ridotto, modulato o flessibile» tra lavoro e disponibilità*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti. A tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 352.

⁽⁸³⁾ Cfr. L. MONTUSCHI, *Il lavoro ripartito*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *op. cit.*, 464.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. A. RONDO, *Un nuovo modo di lavorare: il lavoro ripartito*, in *MGL*, 2004, 126.

stensione al lavoratore incolpevole della risoluzione del rapporto dovuta a colpa del collega ⁽⁸⁵⁾. Ancora, il richiamo all'articolo 1256 c.c. – al di là degli spazi suoi propri – suona come espressione della volontà di recupero delle logiche privatistiche ancora non incise dalla asimmetria regolativa del diritto del lavoro ⁽⁸⁶⁾.

5. Volendo trarre alcune considerazioni finali, è difficile trascurare l'impressione accennata all'esordio. Al di là del superamento – da alcuni vaticinato – della tradizionale giustapposizione tra area della autonomia e della subordinazione, la disciplina del recesso offre comunque qualche indicazione non banale utile a ricostruire lo *Zeigeist* e, con esso, la maturazione di un percorso, prima di tutto culturale, che lascia trasparire accenni di ibridazione dei modelli di intervento, nella consapevolezza che la materia consente aggiustamenti e correzioni pluridirezionali ⁽⁸⁷⁾. E ciò secondo una relazione biunivoca che non si traduce nella semplice estensione di tutele dalla subordinazione all'autonomia né può confondersi con il *trend* volto alla valorizzazione del «lavoro economicamente dipendente» ⁽⁸⁸⁾ al quale il recente Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee riserva ampio spazio.

Non si tratta, insomma, di discutere *tout court* della elevazione dei livelli protettivi oltre lo steccato tracciato dall'articolo 2094 c.c., né di valorizzare il singolo, isolato frammento precettivo, ma di decifrare all'interno del diritto vivente, del tessuto regolativo, i segnali della creazione di un sorta di *continuum* nel quale il gradiente della tutela viene dislocato al di là della stretta qualificazione ontologica del rapporto e secondo una linea nella quale convivono in stretta adiacenza una ampia serie di tipologie di lavoro ⁽⁸⁹⁾.

Resta certo il fatto che la riallocazione delle tutele ha luogo secondo un percorso frastagliato e segnato da chiaroscuri, in quanto risultante a volte dalla applicazione dei principi generali, a volte dall'intervento di dettaglio del legislatore nazionale e comunitario, a volte dall'azione creativa della giurisprudenza. Ma pare nel contempo indubbio che un percorso tutto interno e sotterraneo verso la ricollocazione di alcuni stigmi, regole e canoni comuni oltre – e nonostante – le tradizionali linee confinarie, pare decifrabile con nettezza di contorni ⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁵⁾ L'esito non è certo temperato dalla possibilità di recuperare la imputazione integrale del rapporto in capo al dipendente non dimissionario o licenziato, atteso che detta ipotesi è esplicitamente condizionata dalla «richiesta» del datore di lavoro.

⁽⁸⁶⁾ Giustamente insiste sul debito della previsione rispetto agli schemi contrattuali più tradizionali M. DELL'OLIO, *op. cit.*, 309.

⁽⁸⁷⁾ In questo senso cfr. F. LUNARDON, *op. cit.*, 568.

⁽⁸⁸⁾ Cfr., tra gli altri, A. PERULLI, *Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana*, in *RGL*, 2006, I, 731 ss.

⁽⁸⁹⁾ Dando quindi corpo – verrebbe da dire, *mutatis mutandis* – a quella esigenza di fondo consistente nella sostituzione della rigida contrapposizione «della coppia lavoro autonomo/lavoro subordinato» con un *continuum* di tipi di attività»: così T. TREU, *Statuto dei lavori e Carta dei diritti*, cit., 198, ricordando le considerazioni di M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *QDLRI*, 1998, 17 ss.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. al riguardo, in una prospettiva pur diversa, M. TIRABOSCHI, *Le riforme del mercato del lavoro nell'ultimo decennio: un processo di liberalizzazione*, in *RIDL*, 2006, I, 508.

Contratti di lavoro e recesso: considerazioni sulla contaminazione dei modelli regolativi – Riassunto. *L'A. propone una analisi della disciplina del recesso in riferimento ai vari tipi di contratto di lavoro, assumendo l'istituto come chiave di volta dei sistemi di tutela del lavoratore. Tali sistemi infatti possono considerarsi effettivi solo in quanto l'uscita del datore di lavoro dal rapporto sia condizionata alla ricorrenza sostanziale di ragioni meritevoli di tutela. L'indagine riguarda, in prima istanza, il tipo contrattuale autonomo dell'agenzia, che si pone come fattispecie interstiziale, pertanto utile a leggere in vitro lo sviluppo e la consistenza dei fenomeni di ibridazione delle tutele. Con riguardo al lavoro a progetto, l'analisi dell'A. si concentra sulla regolamentazione collettiva che tende ad introdurre strumenti di segno limitativo della recedibilità del committente, nonché obblighi relativi alla formalizzazione del recesso. Opposte invece le spinte nell'ambito della subordinazione, che esprimono un abbassamento rispetto ai livelli di tutela ordinari. Quanto al lavoro intermittente, infatti, la disciplina ordinaria in tema di licenziamento sembra sterilizzata in conseguenza della previsione che esclude la titolarità dei diritti riconosciuti ai lavoratori subordinati durante il periodo di disponibilità. Previsioni di simile tenore sono contenute anche nella disciplina del lavoro ripartito. All'esito della sua analisi, l'A. conclude sottolineando la necessità di decifrare all'interno del diritto vivente i segnali della creazione di una sorta di continuum nel quale il gradiente della tutela viene dislocato al di là della stretta qualificazione ontologica del rapporto.*

Employment contracts and dismissals: reflections on the reciprocal influence of regulatory models (Article in Italian) – Summary. *The author proposes an analysis of the regulation of dismissals with regard to the various types of employment contract, identifying this as a critical aspect of employment protection. This protection can be considered to be effective only in so far as the termination of the employment contract on the part of the employer is offset by justifiable employment protection measures. The paper focuses first of all on employment contracts concluded by employment agencies, acting as labour intermediaries, as a useful way of examining the hybrid nature of certain forms of employment protection. With regard to project work, the analysis focuses on collective regulation which tends to introduce measures to limit the freedom to terminate the contract on the part of the enterprise, as well as formal obligations relating to termination. It is argued that there is an opposite trend in the area of salaried employment, with a general lowering of the level of employment protection. With regard to on-call or zero-hours contracts, the standard provisions on dismissals would appear not to apply since the workers is not entitled to employment protection during periods when no work is carried out. Similar provisions also apply in the case of job sharing or lavoro ripartito. In concluding the analysis the author underlines the need to identify in the application of the legal provisions the emergence of a kind of continuum, in which the various levels of employment protection may be placed on a cline, regardless of the specific type of employment contract.*

Lavoro penitenziario e diritti del detenuto

Giuliana Vanacore

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le origini storiche del lavoro penitenziario in forma sistematica. – 3. Evoluzione legislativa della disciplina. – 4. Le forme di lavoro penitenziario e i meccanismi di accesso allo stesso. – 5. Il carattere obbligatorio del lavoro penitenziario. – 6. La disciplina relativa agli imputati detenuti. – 7. I diritti del detenuto lavoratore. – 7.1. I diritti sindacali. – 7.2. La retribuzione. – 7.3. La durata della prestazione lavorativa e il diritto alle ferie del detenuto lavoratore. – 8. La cessazione del rapporto di lavoro.

1. Il *lavoro penitenziario* è un tema tanto complesso quanto troppo spesso dimenticato.

La complessità dell'argomento è naturale conseguenza dell'intrecciarsi, a fianco di quelle considerazioni di stampo giuridico che costituiranno l'oggetto di questo studio, di importanti valutazioni di natura sociologica ed economica che, data la brevità della trattazione che segue, non avremo purtroppo modo di approfondire⁽¹⁾. Basterà soltanto ricordare, a esemplificazione della laboriosità della materia in esame, quanto il lavoro penitenziario riproduca e amplifichi tutte quelle contraddizioni e difficoltà nelle quali si dibatte l'annosa questione delle pene alternative al carcere e, prima ancora, della funzione stessa della pena.

Tema, dicevamo, troppo spesso dimenticato.

È soltanto a partire dai primi anni Settanta, infatti, che la dottrina giuslavorista⁽²⁾ si è avvicinata alla materia del lavoro penitenziario e al connesso riconoscimento dei diritti civili nascenti in capo a coloro che svolgono un'attività lavorativa in stato di detenzione, questioni fino ad allora relegate ad una visione esclusivamente penale e penitenziaria, tesa soltanto alla salvaguardia dell'istanza punitiva e alla tutela della collettività nei confronti del reo.

Ed è appunto la compresenza di queste opposte prospettive (di sicurezza e di custodia da una lato, di tutela dei diritti del detenuto lavoratore dall'altro) a caratte-

* Giuliana Vanacore è vincitrice, con il presente contributo, del Premio Tesi di laurea «Marco Biagi», edizione 2006.

⁽¹⁾ Sulla «funzione insostituibile del lavoro (penitenziario) quale strumento di integrazione sociale», si rimanda, in particolare, a M. PAVARINI, *Prison work rivisitato. Note teoriche sulle politiche penitenziarie nella post modernità*, in M. GRANDE, M.A. SERENARI (a cura di), *In-out: alla ricerca delle buone prassi. Formazione e lavoro nel carcere del 2000*, F. Angeli, Milano, 2002, 7-31.

⁽²⁾ G. PERA, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *FI*, 1971, 53-78; U. ROMAGNOLI, *Il lavoro nella riforma carceraria*, in M. CAPPELLETTO, A. LOMBROSO (a cura di), *Carcere e società*, Marsilio, Venezia, 1976, 92-106; R. CANOSA, *Il lavoro dei detenuti*, in M. CAPPELLETTO, A. LOMBROSO (a cura di), *op. cit.*, 1976, 111 ss.

rizzare la materia oggetto del nostro studio: «Il problema peculiare del lavoro penitenziario, inteso come lavoro caratterizzato soggettivamente dalla condizione di detenuto prestatore di lavoro, è quello del continuo intersecarsi tra situazioni giuridiche nascenti dal rapporto di lavoro e istanza punitiva dello Stato»⁽³⁾.

2. Ai fini di una corretta ed esaustiva analisi della materia, procediamo col delineare, seppur brevemente, il quadro storico, politico ed economico che condusse alla moderna affermazione del lavoro penitenziario in *forma sistematica*.

L'origine storica del lavoro penitenziario è strettamente correlata alla affermazione della pena detentiva nella sua forma di privazione della libertà personale.

Ma se la genesi delle moderne istituzioni penitenziarie può essere ascritta all'epoca dell'Illuminismo, con l'abbandono delle pene corporali e il ridotto ricorso alla pena capitale, l'affermarsi e l'organizzazione sistematica del lavoro penitenziario devono essere collocate in epoca ancora precedente: la *workhouse*, ovvero la «casa» di reclusione, internamento e lavoro (da non confondersi con la mera «casa di custodia», vale a dire con il carcere preventivo, *ad custodiendum*, dove veniva recluso l'imputato in attesa del processo), nasce infatti in Inghilterra, alla fine del 1500, per poi raggiungere il suo apice in Olanda, agli inizi del 1600.

La *workhouse* inglese e la *rasp huis* olandese rappresentarono le strutture in cui, per la prima volta, si affiancarono esigenze punitive dello Stato ad istanze rieducative nei confronti del recluso, nell'intento di recuperare a fini produttivi il reo e nel ripudio dell'adozione di sistemi punitivi contrari al comune sentire della cittadinanza: attraverso la forzosa trasmissione dell'etica del lavoro propria della cultura calvinista, la comunità protestante coniugava l'ambivalenza della pretesa punitiva e retributiva dello Stato con l'esigenza di recupero del reo.

Al di là del riferimento alla tipologia di popolazione internata⁽⁴⁾ e ai motivi storici che condussero all'affermazione del lavoro penitenziario in chiave moderna, quel che in questa sede, seppur rapidamente, interessa evidenziare, è la *lettura economico-politica* avanzata da Rusche e Kirchheimer⁽⁵⁾ in relazione alla funzione espressa, soprattutto nella loro fase iniziale, da queste primordiali istituzioni segreganti: la *workhouse* inglese e la *rasp huis* olandese operarono una *c.d. funzione calmieratrice* del costo della manodopera nel mercato libero. In presenza di un aumento della domanda e di una diminuzione dell'offerta di lavoro, ossia

⁽³⁾ Cfr. M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2001, XV.

⁽⁴⁾ La tipologia di popolazione reclusa era ampiamente variegata: venivano internati, indistintamente, mendicanti, vagabondi, poveri, oziosi (tutti ricompresi all'interno di una stessa categoria di persone, in applicazione del principio secondo cui la povertà dovesse considerarsi un delitto ed il fine delle istituzioni internanti dovesse essere l'apprendimento della disciplina del lavoro), a fianco di autori di piccoli reati (per i soggetti che si macchiavano di reati maggiori perdurava, invece, l'applicazione dei classici rimedi: una qualche pena corporale, l'esilio, la gogna, o, più semplicemente, la morte), prodighi e buoni a nulla (al crescere del prestigio e della buona reputazione delle istituzioni segreganti, gli stessi cittadini, di propria iniziativa, presero a rinchiudervi parenti prodighi e figli buoni a nulla), prostitute, ecc.

«L'internamento», per citare Foucault, divenne «una strana repubblica del bene imposta con la forza a tutti quelli sospettati di appartenere al male».

⁽⁵⁾ Vedi G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, Russel & Russel, New York, 1968 (edizione italiana D. MELOSSI, M. PAVARINI (a cura di), *Pena e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1978); nel dibattito si inserì anche teoria della punizione come disciplina di M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, Parigi, 1975, trad. it. *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 1976, 1993.

in una situazione di crescita del costo del lavoro libero, l'attività prestata dalla popolazione internata divenne il fulcro economico di un più ampio ciclo produttivo: il bassissimo apporto di capitali necessario per l'acquisto di macchinari e per il mantenimento dei reclusi ⁽⁶⁾, fecero di gran lunga preferire (sia all'amministrazione statale che agli imprenditori privati) l'impiego e la produzione della manodopera internata rispetto all'utilizzo della manodopera libera ⁽⁷⁾.

Ma con l'avvento della Rivoluzione Industriale e l'introduzione dei macchinari in ogni tipologia di lavoro produttivo, il lavoro carcerario si fece obsoleto e arretrato; la stessa funzione calmieratrice venne meno: la crescente industrializzazione dei meccanismi di produzione del lavoro libero, contrapposta al mancato apporto di capitali necessari per lo sviluppo tecnologico del lavoro penitenziario, fecero di quest'ultimo un'attività scarsamente concorrenziale e remunerativa, a tal punto che lo stesso non poteva essere condotto se non nella prospettiva di forti perdite economiche.

3. A partire dal primo regolamento penitenziario del Regno d'Italia (1862), passando per il codice penale Zanardelli del 1889, fino ad arrivare al regolamento penitenziario del 1931, il lavoro in carcere risultò tratteggiato in termini strettamente *afflittivi*; recependo in norma quanto già stabilito dal codice penale del 1889, il regolamento del 1931 sancì il principio generale secondo cui le pene restrittive della libertà personale dovessero essere scontate con l'obbligo del lavo-

⁽⁶⁾ I macchinari risultavano, di fatto, inesistenti, a fronte di un'attività lavorativa decisamente massacrante. Si pensi, soltanto per fare un esempio, che le case di reclusione e lavoro olandesi furono comunemente conosciute col nome di *rasp huis* in quanto la fondamentale attività lavorativa che vi si praticava consisteva nel grattugiare con una sega a più lame un particolare tipo di legno, durissimo, fino ad ottenerne una polvere da cui i tintori avrebbero poi estratto il pigmento per la tintura dei filati. Il lavoro, orrendamente e inutilmente faticoso (lo stesso processo poteva essere attuato con la macina di un mulino, nel modo comunemente usato da chi impiegava lavoro libero: ma si capisce bene che differenza di costi di investimento intercorra tra l'acquisto di una sega e l'acquisto di un mulino!), si diceva particolarmente adatto per gli oziosi e i pigri, i quali, spesso, lavoravano sino a rompersi letteralmente la schiena.

In riferimento, poi, al salario corrisposto ai lavoratori detenuti, il regolamento delle case di reclusione disponeva espressamente che si tenesse conto del valore dell'opera e si consegnasse loro un quarto di esso. I bassi salari risultavano così doppiamente utili: oltre che economicamente convenienti per l'imprenditore investitore, rendevano particolarmente oppressivo il processo lavorativo, preparando le masse segregate all'obbedienza e all'arrendevolezza una volta terminata la pena e uscite dall'istituto (c.d. principio della *less eligibility*: il livello di esistenza garantito dalle istituzioni carcerarie doveva risultare ampiamente inferiore a quello della fascia sociale operaia più bassa, in modo tale che il lavoro peggio pagato risultasse comunque preferibile (*eligible*) alla condizione carceraria; tutto ciò al duplice scopo di costringere al lavoro e di salvaguardare la deterrenza della pena).

⁽⁷⁾ La teoria trova un suo punto di forza se confrontata con la situazione europea della seconda metà del Cinquecento e della prima metà del Seicento, ossia in quella fase storica caratterizzata da un forte declino demografico e da un aumento di rigidità della forza lavoro. Rusche e Kirchheimer muovono, infatti, da un ragionamento storico di fondo: il carcere, inteso come strumento portante di controllo sociale, nasce col sistema di produzione capitalistica, adempiendo alla funzione precisa di far apprendere coattivamente, alle masse di ex contadini ormai trasformate in proletariato, la disciplina del salario. È conseguenza diretta che esso si sia strutturato, soprattutto in relazione alla modalità di sfruttamento del lavoro della manodopera detenuta, sul modello produttivo allora dominante: originariamente la manifattura, in seguito la fabbrica. Si rimanda a G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *op. cit.*, 71-110, e a M. PAVARINI, *Appendice a D. MELOSSI, M. PAVARINI (a cura di), op. cit.*, 341-365.

ro: il lavoro penitenziario veniva pertanto considerato come un *naturale e necessario completamento della pena*, come parte integrante della sanzione penale ⁽⁸⁾. Il lavoro non poteva che essere obbligatorio; il rifiuto di lavorare da parte del detenuto non veniva tollerato, in quanto ciò avrebbe rappresentato motivo di disordine e di indisciplina all'interno nell'intero istituto. Da cui la previsione delle numerose punizioni (articoli 161-165 del regolamento penitenziario) indirizzate a colui che non avesse osservato compiutamente e regolarmente l'obbligo del lavoro; punizioni che partivano dal semplice ammonimento personale, fino ad arrivare al vero e proprio isolamento in cella.

In quanto sottratto, in ogni suo aspetto, alla disponibilità del detenuto, il lavoro diveniva un «obbligo» ma, almeno nell'opinione prevalente ⁽⁹⁾, non un «diritto». All'articolo 1 del regolamento penitenziario del 1931 fu inoltre stabilito che l'obbligo di prestare attività lavorativa dovesse gravare non soltanto sui condannati a scontare una qualche pena detentiva, ma anche sui soggetti in custodia preventiva che non fossero in grado di mantenersi con mezzi propri.

Questa specifica imposizione del lavoro indirizzata agli *imputati* incapaci di mantenersi con mezzi autonomi (obbligo di prestare attività lavorativa che si attenuerà in mera facoltà, non soltanto subordinata alla richiesta dell'interessato ma anche al consenso dell'autorità giudiziaria, con il successivo regolamento del 1975) si faceva discendere dalla necessità di pagare allo Stato, in caso di condanna processuale, le spese sostenute per il mantenimento dell'imputato in carcere; a neutralizzare l'obbligo generale del lavoro non concorreva, dunque, l'applicazione del principio generale di presunzione di non colpevolezza (e quindi della stessa impossibilità di presumere un bisogno di rieducazione attraverso la disciplina del lavoro obbligatorio), bensì, al contrario, ad operare era la semplice previsione dell'obbligo di indennizzare lo Stato in caso di eventuale sentenza sfavorevole: «Allo Stato, in sostanza, non premeva la sorte dell'imputato detenuto, ma interessava unicamente non chiudere in perdita la partita economica con lui» ⁽¹⁰⁾.

In relazione, infine, all'organizzazione e alle modalità di svolgimento del lavoro stesso, il regolamento citato introdusse una primordiale distinzione normativa tra attività lavorativa da svolgersi all'interno o all'esterno dell'istituto penitenziario, ripartizione poi ampiamente elaborata e completata nella successiva riforma del 1975.

Ma ciò che contraddistinse l'ordinamento penitenziario del 1975 (legge 26 luglio 1975, n. 354) e il successivo regolamento di attuazione (decreto del Presidente della Repubblica n. 431 del 1976) ⁽¹¹⁾, fu soprattutto il rovesciamento del modo

⁽⁸⁾ I commentatori dell'epoca si affrettarono a chiarire che, mentre il lavoro in tutte le sue forme doveva essere considerato come un «dovere sociale», il lavoro in carcere si traduceva, in conseguenza dello stato di detenzione, in un vero e proprio «dovere giuridico», sanzionato da gravi e precise previsioni disciplinari.

⁽⁹⁾ «Non si tratta di un vero e proprio diritto, e la parola «diritto» va usata solo per sottolineare l'importanza che, nel sistema carcerario, deve avere il lavoro». Vedi C. ERRA, *Lavoro penitenziario*, in *Enc dir.*, 1973, 567.

⁽¹⁰⁾ Cfr. E. FASSONE, *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, Zanichelli, 1981, 158.

⁽¹¹⁾ Di seguito nel testo la l. n. 354/1975 e il relativo il regolamento di attuazione (d.P.R. n. 431/1976, poi sostituito dal d.P.R. n. 230/2000), saranno rispettivamente indicati con la sigla «O.P.», acronimo di «ordinamento penitenziario», e con l'abbreviazione «reg. esec. O.P.».

di intendere e qualificare il lavoro carcerario: pur ribadendo l'obbligatorietà del lavoro dei detenuti la nuova disciplina svestì il lavoro del suo carattere sanzionatorio, facendolo divenire, invece, l'elemento cardine del *trattamento rieducativo* (articolo 15, comma 1, O.P.).

Il lavoro, non più tratteggiato come fattore di sofferenza ulteriore ai fini della espiazione della pena, diviene strumento finalizzato alla rieducazione e al reinserimento sociale ⁽¹²⁾ del condannato secondo la logica ispiratrice contenuta nell'articolo 27 della Costituzione. Con la perdita di ogni connotazione afflittiva e l'espressa indicazione secondo cui l'organizzazione e i metodi di lavoro penitenziario debbano riflettere quelli del lavoro nella società libera (articolo 20, comma 5), viene di fatto operato un importante passo in avanti nel *superamento della distinzione tra lavoratore non detenuto e detenuto lavoratore*.

La riforma del 1975, se da un lato ebbe l'enorme pregio di segnare lo storico passaggio dal concetto di lavoro carcerario in funzione strettamente punitiva a quello di lavoro carcerario inteso come elemento cardine di un più generale trattamento rieducativo, tuttavia non riuscì mai a realizzare compiutamente gli obiettivi prefissati sulla carta: il divario tra il testo di legge e le strutture operative, materiali e personali necessarie per darvi attuazione fu, infatti, enorme.

Non fu quindi un caso se, già all'indomani dell'approvazione della riforma, ebbe inizio un acceso dibattito che sfociò, dieci anni dopo, nella c.d. Legge Gozzini (legge 10 ottobre 1986, n. 663) e nella legge 28 febbraio 1987, n. 56 («Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro»).

Lo scopo auspicato dai compilatori di queste nuove discipline fu quello di eliminare i nodi problematici rimasti aperti con la normativa del 1975, soprattutto in materia di lavoro all'esterno (in riferimento al quale venne introdotta una fase di controllo giurisdizionale nel procedimento che regolava l'ammissione al lavoro del detenuto) e di retribuzione (venne abolita la trattenuta dei tre decimi sulla mercede da versarsi alla Cassa per il soccorso e l'assistenza delle vittime dei delitti, a sua volta abolita con legge 21 ottobre 1978, n. 641).

L'articolo 6 della riforma del 1986 sostituì completamente l'originario l'articolo 21 (modalità di lavoro) della legge n. 354 del 1975, che fu così diversamente e significativamente intitolato «lavoro all'esterno», a indicare la disciplina del lavoro svolto da detenuti e internati al di fuori dell'istituto penitenziario. Venendo a mancare ogni disposizione specifica in tema di modalità di svolgimento del lavoro carcerario, divenne conseguenza naturale che la regolamentazione del lavoro intramurario dovesse essere rinvenuta interamente nell'articolo 20 O.P., anch'esso riformato dall'articolo 5 della Legge Gozzini.

A ribadire e sottolineare il fine rieducativo intrinseco nella nuova qualificazione del lavoro penitenziario successivo alla riforma del 1975, è quindi intervenuta la

⁽¹²⁾ Sulla complessa tematica della rieducazione e della risocializzazione del detenuto, vedi AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Cedam, Padova, 1964, e E. DOLCINI, *La «rieducazione» del condannato tra mito e realtà*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1979, 469 ss.; Dolcini osserva, in particolare, come «la nozione stessa di rieducazione si presta ad essere variamente intesa, assumendo una gamma di risultati che spaziano, senza soluzione di continuità, da un massimo ad un minimo di contenuti morali, e da accezioni arricchite e interiorizzate ad altre scarnificate e proiettate verso l'esterno, per cui non sembra eccessivo affermare che dietro lo schermo della rieducazione può riproporsi quasi integralmente il dibattito tra dottrine preventive e dottrine retributive della pena».

legge n. 296 del 1993, mirata, in particolare, a incentivare la qualificazione professionale della forza lavoro detenuta (così da consentirle di stare il più possibile al passo con l'evoluzione tecnologica nel frattempo intervenuta nel mercato del lavoro libero) attraverso l'apertura al carcere ad imprese private, incaricate, a fianco di aziende pubbliche, di tenere corsi di formazione professionale e di organizzare direttamente il lavoro penitenziario.

Particolarmente sentita fu la necessità di avviare una stretta collaborazione tra le varie istituzioni competenti – governo, parlamento, regioni, enti locali e, non per ultimo, il sindacato – affinché queste si facessero carico delle problematiche dei lavoratori detenuti agevolando il più possibile il ritorno in carcere del lavoro produttivo e delle imprese private.

Con il novellato comma 1 dell'articolo 20 O.P., fu consentito l'ingresso in carcere ad aziende pubbliche e private, superando così la scelta compiuta dal legislatore del 1975 che aveva optato per la configurazione di un rapporto di lavoro sempre e soltanto intercorrente tra l'amministrazione ed il detenuto o internato⁽¹³⁾. Alla già citata distinzione tra lavoro interno e lavoro esterno, si affiancò, pertanto, quella tra lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria e lavoro alle dipendenze di imprese esterne, ripartizione poi cristallizzatasi con il decreto del Presidente della Repubblica n. 230 del 2000⁽¹⁴⁾ (che ha sostituito l'originario regolamento di attuazione dell'ordinamento penitenziario, il decreto del Presidente della Repubblica 431 del 1976) e, soprattutto, con la c.d. Legge Smuraglia (legge 22 giugno 2000 n. 193), disciplina con cui il legislatore ha recepito in norma l'ampio bagaglio di indicazioni provenienti da quei larghi settori del privato sociale (associazionismo, volontariato, ecc.) da anni impegnati, con interventi di sostegno di varia natura, nella complessa realtà carceraria.

Al fine di favorire lo sviluppo del lavoro penitenziario, la legge n. 193 del 2000 ha guardato in direzione delle cooperative sociali. Da un lato aggiungendo alla definizione di «persone svantaggiate», già contemplate dall'articolo 4 della legge 8 novembre 1991, n. 1991 («Disciplina delle cooperative sociali»), il riferimento a «persone detenute o internate negli istituti penitenziari»⁽¹⁵⁾ e, dall'altro, predi-

⁽¹³⁾ L'originaria decisione del legislatore del 1975 era stata una conseguenza necessaria del «divieto di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro» introdotto dalla l. n. 1369/1960. In sintonia con l'esigenza di rimuovere ingiustificate disparità di trattamento tra lavoratori liberi e lavoratori detenuti, la l. n. 354/1975 aveva infatti vietato l'appalto di manodopera, da parte dell'amministrazione penitenziaria, ad imprese private, appalto che concretizzava una sostanziale intermediazione del lavoro espressamente vietata nel mercato libero ma ancora tollerata nell'ambito carcerario. In tal senso era stata appunto introdotta la disciplina che sanciva l'obbligo, per le direzioni degli istituti, di organizzare e gestire direttamente il lavoro all'interno o all'esterno del carcere. In argomento si rimanda a M.N. BETTINI, *Lavoro carcerario*, in *EGT*, 1990, 2.

⁽¹⁴⁾ Il d.P.R. n. 230/2000 costituisce una completa revisione delle norme di esecuzione della l. n. 354/1975, revisione che si è resa necessaria in conseguenza delle intervenute riforme legislative e dell'evoluzione sostanziale che ha interessato la struttura dell'amministrazione penitenziaria e le correlate esigenze trattamentali del detenuto.

⁽¹⁵⁾ L'art. 4 della l. n. 381/1991, infatti, non comprendeva nell'elenco della categorie di «persone svantaggiate» i comuni detenuti, ma soltanto coloro che erano ammessi alle misure alternative alla detenzione. Con la nuova formulazione della Legge Smuraglia la categoria si è allargata fino a ricomprendere «le persone detenute o internate negli istituti penitenziari» e «i condannati e gli internati ammessi al lavoro all'esterno».

sponendo un piano di sgravi sulle aliquote contributive in riferimento alle retribuzioni corrisposte dalle cooperative sociali ai soggetti in questione.

Con la previsione di agevolazioni contributive alle imprese pubbliche o private che «organizzino attività produttive o di servizi, all'interno degli istituti penitenziari, impiegando persone detenute o internate» (articolo 2), è stato di fatto aggirato il limite allo sviluppo dell'esperienza cooperativistica in carcere rappresentato dall'impossibilità giuridica di qualificare come sociali, ai sensi dell'articolo 1 della legge 381 del 1991, le cooperative operanti in carcere e composte da soli detenuti impegnati in attività inframurarie.

Sotto questo profilo il legislatore ha cercato di ridurre, se non interamente di colmare, la debolezza intrinseca nella disciplina del lavoro dei detenuti rispetto a quella del lavoro libero, consentendo e favorendo la privatizzazione dei servizi e delle attività produttive in senso proprio, situazioni tradizionalmente attribuite alla diretta gestione dell'amministrazione penitenziaria.

L'iter cronologico in materia di lavoro carcerario si è fermato, di fatto, al 2000; gli interventi normativi successivi risultano di scarso rilievo o di semplice specificazione della normativa precedente. In tal senso si collocano, in particolare, il decreto ministeriale 9 novembre 2001 («Sgravi contributivi a favore delle cooperative sociali relativamente alla retribuzione corrisposta alle persone detenute o internate negli istituti penitenziari») e il decreto ministeriale 25 febbraio 2002, n. 87 («Regolamento recante sgravi fiscali alle imprese che assumono lavoratori detenuti»).

4. È possibile classificare le forme di lavoro penitenziario e le modalità di esecuzione dello stesso, in due grandi categorie (*genus*), in cui il luogo di svolgimento della prestazione funziona da elemento qualificante:

- 1) *lavoro inframurario*, termine con cui è indicata ogni attività lavorativa svolta dai detenuti all'interno dell'istituzione carceraria;
- 2) *lavoro extramurario*, a indicare le attività svolte dal detenuto lavoratore all'esterno delle mura del penitenziario⁽¹⁶⁾.

Ciascuno dei due *genus* presenta proprie sottocategorie (*species*).

In particolare, all'interno del primo *genus*, quello del lavoro inframurario, si opera una distinzione in *species* correlata ad un doppio fattore distintivo: da un lato la differente figura del datore di lavoro con cui si viene a rapportare il lavoratore detenuto, dall'altro il carattere più o meno produttivo dell'attività prestata.

La classificazione operata è tra lavoro inframurario alle dipendenze della amministrazione penitenziaria e lavoro inframurario alle dipendenze di terzi.

Il *lavoro inframurario alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria* è anche detto dei *c.d. lavori domestici*, in quanto strutturato in tutta una serie di attività, per lo più improduttive, che contribuiscono a far funzionare l'apparato carcerario mediante la produzione di servizi destinati all'istituzione stessa (si pensi, ad

⁽¹⁶⁾ Come già evidenziato nel paragrafo precedente, la distinzione normativa tra lavoro da svolgere all'interno o all'esterno del carcere era già rinvenibile nel regolamento penitenziario del 1931: mentre il lavoro inframurario era strutturato in modo tale da consentire anche a coloro che fossero sottoposti al regime di isolamento diurno di svolgere un'attività lavorativa, il lavoro extramurario era organizzato in case di lavoro o colonie mobili dove i reclusi venivano impiegati in lavorazioni agricole o nel compimento di opere di bonifica e dissodamento dei terreni.

esempio, al servizio di cucina per detenuti e per operatori penitenziari o al servizio di pulizia dei locali comuni).

A caratterizzare questa *species* di lavoro inframurario è l'assenza di quella trilateralità di rapporti (tra detenuto lavoratore, amministrazione penitenziaria e datore di lavoro) che individuiamo, invece, in tutte le altre forme di lavoro penitenziario. Nell'ipotesi in esame, infatti, manca del tutto la figura di un datore distinta da quella dell'amministrazione penitenziaria, cosicché la stessa fondamentale distinzione tra nesso punitivo e nesso di lavoro, appare molto più difficile da individuare nei suoi esatti contorni. Viene pertanto a delinearsi un rapporto di lavoro del tutto *speciale*, in cui esigenze rieducative del condannato risultano strettamente collegate ad elementi appartenenti alla normale disciplina del lavoro subordinato (o autonomo) ⁽¹⁷⁾.

Il *lavoro inframurario alle dipendenze di terzi*, invece, è anche detto delle *c.d. lavorazioni*, così da porre l'accento sul carattere produttivo (si pensi alla produzione di coperte, o al confezionamento del vestiario e della biancheria per gli agenti di custodia e per i detenuti, o, ancora, ad attività di falegnameria) di tali attività, organizzate su base industriale e modellate sul prototipo di quelle proprie dell'ambiente libero.

Con riferimento, infine, ai *meccanismi di accesso* all'intero *genus lavoro inframurario*, occorre anzitutto evidenziare come con una serie di opportuni interventi legislativi siano state abbandonate quelle prerogative discrezionali, prima riconosciute alla direzione carceraria, che consentivano di utilizzare l'assegnazione al lavoro interno in un'ottica, nel migliore dei casi, premiale.

Mentre originariamente ⁽¹⁸⁾ la disciplina penitenziaria si limitava a prevedere che, ai fini dell'assegnazione del detenuto al lavoro, la direzione dovesse tener conto dei desideri di questo, delle sue attitudini e delle sue condizioni economiche e familiari, l'attuale formulazione della norma indica non soltanto i criteri di priorità (articolo 49 reg. esec. O.P.) da utilizzare nell'assegnazione al lavoro, ma fissa altresì tutta una serie di procedure necessarie a tipizzare un vero e proprio sistema di collocamento per l'intero *genus* lavoro inframurario: da un lato con la previsione di graduatorie fissate in due apposite liste, una generica e l'altra per mestiere, graduatorie per le quali è istituita una commissione *ad hoc* (articolo 47, comma 8, reg. esec. O.P.) incaricata di redigerle, dall'altro con la specificazione che la stessa direzione dell'istituto provvede ad elencare, in un'apposita tabella, quali e quanti sono i posti di lavoro disponibili all'interno di ogni singolo penitenziario. La tabella, che può essere modificata secondo il variare della situazione interna al carcere, è approvata, assieme al piano annuale di lavoro redatto dalla

⁽¹⁷⁾ Sulla specialità dei lavori domestici, vedi, in giurisprudenza, Cass. 19 luglio 1991 n. 8055, in *FI*, 1991, 2354: «L'attività di lavoro svolta dal condannato all'interno della struttura carceraria, è da qualificarsi come inerente ad un rapporto di lavoro subordinato; [...] trattasi evidentemente di una disciplina speciale, coerente peraltro con il regime nel quale soltanto può e deve trovare applicazione, ma di una disciplina che non può impedire di configurare come lavoro subordinato lo svolgimento di attività lavorativa da parte del condannato o dell'internato alle dipendenze dell'istituto penitenziario, con la conseguenza che le controversie relative sono assoggettate al rito del lavoro, siccome di competenza per materia del giudice del lavoro».

⁽¹⁸⁾ Il riferimento è alla disciplina precedente alla modifica dell'art. 20, comma 1, O.P., modificata intervenuta con la l. n. 296/1993.

direzione dell'istituto, dal provveditore regionale dell'amministrazione penitenziaria, sentita la commissione regionale per il lavoro penitenziario (articolo 25-bis, comma 6, O.P.).

Resta fermo il principio secondo cui, ai fini dell'assegnazione al lavoro inframurario, influiranno, oltre al tipo di lavorazione concretamente disponibile, anche il comportamento tenuto dal detenuto durante il periodo di detenzione (articolo 49, reg. esec. O.P.).

Passando all'analisi del secondo *genus* di lavoro penitenziario, la distinzione da operare è tra lavoro all'esterno secondo la nozione di cui all'articolo 21 O.P. e lavoro extramurario in regime di semilibertà.

La disciplina di riferimento della *species lavoro all'esterno ex* articolo 21 O.P. è rinvenibile, appunto, nell'articolo 21 della legge n. 354 del 1975 (profondamente novellato dalla legge n. 663 del 1986) e nell'articolo 48 reg. esec. O.P. ⁽¹⁹⁾.

In primo luogo emerge come, nella stesura originaria della norma, l'articolo 21 sia stato dettato unicamente per disciplinare il lavoro all'esterno inteso come *semplice variabile* del lavoro penitenziario, ovvero come un qualcosa che dovesse unicamente riguardare le modalità di svolgimento dello stesso ⁽²⁰⁾; pertanto nessun tratto della sua organizzazione si traduceva in una modifica di fatto del regime detentivo del detenuto lavoratore, al quale non venivano concessi né possibilità di movimento né spazi di libertà autonomi invece preclusi agli altri internati.

Coerentemente con questa impostazione, tra le possibili attività a cui destinare i lavoratori detenuti, la legge indicava soltanto le lavorazioni presso aziende agricole o industriali, tralasciando volutamente gli impieghi commerciali che mal si conciliavano con la situazione di isolamento coatto che doveva continuare a caratterizzare la condizione del detenuto (si pensi alla differenza di condizioni che intercorre tra lavorazioni agricole, per lo più costituite in zone recintate, o lavorazioni industriali, dove anche i lavoratori liberi sono sottoposti a un controllo costante sulla loro presenza, e un impiego commerciale, ad esempio, in un negozio, sempre a diretto e continuo contatto con le persone esterne). Negli stessi termini si poneva l'originaria previsione legislativa (venuta meno con la riforma Gozzini) che prevedeva l'obbligo di scortare i detenuti negli spostamenti all'esterno del penitenziario ⁽²¹⁾; con l'attuale formulazione, invece, l'assegnazione al lavoro senza scorta è divenuta regola generale, essendo prevista soltanto la possibilità, in via residuale, di mantenere la stessa per motivi di sicurezza e dietro la preventiva autorizzazione del Magistrato di sorveglianza.

Con l'accesso al lavoro extramurario il detenuto è ammesso a svolgere un'attività che, attuandosi al di fuori delle mura carcerarie e comportando l'immissione in

⁽¹⁹⁾ Il richiamo, ovviamente, è al d.P.R. n. 230/2000.

⁽²⁰⁾ Significativamente, infatti, la rubrica dell'art. 21 nel testo originario del 1975 era intitolata, molto semplicemente, «modalità di lavoro».

⁽²¹⁾ In quali conseguenze deleterie, dal punto di vista pratico, si traducesse una simile disposizione, possiamo facilmente immaginarlo.

In particolare, secondo N. CESARI, *Il lavoro all'esterno: un'intuizione o una svista del legislatore?*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1984, 263, «la scorta, oltre alla difficoltà (e spesso alla impossibilità) materiale di reperirla, era scarsamente utile, e mal rispondeva a quel rapporto di fiducia che la direzione penitenziaria aveva instaurato con il detenuto ammesso al lavoro esterno».

una normale organizzazione produttiva alle dipendenze di un normale imprenditore, si differenzia dal lavoro libero essenzialmente e soltanto in ragione della particolare condizione soggettiva del prestatore d'opera. Il legame giuridico si instaura tra lo stesso lavoratore e l'impresa, la quale assume, perciò, la posizione di datore di lavoro con tutti gli oneri relativi connessi ⁽²²⁾.

In riferimento, poi, ai *meccanismi di accesso al lavoro extramurario* ex articolo 21 O.P., l'originaria previsione normativa di cui all'articolo 46 reg. esec. O.P. ⁽²³⁾ stabiliva che spettasse alla stessa amministrazione penitenziaria l'iniziativa di individuare, anche attraverso i locali uffici pubblici del lavoro, le aziende ritenute «idonee» a collaborare al trattamento penitenziario e disposte ad offrire adeguati posti di lavoro. Rispetto al collocamento ordinario il procedimento era praticamente inverso: l'azienda, infatti, anziché richiedere personale agli uffici del lavoro selezionando tra gli iscritti alle liste di collocamento, si dichiarava disponibile, su preventiva richiesta della direzione penitenziaria e d'intesa con essa, ad offrire ad uno o più detenuti un posto di lavoro adeguato al trattamento penitenziario.

Con l'attuale formulazione della norma (articolo 48, decreto del Presidente della Repubblica n. 230 del 2000) l'assegnazione al lavoro extramurario è disposta, quando ne è prevista la possibilità nel programma di trattamento, con provvedimento discrezionale opportunamente motivato (mediante la specificazione degli elementi concreti in base ai quali è stato esercitato il potere discrezionale e l'indicazione delle indagini svolte nell'istruzione della pratica) del direttore dell'istituto, provvedimento che diviene esecutivo dopo l'approvazione (si parla di «autorizzazione» se il riferimento è agli imputati) del Magistrato di sorveglianza (articolo 21, comma 4, O.P.) ⁽²⁴⁾.

La circostanza che il provvedimento di ammissione al lavoro extramurario sia adottato da un organo giurisdizionale, ha presto determinato delle conseguenze sul piano della qualificazione del decreto in termini di mero atto amministrativo o di atto giurisdizionale. La Corte di Cassazione, in particolare, si è sempre pronunciata nel senso di ribadire la natura amministrativa del provvedimento del Magistrato ⁽²⁵⁾, argomentando che si tratta di un atto privo di autonomia dispositiva, che si inserisce all'interno di un procedimento amministrativo; per le stesse ragioni la stessa Corte ne ha sempre escluso l'impugnabilità sotto il profilo del ricorso per Cassazione ex articolo 111 della Costituzione, «non potendosi la ma-

⁽²²⁾ Lo stesso discorso sembra dover valere anche nelle ipotesi in cui il lavoratore presti l'attività presso imprese esterne che assumono in appalto lavori di costruzione, di restauro o di manutenzione degli uffici penitenziari, e che si svolgono, dunque, all'interno delle mura dell'istituto. Ciò che conta, infatti, è il rapporto di lavoro intercorrente tra individuo e impresa, indipendentemente dalla sede materiale in cui si svolge la prestazione.

⁽²³⁾ Il richiamo è all'originario regolamento di esecuzione, il d.P.R. n. 431/1976.

⁽²⁴⁾ La disciplina configura un doppio intervento del Magistrato di sorveglianza: l'approvazione *ex ante* del programma di trattamento penitenziario comprensivo della possibilità di essere ammessi al lavoro esterno (art. 48 O.P.), situazione attraverso cui il Magistrato effettua un controllo di mera legittimità, e l'approvazione del provvedimento di ammissione al lavoro extramurario (art. 21 O.P.) con cui il Magistrato è chiamato a compiere un vero e proprio esame nel merito circa le modalità di ammissione e di svolgimento dell'attività prestata.

⁽²⁵⁾ Cass. 2 maggio 1989, in *GP*, 1990, II, 83; Cass. 23 giugno 1993, in *Mass. Cass. Pen.*, 1994, III, 8.

teria, riservata all'autorità carceraria, farsi rientrare in quella relativa alla libertà personale»⁽²⁶⁾.

Va tuttavia registrato l'opposto orientamento espresso in materia, dal TAR del Piemonte, secondo il quale «il decreto del Magistrato di sorveglianza che nega l'ammissione al lavoro esterno incide sulle modalità di esecuzione della pena detentiva attinenti alla libertà personale, e deve pertanto essere considerato un provvedimento giurisdizionale e non un mero atto amministrativo: avverso il decreto in questione non è proponibile il ricorso alla giurisdizione amministrativa, ma soltanto l'impugnazione ai sensi dell'art. 111 della Costituzione»⁽²⁷⁾.

Per completezza d'analisi occorre osservare come una parte minoritaria della dottrina abbia ravvisato nella soluzione del TAR, circa la natura giurisdizionale del provvedimento di ammissione al lavoro extramurario e la sua non assoggettabilità al controllo del giudice amministrativo, una decisione condivisibile purché rapportata al tipo di posizione soggettiva fatta valere in giudizio: punto nodale della questione, infatti, è stabilire se, in materia di ammissione al lavoro esterno, il detenuto vanta un diritto soggettivo o un interesse legittimo. Muovendo da una lettura del dettato costituzionale che faccia ritenere configurabile anche in capo al cittadino detenuto il «diritto al lavoro» (penitenziario) ex articolo 4 della Costituzione, e valutando il decreto di ammissione al lavoro extramurario in termini di modificazione dell'originaria pena detentiva (ossia di trasformazione dello *status libertatis*), la posizione giuridica soggettiva del detenuto appare più come diritto che come un semplice interesse⁽²⁸⁾.

Infine, per il collocamento del lavoro extramurario ex articolo 21 O.P., è prevista semplicemente l'applicazione della disciplina generale sul collocamento ordinario e l'intervento di un organo autonomo (commissione circoscrizionale per l'impiego) incaricato di mediare tra le aspettative e le domande della popolazione carceraria da una lato, e il mercato del lavoro esterno dall'altro. Ai detenuti e agli internati è data la facoltà di iscriversi nelle liste di collocamento, atteso che tale iscrizione è *condicio sine qua non* per essere ammessi al lavoro penitenziario; finché permane lo stato di detenzione, tali soggetti sono inoltre esonerati dalla conferma dello stato di disoccupazione⁽²⁹⁾.

Attraverso il *lavoro extramurario in regime di semilibertà* al condannato o internato viene concesso di trascorrere parte della giornata fuori dall'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale (articolo 48, comma 1, O.P.); la caratteristica peculiare della misura in esame,

⁽²⁶⁾ Cass. 23 giugno 1993, cit.

⁽²⁷⁾ TAR Piemonte 16 marzo 1990 n. 115, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, 1047.

⁽²⁸⁾ In argomento vedi S. TASSONE, *Decreto di ammissione al lavoro all'esterno e difetto di giurisdizione amministrativa: verso una rivalutazione delle funzioni del Magistrato di sorveglianza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, 1050 ss.

⁽²⁹⁾ Viene pertanto fissato il principio teorico della compatibilità tra l'iscrizione e lo stato di detenzione, superando al contempo i problemi pratici nascenti dalla particolare condizione soggettiva del lavoratore. Per i detenuti, infatti, gli effetti nascenti dallo stato di disoccupazione (ovvero la permanenza nelle liste di collocamento e il mantenimento del diritto all'indennità di disoccupazione), si originano in conseguenza della segnalazione periodica dello stato di detenzione che la direzione dell'istituto è tenuta a fare su richiesta dello stesso interessato. Ciò significa che non solo il detenuto può iscriversi alle liste durante la detenzione, ma anche che, se era già iscritto prima dell'inizio dello stato di carcerazione, ha facoltà di mantenere tale iscrizione per tutta la durata della pena.

dunque, è connessa all'accostamento, nell'arco di una stessa giornata, di un periodo di detenzione ad un periodo di attività libera, così da consentire l'attuazione di una modalità di esecuzione della pena detentiva particolarmente favorevole al condannato.

Destinatari della misura risultano soltanto i condannati a pena detentiva e gli internati; gli imputati (anche se si trovano in stato di detenzione) vengono dunque esclusi, in conseguenza della semplice impossibilità di ipotizzare un qualsiasi trattamento rieducativo in soggetti ancora in attesa di giudizio e su cui grava il beneficio del principio di presunzione di non colpevolezza. Come a dire che la necessità che sia già trascorso un periodo di carcerazione utile a valutare la personalità del condannato e i progressi compiuti nel corso del trattamento penitenziario, costituisce un requisito imprescindibile per l'ammissione del soggetto al regime di semilibertà.

Competente a concedere la misura è il Tribunale di sorveglianza; l'*ammissione al lavoro extramurario in regime di semilibertà* viene disposta tenendo conto sia dei progressi compiuti dal detenuto nel corso del trattamento, che della sussistenza di reali condizioni atte a un graduale reinserimento del soggetto nella società.

Al riguardo ci si è chiesti, in particolare, se la sussistenza di un'attività lavorativa costituisca o meno *condicio sine qua non* per l'ammissione al regime di semilibertà. Secondo parte della dottrina, per evitare che, in conseguenza di motivi da lui indipendenti, un soggetto risulti pregiudicato dalla mancata ammissione alla misura, si deve ritenere che le attività risocializzanti indicate dal legislatore non debbano necessariamente consistere in attività lavorative⁽³⁰⁾; al contrario, invece, la restante parte della dottrina⁽³¹⁾ e la stessa giurisprudenza, in più occasioni hanno evidenziato come la sussistenza di una concreta prospettiva di lavoro costituisca un presupposto necessario e imprescindibile per la stessa ammissione al regime di semilibertà.

Resta ferma, tuttavia, una considerazione da fare: nell'accertamento della esistenza di attività lavorative a cui il detenuto possa dedicarsi se ammesso alla semilibertà, il Tribunale di sorveglianza non potrà valutare le prospettive future di tali attività in termini di certezza e absolutezza, dovendo bensì procedere mediante una valutazione di tipo prognostico. Ciò significa quindi che, per esempio, nessun ostacolo potrà essere frapposto alla concessione della misura in presenza

⁽³⁰⁾ In argomento vedi M. D'ONOFRIO, M. SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 2004, 237, e M. PAVARINI, *Regime di semilibertà*, in B. GUAZZALOCA (a cura di), *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Utet, Torino, 2002, 150.

A ribadire che non costituisce un presupposto necessario la circostanza che le attività dirette alla risocializzazione del condannato si esplicino esclusivamente in prestazioni lavorative, Pavarini precisa che è sufficiente ed «essenziale che tali attività assorbano la sfera comportamentale del condannato o dell'internato, per il tempo di dimissione dall'istituto, in senso utile e conferente al riadattamento alla normale e corretta vita di relazione».

⁽³¹⁾ In proposito vedi M. VITALI, *op. cit.*, 64.

A differenza dell'art. 48 O.P. («regime di semilibertà») in cui lo svolgimento di attività lavorative (ovvero istruttive o comunque utili al reinserimento sociale, secondo la formula utilizzata dal legislatore) è richiesto dalla legge per l'ammissione al regime di semilibertà, l'art. 47 O.P. («affidamento in prova al servizio sociale») non richiede espressamente, come presupposto per la concessione della misura, la sussistenza di un'attività lavorativa, limitandosi soltanto a prevedere, nei confronti del condannato, l'adozione di prescrizioni che contribuiscano «alla rieducazione del reo e assicurino la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (comma 2).

di un contratto di lavoro a tempo determinato (ovviamente di durata significativa) o parziale, purché il programma di trattamento interamente considerato disegni, per le restanti ore della giornata, altre attività comunque risocializzanti o utili al reinserimento sociale del detenuto. Allo stesso modo non è indicato in nessuna norma che il lavoro correlato alla semilibertà debba essere necessariamente a tempo indeterminato: si tratta soltanto di operare una valutazione in termini di adeguatezza ai fini del reinserimento sociale e una valutazione della personalità del detenuto in rapporto a quello specifico tipo di lavoro.

A differenza dei c.d. lavori domestici, le cui descritte peculiarità hanno portato dottrina e giurisprudenza a configurare un rapporto di lavoro del tutto *speciale*, la natura giuridica del *genus* lavoro extramurario non desta particolari difficoltà interpretative. Lo stesso, infatti, è facilmente riconducibile al prototipo legale di cui all'articolo 2094 c.c., con la conseguenza che la disciplina applicabile risulterà quella legale con i soli limiti derivanti dallo stato di privazione della libertà personale del prestatore d'opera.

La ricostruzione prospettata gode, per altro, dell'avallo della Corte Costituzionale, la quale, nella sentenza n. 1087 del 1988, ha affermato che, nell'ipotesi di lavoro extramurario, «il rapporto che si instaura è disciplinato negli elementi essenziali dal diritto comune»⁽³²⁾.

5. Premesso che nel vigente sistema penitenziario il trattamento è venuto progressivamente perdendo il tradizionale carattere di imposizione atteggiandosi invece alla stregua di «un'offerta di interventi» rivolta alla popolazione carceraria, procediamo con l'analizzare il persistente connotato dell'obbligatorietà (articolo 20, comma 3, O.P.) che ancora caratterizza il lavoro penitenziario inteso come elemento cardine del trattamento rieducativo.

Il carattere obbligatorio del lavoro penitenziario, sebbene circoscritto alle categorie di soggetti indicati espressamente dalla norma (condannati e sottoposti alle misure di sicurezza della colonia agricola e della casa di lavoro), fa sorgere questioni in merito alla *natura giuridica* dello stesso: il lavoro in carcere, così come disciplinato dal legislatore, deve essere considerato come un «diritto» del detenuto o come un «obbligo» dello stesso?

Su tale questione e sul fondamento del connotato dell'obbligatorietà, in dottrina si registrano da anni opinioni diverse e in parte contrastanti.

Da più parti, in particolare, si sostiene che dalla dizione della norma derivi la configurabilità, nel medesimo tempo, sia di un vero e proprio diritto alla assegnazione del lavoro che di un obbligo allo svolgimento dello stesso: «In un certo senso, nell'ambito della c.d. comunità carceraria, trova piena realizzazione il principio posto nell'articolo 4 della Costituzione, quello del privato al diritto al lavoro, e il dovere del medesimo di esplicare un'attività nel contempo individualmente e socialmente utile»⁽³³⁾.

⁽³²⁾ C. Cost. 30 novembre 1988 n. 1087, in *DL*, 1989, 241.

⁽³³⁾ G. PERA, *op. cit.*, 65.

In senso radicalmente opposto, contrario ad una riconducibilità del lavoro carcerario nell'alveo dell'art. 4 Cost., si sostanzia, invece, la posizione di M. PAVARINI, *La Corte Costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, 269: «L'affermazione della natura medicinale rieducativa del lavoro, sfugge all'equivoco,

Il connotato dell'obbligatorietà, alla luce del principio costituzionale, viene dunque interpretato nel senso di non qualificare il lavoro come conseguenza della pena, ma come una forma di esecuzione della stessa in funzione rieducativa del detenuto⁽³⁴⁾. Ma, «mentre nella normativa costituzionale il lavoro diventa l'oggetto di un dovere privo di rilevante coercibilità, nella legge penitenziaria il lavoro del detenuto si rappresenta come un obbligo inequivocabilmente sanzionato», anche se solo a livello di sanzioni di natura disciplinare⁽³⁵⁾, a sottolineare che, nonostante l'*escamotage* legislativo, la natura afflittiva-espiativa del lavoro carcerario ne esce confermata (l'articolo 77 reg. esec. O.P., prevede infatti che siano inflitte sanzioni disciplinari ai detenuti che si sono resi responsabili di volontario inadempimento degli obblighi lavorativi).

Secondo un diverso e ulteriore orientamento, invece, l'obbligo del lavoro deriva dalla «speciale importanza che il lavoro assume nel quadro delle finalità di rieducazione a sostegno della pena»; al lavoro viene infatti riconosciuta «una capacità di promozione del soggetto, per così dire, oggettiva o de-ideologizzata che ne fa il cardine insopprimibile di qualsiasi tecnica di reinserimento sociale»⁽³⁶⁾.

Il dato dell'obbligatorietà implica l'emergere del correlato problema relativo alla sussistenza, o meno, di un «diritto al lavoro» da parte del detenuto.

Mentre una parte della dottrina sostiene che l'esistenza di tale diritto in capo al detenuto lavoratore debba ritenersi esclusa in quanto le locuzioni utilizzate dal legislatore («è assicurato il lavoro salvo i casi di impossibilità» *ex* articolo 15, comma 2, O.P., ed «è favorita in ogni modo la destinazione al lavoro» *ex* articolo 20, comma 1, O.P.) stemperano l'ipotetico corrispondente obbligo della amministrazione penitenziaria, di fornire lavoro al condannato, in una mera disposizione di principio⁽³⁷⁾, un diverso orientamento dottrinario afferma invece che pur non potendosi parlare di un vero e proprio diritto al lavoro da parte del detenuto, dovrebbe tuttavia riconoscersi la sussistenza di uno specifico interesse allo svolgimento della prestazione⁽³⁸⁾.

altrimenti possibile, di una concezione armonizzabile con l'art. 4 della Costituzione; mentre, più correttamente, le ragioni e l'origine storica di questa concezione vanno individuate in quella ormai non più insospettabile continuità interpretativa con la concezione fascista del momento penitenziario, con una concezione, quindi, ancora essenzialmente «afflittiva-espiativa» della pena».

⁽³⁴⁾ M.N. BETTINI, *Ferie e parità di trattamento dei detenuti*, nota a C. Cost. 22 maggio 2001 n. 158, in *MGL*, 2001, 1228.

⁽³⁵⁾ G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *op. cit.*, 151.

⁽³⁶⁾ E. FASSONE, *op. cit.*, 163-164.

⁽³⁷⁾ G. PERA, *Il lavoro dei detenuti nel progetto di riforma*, in M. CAPPELLETTO, A. LOMBROSO (a cura di), *op. cit.*, qui 107. Pera evidenzia la differente formulazione della norma contenuta nel disegno di legge dell'ordinamento penitenziario decaduto con la fine della legislatura (c.d. progetto Gonnella), rispetto a quella realmente confluita nella normativa del 1975. Mentre la formula contenuta nel disegno di legge («ai fini della rieducazione del condannato e dell'internato è assicurato il lavoro») configurava un vero e proprio diritto al lavoro da parte del detenuto, con l'effetto di presupporre conseguenze giurisdizionali nell'ipotesi in cui il lavoro non avesse corso per fatto dell'amministrazione, al contrario gli artt. 15 e 20 dell'attuale legislazione portano a escludere la sussistenza di un diritto al lavoro, e a concludere soltanto per la configurabilità di una direttiva di principio da realizzarsi nei limiti della possibilità e con valutazioni latamente discrezionali.

⁽³⁸⁾ V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in V. GREVI, (a cura di), *op. cit.*, 34.

6. Il legislatore, ai commi 1 e 3 dell'articolo 15 O.P., opera un'opportuna distinzione tra condannati ed imputati in rapporto all'incidenza, nelle rispettive sfere personali, degli elementi del trattamento penitenziario.

In proposito non sembrano sussistere dubbi circa la possibilità di configurare, in capo ai detenuti condannati, un vero e proprio «diritto al trattamento» inteso quale aspetto di un più generale «diritto alla rieducazione»: come a dire che, in assenza di un loro atteggiamento contrario, gli organi dell'amministrazione penitenziaria saranno obbligati a svolgere nei confronti di tali detenuti le attività di trattamento rieducativo previste dalla legge, ovviamente entro i limiti imposti dal rispetto della loro personalità⁽³⁹⁾.

Riguardo agli imputati, invece, anche a voler parlare della sussistenza di un «diritto al trattamento», questo deve tuttavia assumere connotati assolutamente diversi da quelli riferibili ai condannati, in conseguenza del particolare *status* che caratterizza i detenuti in attesa di giudizio e in riferimento alla differente posizione assunta dagli organi penitenziari nei loro confronti. Escludendo a priori la possibilità di configurare interventi collegati alla logica della «rieducazione» (interventi che verrebbero a porsi in contrasto col principio della presunzione di non colpevolezza), la situazione degli imputati di fronte al trattamento penitenziario si delinea allora come diritto di fruire delle offerte rivolte a sostegno dei loro «interessi umani, culturali e professionali» (articolo 1, comma 1, reg. esec. O.P.), nonché, qualora tali soggetti lo richiedano, nel diritto ad essere ammessi a partecipare alle attività educative, culturali e lavorative svolte ed organizzate nel quadro del trattamento dei condannati (articolo 15, comma 3, O.P.).

L'ordinamento penitenziario non statuisce alcuna obbligatorietà riferita ai soggetti in attesa di giudizio, a differenza invece di quanto previsto nel precedente regolamento penitenziario in cui si distingueva tra imputati abbienti e imputati non abbienti: solo coloro che non provvedevano a mantenersi con i mezzi propri, erano infatti tenuti a prestare lavoro carcerario (articolo 1, regio decreto 18 giugno 1931, n. 787).

In riferimento alla connotazione del lavoro carcerario secondo i diversi modelli interpretativi adottati in dottrina e giurisprudenza, M. PAVARINI, *La Corte Costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*, cit., 270, sintetizza efficacemente per punti:

- il lavoro come «bene in sé»: prescindendo da ogni problema connesso all'organizzazione del lavoro, si procede valorizzando con dati «ottimistici» le dimensioni del lavoro carcerario;
- il lavoro come premio: il modello fa leva su «uno dei più tristi e obsoleti luoghi comuni» che hanno accompagnato i discorsi dei giuristi sul lavoro carcerario, ovvero che il lavoro è «se non altro» un diversivo alla monotonia della vita carceraria;
- il lavoro come diritto-dovere: con l'implicito paradosso secondo cui il detenuto lavoratore non solo verte nell'impossibilità di contestare il lavoro che gli è stato imposto, ma non possiede inoltre alcun mezzo per pretendere di essere impiegato in qualche attività lavorativa nell'ipotesi inversa di ozio forzato;
- il lavoro come mezzo terapeutico, «soprattutto – vaneggia la Corte (Costituzionale) – se praticato all'aperto!».

⁽³⁹⁾ Affinché il trattamento penitenziario possa avere qualche probabilità di buon esito, è necessaria la sussistenza della «volontà» a voler ricevere tale trattamento, essendo estranea, alla nostra civiltà giuridica e alla linea ispiratrice della stessa legge penitenziaria, l'idea di una «rieducazione coatta». Tutto questo per ribadire come, secondo lo spirito dell'ordinamento penitenziario, autore e protagonista della propria rieducazione dovrebbe essere lo stesso condannato, se e in quanto reagisca positivamente all'offerta di interventi provenienti dagli operatori penitenziari.

Secondo le disposizioni contenute nell'attuale disciplina, di fronte alla richiesta di lavoro avanzata dall'imputato, resta salvo il dovere, in capo alla amministrazione penitenziaria, di attivarsi mediante la messa a disposizione delle corrispondenti opportunità lavorative; a tale incombenza l'amministrazione può sottrarsi solo se, da un lato, siamo in presenza della sussistenza di «giustificati motivi» o solo se, dall'altro, l'autorità giudiziaria che procede, per fini evidentemente connessi alle finalità giudiziarie, impartisca una specifica e contraria disposizione proibitiva (tale ultima ipotesi è difficilmente configurabile: potrebbe riguardare, ad esempio, la preoccupazione relativa ad un imputato che richieda di lavorare in attività informatiche, il quale si teme possa servirsi del suo lavoro per comunicare con l'esterno).

Nel confrontare la formula legislativa «salvo giustificati motivi» relativa agli imputati (articolo 15, comma 3, O.P.) con la corrispondente «salvo casi di impossibilità» relativa ai condannati e agli internati (articolo 15, comma 2, O.P.), si evince come il dovere gravante in capo all'amministrazione penitenziaria di attivarsi mediante l'offerta di adeguati posti di lavoro, venga configurato in maniera più intensa riguardo agli internati e ai condannati rispetto a quanto lo sia nei confronti degli imputati. In tal senso, in dottrina, è stato opportunamente precisato che l'impossibilità di cui sopra deve essere riferita a difficoltà oggettive e insormontabili, mentre il giustificato motivo può anche risiedere in circostanze diverse da difficoltà oggettive, potendo riferirsi a valutazioni particolari eventualmente attinenti al singolo soggetto.

7. Una volta che il rapporto di lavoro penitenziario è stato assegnato ed è instaurato, si tratta di verificare quali diritti nascenti in capo al lavoratore libero possano essere riconosciuti anche al lavoratore detenuto ⁽⁴⁰⁾.

Mentre in riferimento al rapporto di lavoro extramurario la dottrina è unanime nel ritenere adeguabili tutti gli istituti della disciplina *standard* ⁽⁴¹⁾, in relazione al lavoro inframurario le posizioni variano decisamente tra chi vorrebbe applicabili

⁽⁴⁰⁾ Si tratta cioè di verificare la sussumibilità, o meno, del lavoro penitenziario nello schema normativo di cui all'art. 2094 c.c.

⁽⁴¹⁾ Al detenuto ammesso al lavoro extramurario sarà applicabile, allo stesso modo in cui è applicato agli altri dipendenti, il contratto collettivo vigente all'interno dell'azienda presso cui è occupato, così come, in riferimento al diritto alle mansioni e alla qualifica contrattuale, l'equiparabilità con la normativa *standard* comporterà l'applicabilità della regola *ex art. 2103 c.c.* sul divieto di assegnazione a mansioni inferiori e sulla promozione automatica, in caso di svolgimento di mansioni superiori, rispetto al livello di inquadramento. Inoltre, per quanto concerne l'eventuale trasferimento del lavoratore detenuto da un'unità produttiva ad un'altra, sotto il profilo privatistico i poteri del datore di lavoro non differiranno affatto da quelli esercitabili nei confronti di qualunque altro suo dipendente: ciò significa che, ai fini di detto trasferimento, occorrerà la sussistenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive, così come richiesto dal legislatore.

Nell'ipotesi in cui venga modificato il luogo di svolgimento della prestazione, dal punto di vista penitenziario si tratterà di predisporre la variazione del programma di trattamento per individuare il nuovo percorso utile a raggiungere il luogo di lavoro, variazione che avverrà sia sulla base della comunicazione effettuata dal datore di lavoro che sulla base dell'attività istruttoria, qualora questa sia ritenuta necessaria, del Magistrato di sorveglianza, in caso di detenuto semilibero, o del direttore dell'istituto, in caso di soggetto ammesso al lavoro esterno.

Circa l'applicazione generale della disciplina legale, restano salve quelle eccezioni che mal si conciliebbero con lo *status* di detenuto ammesso al regime di semilibertà o di lavoro all'esterno *ex art. 21 O.P.* (si pensi, ad esempio, all'espletamento del lavoro notturno).

soltanto le garanzie lavoristiche espressamente richiamate dall'ordinamento (in applicazione del principio secondo cui il legislatore *ubi voluit dixit*)⁽⁴²⁾ e chi, invece, opterebbe per una tutela estensiva delle norme che, anche se non espressamente richiamate, appaiono comunque conciliabili con le peculiari modalità di svolgimento del lavoro penitenziario⁽⁴³⁾.

7.1. La distinzione da operare è tra lavoro inframurario ed extramurario.

Nella prima ipotesi e in riferimento, in particolare, al *diritto di associazione sindacale*, non pare ravvisabile nello *status* di detenuto alcun limite all'iscrizione ad associazioni sindacali già esistenti. L'unico ostacolo, al massimo, potrebbe essere determinato dalla circostanza che l'organizzazione sindacale a cui il soggetto si rivolge ponga statuari vincoli all'accettazione dell'iscrizione, vincoli correlati, ad esempio, all'incensuratezza o al più generico concetto di buona condotta morale e civile dei richiedenti l'ingresso nell'associazione. Allo stesso modo nulla vieta che gli stessi detenuti costituiscano organizzazioni sindacali associandosi tra di loro, in applicazione del principio costituzionale sulla libertà di associazione sindacale.

Rimanendo nel *genus* lavoro inframurario e in riferimento alla possibilità di riconoscere la sussistenza del *diritto di sciopero* in capo al detenuto lavoratore, in dottrina si registrano opinioni difformi: da un lato vi è chi sostiene che questo debba essere riconosciuto anche ai detenuti che lavorano all'interno del carcere, non sussistendo, al riguardo, alcuna incompatibilità con lo stato di detenzione⁽⁴⁴⁾, mentre dall'altro vi è chi ritiene impossibile il ricorso allo stesso, sia perché in contrasto con l'obbligatorietà del lavoro⁽⁴⁵⁾, sia per ragioni di ordine e sicurezza del penitenziario⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴²⁾ Benché l'art. 14 della l. n. 300/1970 (c.d. Statuto dei lavoratori) garantisca a tutti i lavoratori il diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale all'interno dei luoghi di lavoro, sulla estensione di tale diritto – il cui esercizio non dovrebbe poter provocare turbamenti – anche a chi svolga prestazioni lavorative in carcere, la legge penitenziaria nulla dice, lasciando intendere di averne voluto la esclusione. Questa illazione, del resto, riceve conferma dalla constatazione che la disciplina del lavoro nella legge penitenziaria è articolata secondo la regola per la quale il legislatore *ubi voluit dixit*: basti pensare alle norme sulla durata delle prestazioni lavorative, sulla tutela assicurativa e previdenziale, sugli assegni familiari ed in genere sugli aspetti di garanzia, che sebbene di generale applicazione in campo lavoristico, sono fatti oggetto di previsione specifica per quanto riguarda il lavoro del detenuto (cfr. G. TRANCHINA, *op. cit.*, 154).

⁽⁴³⁾ Cfr. G. VIDIRI, *Il lavoro carcerario: problemi e prospettive*, in *GP*, 1986, 56, e E. FASSONE, *op. cit.*, 162-163, il quale include, accanto agli altri tratti essenziali del lavoro penitenziario (obbligatorietà; non afflittività; remuneratività; attitudine alla promozione del soggetto), anche la sua omogeneità rispetto al lavoro libero.

⁽⁴⁴⁾ Vedi A. CONVERSO, *Il lavoro del detenuto*, in *Quale giustizia*, 1971, 643; G. ICHINO, *Sindacato e questione carceraria*, in M. CAPPELLETTO, A. LOMBROSO (a cura di), *op. cit.*, 133; S. BELLOMIA, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc dir*, 1980, 929.

⁽⁴⁵⁾ G. TRANCHINA, *op. cit.*, 154: «Nemmeno il diritto di sciopero è riconosciuto, evidentemente, al detenuto lavoratore. E dicendo "evidentemente" [...] ci si riferisce, piuttosto, alla nota dell'obbligatorietà che contrassegna il lavoro penitenziario ed al significato che essa riveste, contrastando, palesemente, con qualsiasi volontà di astensione».

⁽⁴⁶⁾ In argomento vedi U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 103, e R. CICCOTTI, F. PITTAU, *Il lavoro in carcere. Aspetti giuridici e operativi*, F. Angeli, Milano, 1987, 43. Romagnoli, precisato che il diritto di manifestare liberamente le proprie opinioni politiche, sindacali e di fede, preesiste al contratto di lavoro, e lamentatosi che la legge non si occupa della tutela dei diritti costituzionali in materia sindacale e di lavoro, sottolinea

Senza dubbio, invece, il diritto di scioperare deve essere riconosciuto, indistintamente, in capo a tutti gli internati e detenuti ammessi a svolgere attività lavorativa extramuraria, in quanto l'unica differenza intercorrente tra lavoro penitenziario all'esterno e lavoro libero, risiede nella particolare condizione soggettiva del prestatore d'opera, condizione che non può tuttavia incidere sul piano delle relazioni tra detenuto lavoratore e impresa datrice di lavoro.

In particolare, nell'ipotesi in cui il detenuto lavoratore aderisca ad uno sciopero, il soggetto in regime di semilibertà sarà tenuto ad informare la direzione dell'istituto (e ottenere così una modifica del programma di trattamento penitenziario), mentre per il condannato ammesso al lavoro all'esterno *ex* articolo 21 O.P. l'astensione dal lavoro si tradurrà nella permanenza in istituto, fatta salva, ovviamente, la possibilità di chiedere un eventuale permesso (premio) per coltivare personali interessi di lavoro, quali, ad esempio, la partecipazione a manifestazioni o assemblee indette in occasione dello sciopero.

7.2. La questione relativa alla retribuzione spettante al lavoratore detenuto, assieme a quella concernente il diritto alle ferie, è stata più volte oggetto sia di dibattiti dottrinali che di vagli costituzionali.

Partendo dal dato letterale della norma (articolo 20, comma 2, O.P.) secondo cui il lavoro penitenziario deve essere «remunerato», cerchiamo di delineare, seppur brevemente, l'evoluzione legislativa intervenuta in materia e il quadro degli interventi operati da dottrina e giurisprudenza.

L'intenzione originaria del legislatore del 1975 è stata quella di disciplinare, all'interno della retribuzione, due diversi livelli di compenso: la *remunerazione*, corrispondente alla parte del corrispettivo economico effettivamente goduta dal detenuto lavoratore (corrispettivo opportunamente decurtato di una o più quote), e la *mercede*, intendendo con la stessa l'intero compenso spettante al lavoratore per la prestazione effettuata (fissato per ciascuna giornata di lavoro a seconda della categoria di riferimento).

Stando all'originaria previsione normativa, la citata differenza tra remunerazione e mercede perdeva di significato nell'ipotesi di compenso versato a lavoratori internati; nel caso di imputati e condannati, invece, operava un meccanismo di decurtazione che riduceva la remunerazione a una cifra pari ai sette decimi della mercede. La differenza dei tre decimi confluiva nella Cassa per il soccorso e l'assistenza alle vittime del delitto⁽⁴⁷⁾, mentre quella relativa al compenso degli

che «resterebbe da esaminare se l'esercizio del diritto di organizzarsi sindacalmente e di ricorrere alla lotta sindacale contrasti con le esigenze di sicurezza dello stabilimento carcerario».

⁽⁴⁷⁾ L'idea di istituire una Cassa per la riparazione dei danni da reato, che si riallacciava alle legislazioni criminali preunitarie (la leopoldina del 1786 e quella borbonica del 1819), non trovò attuazione negli ordinamenti dell'Italia unita nonostante il favore dimostrato dalla dottrina. Un grave scoglio fu rappresentato dalla concezione, comune agli studiosi di indirizzo positivista, di un obbligo di risarcimento gravante sullo Stato per aver mancato di vigilare nella prevenzione dei reati (c.d. responsabilità *in vigilando*). Va tuttavia precisato come il concetto di Cassa confluito nell'attuale ordinamento penitenziario non risulti fondato sulla responsabilità preventiva dello Stato ma su motivazioni di natura solidaristica.

Accolta con particolare fervore da una parte della dottrina la Cassa ebbe, però, esistenza breve: già con la l. n. 641/1978 venne soppressa e i relativi proventi attribuiti al Ministero del tesoro, il quale, a sua volta, provvedeva a ripartirli tra province e comuni avuto riguardo alle relative popolazioni e superficie.

imputati veniva accantonata e versata all'avente diritto in caso di proscioglimento o di assoluzione, o alla Cassa sopra menzionata nell'ipotesi di condanna.

Con la riforma operata dalla legge n. 663 del 1986 la disposizione relativa alla decurtazione dei tre decimi da far confluire nella citata Cassa è stata infine soppressa; di conseguenza è venuta meno anche la distinzione intercorrente tra mercede e remunerazione (per cui, ad oggi, entrambe le espressioni assumono il medesimo significato di intero controvalore economico della prestazione lavorativa).

A venire meno, tuttavia, non è stata la differenza intercorrente tra salario ordinario e mercede, stante la permanenza di una possibile compressione della retribuzione per il lavoro carcerario finì a due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro, secondo la procedura di una commissione *ad hoc* incaricata in tal senso (articolo 22, comma 1, O.P.).

Ma se con la legge del 1975 (che risultava su questo punto in coerenza con l'orientamento del legislatore del 1930) la decurtazione della retribuzione (fino a un massimo dei due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro) veniva collegata alla convinzione che il lavoro del detenuto dovesse considerarsi comunque inferiore per qualità e quantità a quella del lavoro libero, il mantenimento della stessa disposizione, nell'assetto attuale, perde però di significato. Da cui le numerose critiche sollevate in dottrina (in particolare si è detto come la sopra descritta differenziazione non trovi nessun fondamento, anzi contribuisca soltanto ad incrementare i motivi di discriminazione rispetto al lavoro libero); è, infatti, auspicato di molti che la commissione interpreti tale norma nel senso di portare a coincidenza le due retribuzioni, limitando la riduzione di un terzo solo ai casi in cui la stessa sia giustificata da deficienze sul piano tecnico e produttivo⁽⁴⁸⁾.

Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge Gozzini con cui è stata novellata la disciplina in questione, la *Corte Costituzionale*, in due occasioni, si è pronunciata in materia con sentenze particolarmente significative. Chiamati a decidere, oltre che sulla costituzionalità⁽⁴⁹⁾ della trattenuta dei tre decimi (articolo 23 O.P.), sulla compatibilità costituzionale della normativa che consente che ai detenuti lavoratori sia corrisposto un compenso inferiore ai livelli salariali previsti dai contratti collettivi di lavoro (articolo 22 O.P.), con la *sentenza n. 1087 del 1988*⁽⁵⁰⁾ i giudici della Consulta giunsero ad una prima soluzione

⁽⁴⁸⁾ Si controverte se la riduzione fino ai due terzi si debba applicare a tutte le forme di lavoro penitenziario o meno. La maggior parte della dottrina condivide la teoria che limita la riduzione fino ad un terzo delle tariffe sindacali al solo lavoro prestato alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, e senza che possa essere quindi esteso a quello prestato per imprese pubbliche o private. Se così non fosse si realizzerebbe innanzitutto una disparità di trattamento fra i lavoratori liberi ed i detenuti che prestano lavoro presso tali soggetti, ed in secondo luogo si avrebbe un arricchimento ingiustificato per l'amministrazione penitenziaria, che si vedrebbe versare dall'impresa esterna l'intero compenso spettante al lavoratore, dovendo poi operare la riduzione di un terzo e trattenendo la differenza senza alcun titolo.

Dall'altro vi è chi ritiene che la differenziazione non solo non trovi fondamento nei dati normativi, ma contrasti anche con il principio di ragionevolezza, in quanto capace di realizzare una disparità di trattamento fra quanti prestano lavoro all'interno dello stabilimento alle dipendenze dell'amministrazione e quanti invece in favore di imprese pubbliche o private all'interno o all'esterno dell'istituto penitenziario.

⁽⁴⁹⁾ Ovviamente in riferimento alle trattenute effettuate anteriormente al 1986.

⁽⁵⁰⁾ Sent. cit.

di compromesso ⁽⁵¹⁾: da un lato, infatti, non ravvisarono nell'articolo 22 O.P. alcuna violazione dei precetti costituzionali, mentre dall'altro, pur ritenendo insussistente una violazione dell'articolo 3 della Costituzione in ragione di una differenza non solo tipologica ma anche ontologica tra lavoro carcerario interno ed esterno che renderebbe ragionevole e giustificata una disparità di trattamento economico, tuttavia non escludono l'operatività delle garanzie costituzionali in materia di retribuzione anche al lavoro penitenziario.

In pratica la Corte ritenne applicabile la disciplina dell'articolo 22 O.P. (decurtazione fino a un massimo dei due terzi) soltanto al lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria (c.d. lavori domestici), rileggendo la norma citata nel senso di riallacciare gli *standard* atti a fissare la remunerazione del lavoro inframurario ai principi di proporzionalità e sufficienza dell'articolo 36 della Costituzione. Ritenendo giustificata una diversità di trattamento economico soltanto con riferimento ai c.d. lavori domestici, la Corte ha di fatto stabilito che la disciplina di cui all'articolo 22 O.P. non può invece ritenersi applicabile ai soggetti che svolgono lavoro extramurario (detto rapporto, infatti, risulta disciplinato dal diritto comune), ai quali verrà corrisposta una retribuzione pari a quella prevista dai contratti collettivi di lavoro ⁽⁵²⁾.

A risolvere definitivamente la questione concernente la legittimità costituzionale dell'articolo 23 O.P., è intervenuta la successiva pronuncia n. 49 del 1992 ⁽⁵³⁾: con il venir meno del vincolo di solidarietà tra autori e vittime del reato a seguito della soppressione della Cassa per il soccorso e l'assistenza delle vittime del delitto, e con la conseguente scomparsa della destinazione delle somme trattenute al soddisfacimento di interessi generali, è venuta alla luce una ingiustificata disparità di trattamento tra i detenuti e gli altri cittadini che ha reso immotivate le trattative effettuate sulla remunerazione dei detenuti lavoratori.

Con la sentenza citata la Corte ha ritenuto che, «essendosi sostituiti alla Cassa enti portatori di interessi plurimi, sono venuti meno la specifica destinazione delle

⁽⁵¹⁾ M. BARBERA, *Lavoro carcerario*, in *Digesto*, 1992, VIII, 222. Della stessa opinione è M. VITALI, *op. cit.*, 35: «Si tratta, come è evidente, di una soluzione poco convincente e contraddittoria con le premesse da cui muove, dal momento che l'affermazione dell'esistenza in capo al detenuto di un diritto tutelabile ex art. 36 Cost. avanti al giudice ordinario dovrebbe portare all'esclusione di un potere discrezionale dell'amministrazione penitenziaria nella determinazione della mercede che, per rispondere ai requisiti di proporzionalità e sufficienza richiesti dalla Corte, non potrebbe che essere parametrata ai minimi contrattuali stabiliti dalla contrattazione collettiva nazionale».

⁽⁵²⁾ In senso critico in merito alla posizione assunta dalla Corte, si è espressa buona parte della dottrina. In particolare vedi G. GALLI, «Mercede» e «remunerazione» del lavoro del detenuto, nota a C. Cost. 13 dicembre 1998 n. 1087, in *GCost.*, 1988, I, 5298-5311, e S. ARBIA, *Lavoro carcerario, specialità del trattamento e diritti del detenuto*, nota a C. Cost. 13 dicembre 1988 n. 1087, in *DL*, 1989, II, 243-247: «Ma le discriminazioni più gravi attengono alla insussistenza di situazioni oggettivamente differenziate nell'attività lavorativa svolta all'esterno del luogo di detenzione ed in quella svolta alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, dovendosi ritenere soltanto una differenziazione per quanto concerne i soggetti datori mentre non si rivengono diversificazioni in ordine alla qualità dei prestatori e alla causa-funzione del lavoro non libero».

⁽⁵³⁾ C. Cost. 18 febbraio 1992 n. 49, in *RIDL*, 1993, II, 16.

Per un commento della sentenza in esame, si rimanda a: G. GALLI, *Sulla retribuzione del lavoro dei detenuti*, nota a C. Cost. 18 febbraio 1992 n. 49, in *GCost.*, 1993, 503-505; G. GALLI, *La Corte Costituzionale ritorna sulla mercede dei detenuti*, nota a C. Cost. 18 febbraio 1992 n. 49, in *DL*, 1993, II, 38-50; L. MARRA, *Lavoro carcerario ed equa retribuzione*, nota a C. Cost. 18 febbraio 1992 n. 49, in *RIDL*, 1993, 16-17.

trattenute di cui trattasi al soddisfacimento dei bisogni delle vittime delle azioni delittuose e il vincolo di solidarietà tra detenuti e vittime dei delitti, sicché le trattate sono dirette a soddisfare finalità di beneficenza pubblica. E siccome il relativo onere deve gravare sull'intera collettività e non solo sui detenuti che lavorano, sussiste violazione del richiamato articolo 3 della Costituzione, ponendosi un'irrazionale ingiustificata discriminazione tra i detti detenuti e gli altri cittadini».

In seguito a tale pronuncia è sorto in capo ai detenuti lavoratori il diritto ad ottenere il pagamento dei tre decimi della mercede, a suo tempo non corrisposti e versati alla Cassa per il soccorso e l'assistenza alle vittime del delitto e, dopo la sua abrogazione, alle Regioni ed agli enti locali.

7.3. Il penultimo comma dell'articolo 20 O.P., in ordine allo svolgimento del rapporto di lavoro, stabilisce significativamente che «la durata della prestazione lavorativa non può superare i limiti stabiliti dalle leggi vigenti in tema di lavoro» e che, «alla stregua di tali leggi, ai detenuti lavoratori è garantito il diritto al riposo festivo e alla tutela assicurativa e previdenziale».

Va tuttavia precisato come la disciplina in esame, benché inserita nell'articolo 20 O.P., ossia all'interno di una norma dedicata al *genus* lavoro inframurario, si applichi unanimemente anche nelle ipotesi di svolgimento di lavoro extramurario.

In dottrina si sono al lungo levate voci critiche riguardo al silenzio adottato dal legislatore in materia di *diritto alle ferie* del detenuto lavoratore; inspiegabile appariva in tal senso il richiamo al «diritto al riposo festivo» contenuto nell'articolo 20 O.P. e non anche quello, nonostante l'identità di *ratio* dei due istituti, al riposo annuale, tanto più considerando che «il diritto alle ferie è riconosciuto dal testo costituzionale come irrinunciabile per il prestatore di lavoro, in quanto strumento per il recupero delle sue energie fisiche e morali»⁽⁵⁴⁾ e che «l'ordinamento penitenziario prevede uno strumento premiale specifico come i permessi premio (di durata non superiore a quindici giorni ogni volta e per complessivi quarantacinque giorni per ogni anno di espiazione della pena) per coltivare interessi affettivi, culturali e di lavoro, che ben possono essere coordinati con la fruizione delle ferie»⁽⁵⁵⁾.

La *Corte Costituzionale*, dopo una serie di interventi precursori, ha definitivamente dissipato ogni possibile dubbio con la *sentenza 22 maggio 2001, n. 158*⁽⁵⁶⁾ con cui ha dichiarato l'incostituzionalità dell'articolo 20, penultimo comma, O.P., nella parte in cui non riconosce il diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che presti la propria attività lavorativa *alle dipendenze della amministrazione carceraria*.

La Corte ha infatti sancito che la specificità propria del rapporto di lavoro penitenziario, la cui regolamentazione può conoscere delle varianti e deroghe rispetto

⁽⁵⁴⁾ R. PESSI, *Il lavoro del detenuto: a proposito della concessione in uso della manodopera dei detenuti ad imprese appaltatrici*, in *DL*, 1978, II, 112.

⁽⁵⁵⁾ M. VITALI, *op. cit.*, 25. Già all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 354/1975, in G. DI GENNARO, M. BONOMO, R. BREDI, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 1975, 143, si segnalava che una simile omissione poneva «una seria questione di legittimità costituzionale intorno all'art. 36 della Costituzione».

⁽⁵⁶⁾ C. Cost. 22 maggio 2001 n. 158, in *DL*, 2001, II, 469.

a quella del rapporto di lavoro ordinario in ragione di esigenze organizzative, disciplinari e di sicurezza proprie dell'ambiente carcerario, «non vale ad affievolire il contenuto minimo di tutela che, secondo la Costituzione, deve assistere ogni rapporto di lavoro subordinato». Il diritto al riposo annuale, in particolare, integra una di quelle posizioni soggettive che non possono in nessun modo essere negate a chi presti attività lavorativa in stato di detenzione⁽⁵⁷⁾.

La stessa Costituzione, del resto, sancisce che la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (articolo 35, comma 1) e che a qualunque lavoratore debba essere riconosciuto il diritto irrinunciabile alle ferie annuali retribuite (articolo 36, comma 3), garanzie queste che valgono ad assicurare il soddisfacimento delle primarie esigenze del lavoratore tra cui, *in primis*, la reintegrazione delle energie psicofisiche a cui sottende il diritto al riposo⁽⁵⁸⁾.

È ovvio, ha concluso la Corte, che le rilevate peculiarità del rapporto di lavoro dei detenuti comportino che le concrete modalità (di forma e di tempo) di realizzazione del periodo annuale continuativo retribuito dedicato al riposo o ad attività alternative esistenti nel penitenziario, dovranno essere rese compatibili con lo stato di detenzione, diversificandosi a seconda che il lavoro sia inframurario (alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria o di terzi) oppure si svolga all'esterno o in regime di semilibertà; diversificazioni che spetterà al legislatore, al giudice o all'amministrazione precisare.

Anche se la Corte, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'articolo 20, penultimo comma, O.P., ha fatto esclusivo riferimento al detenuto che presta la propria attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, si è concordi⁽⁵⁹⁾ nel ritenere che la decisione debba essere estesa, a meno di non voler incorrere in evidenti violazioni del principio di ragionevolezza, alla generalità dei detenuti e internati che assumano la veste di lavoratori subordinati. La precisazione, secondo alcuni⁽⁶⁰⁾, rileva, in particolare, con riferimento a coloro che effettuano prestazioni alle dipendenze di imprese pubbliche, o private, o di cooperative sociali operanti all'interno del carcere: in seguito alla sentenza in esame, infatti, il costo del lavoro per le imprese e le cooperative sociali nel contesto inframurario è destinato ad aumentare, a discapito di un'evidente collisione con la recente leg-

⁽⁵⁷⁾ In tal senso la pronuncia in esame trova il suo antecedente logico e giuridico nella sentenza 11 febbraio 1999 n. 26, in *FI*, 1999, I, 1118, in cui i giudici costituzionali posero in rilievo come la restrizione della libertà personale non comporti affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione, e che la stessa esecuzione penale e la rieducazione del reo non possono mai consistere in trattamenti penitenziari che comportino condizioni incompatibili con il riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà.

⁽⁵⁸⁾ Sul recupero delle energie psicofisiche del detenuto lavoratore mediante il godimento del periodo di riposo, in senso critico si è espresso ADRIANO MORRONE, *Il diritto alle ferie del detenuto che lavora*, nota a C. Cost. 22 maggio 2001 n. 158, in *GCost*, 2001, II, 473-474: «Nell'attuale contesto carcerario in cui il rapporto di lavoro con i detenuti viene di fatto ad assumere una connotazione prevalentemente assistenziale [...], il periodo di riposo retribuito più che soddisfare concrete esigenze di recupero delle energie psicofisiche, potrebbe invece essere percepito dal detenuto come una sorta di «ozio retribuito» a cui il medesimo ha diritto, finendo in tal modo per svolgere una funzione antrieducativa».

⁽⁵⁹⁾ In tal senso vedi, fra tutti, F. CIAMPI, *La lettura della Consulta non ammette distinzioni tra impiego del lavoro all'interno del carcere o presso terzi*, in *GD*, 2001, XXII, 71, F. DELLA CASA, *Il riconoscimento del diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che lavora*, nota a C. Cost. 22 maggio 2001 n. 158, in *Diritto penale e processo*, 2001, 1250.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. F. DELLA CASA, *op. cit.*, 1251.

ge n. 193 del 2000 che, proprio al fine di incentivare l'offerta di lavoro *intra moenia* da parte di soggetti diversi dall'amministrazione penitenziaria, ha stabilito a loro favore la riduzione delle aliquote relative alla contribuzione per l'assicurazione previdenziale e assistenziale.

La sentenza della Corte non ha però chiarito se, in luogo delle ferie annuali non godute, il datore di lavoro possa corrispondere al detenuto lavoratore la relativa *indennità sostitutiva*.

La circostanza che la pronuncia in esame non operi alcun riferimento a quest'ultima, secondo parte della dottrina⁽⁶¹⁾ sembra confermare in modo inequivocabile l'idea che il diritto alle ferie e la relativa indennità sostitutiva debbano essere considerati come assolutamente intercambiabili; secondo un diverso e contrario orientamento⁽⁶²⁾, invece, l'omesso riferimento all'indennità induce a ritenere che la Corte, nel dare per scontato il carattere irrinunciabile delle ferie, abbia di fatto voluto affermare che il corrispettivo economico per il mancato godimento del riposo annuale potrà trovare giustificazione solamente quando venga accertato a posteriori che sia stato violato il diritto alle ferie del detenuto lavoratore, ovvero quando si verifichi una risoluzione non programmata del rapporto di lavoro intercorrente con lo stesso prima che il periodo di riposo annuale sia stato goduto⁽⁶³⁾.

Riguardo alle affermazioni contenute nella citata sentenza e alla portata innovatrice della stessa, in dottrina si è discusso e scritto molto⁽⁶⁴⁾. In particolare è stato evidenziato come dalla pronuncia in esame sia emersa una *sempre più forte equiparazione sostanziale del lavoro carcerario con quello proprio dell'ambiente libero*, non soltanto ribadendo ma andando addirittura oltre l'orientamento espresso dalla stessa Corte Costituzionale nella fondamentale sentenza n. 1087 del 1988.

8. Il tema della cessazione del rapporto di lavoro, analogamente a quello della sua costituzione, rappresenta un punto di necessaria interferenza tra la disciplina privatistica e quella penale. Detta peculiarità e i risvolti problematici ad essa correlati, ci inducono a procedere nell'esposizione dell'argomento, ai fini di una semplificazione dello stesso, secondo una trattazione suddivisa per forme di lavoro penitenziario.

In ambito di lavoro inframurario alle dipendenze dell'amministrazione (c.d. lavori domestici), le nozioni giuslavoristiche di giusta causa e giustificato motivo di

⁽⁶¹⁾ Cfr. R. PESSI, *op. cit.*, 113.

⁽⁶²⁾ Cfr. ADRIANO MORRONE, *op. cit.*, 474.

⁽⁶³⁾ In riferimento ai casi di risoluzione non programmata del rapporto di lavoro in carcere, F. DELLA CASA, *op. cit.*, cita, a titolo esemplificativo, l'ipotesi di cessazione conseguente alla concessione di una misura alternativa alla detenzione al condannato sino a quel momento impegnato in attività lavorative inframurarie.

⁽⁶⁴⁾ In particolare vedi: ADRIANO MORRONE, *op. cit.*, 469-476; ANDREA MORRONE, *Il diritto alle ferie per i detenuti*, nota a C. Cost. 22 maggio 2001 n. 158, in *GCost*, 2001, II, 1270-1279; G. MANNACIO, *Il diritto alle ferie del detenuto che lavora*, 643-647; R. D'ALESSIO, *Trattamento penitenziario; modalità del trattamento: lavoro; diritto al riposo annuale retribuito*, nota a C. Cost. 22 maggio 2001 n. 158, in *GCost*, 2001, II, 1269-1270; F. DELLA CASA, *op. cit.*, 1244-1251; F. CIAMPI, *op. cit.*, 69-71; M.N. BETTINI, *Ferie e parità di trattamento dei detenuti*, cit., 1226-1233; F. FELICETTI, M.R. SANGIORGIO, *Le ferie del detenuto lavoratore*, nota a C. Cost. 22 maggio 2001 n. 158, in *CG*, 2001, VIII, 1101-1102.

recesso non possono ritenersi applicabili ⁽⁶⁵⁾ in considerazione del semplice fatto che l'ordinamento penitenziario ha stabilito una disciplina *ad hoc* per l'allontanamento dal posto di lavoro del detenuto (c.d. esclusione dalle attività lavorative): con provvedimento adottato dalla direzione dell'istituto, sentito il parere dei gruppi di osservazione, il detenuto o l'internato è escluso dall'attività lavorativa in presenza di fatti o comportamenti commessi durante il lavoro dai quali emerga un sostanziale rifiuto di adempiere i compiti e i doveri lavorativi assegnati (articolo 53 reg. esec. O.P.).

Rispetto alla previgente disciplina ⁽⁶⁶⁾ in cui erano contemplate due ipotesi di esclusione dall'attività lavorativa («sostanziale rifiuto dell'adempimento dei suoi compiti» e «mancanza di rendimento»), il legislatore ha giustamente modificato la disposizione, limitando l'operatività dell'istituto al solo caso citato «e abbandonando l'equivoca formula della mancanza di rendimento che si prestava facilmente ad abusi interpretativi» ⁽⁶⁷⁾.

Dal confronto, però, di parte della precedente formulazione («sostanziale rifiuto nell'adempimento dei suoi compiti») con l'unica ipotesi attualmente disciplinata nella norma («sostanziale rifiuto nell'adempimento dei suoi compiti e dei suoi doveri»), emerge come, pur restando ferma la qualificazione del rifiuto in termini di «sostanziale» (cosicché, per legittimare un provvedimento così grave quale la rimozione dal lavoro del detenuto lavoratore, diviene necessario che il rifiuto del detenuto di prestare attività lavorativa si riferisca al nucleo essenziale dei compiti assegnati e non a semplici elementi di dettaglio), il legislatore abbia tuttavia aggiunto il riferimento ai «doveri (lavorativi)»: ciò implica, secondo autorevole dottrina ⁽⁶⁸⁾, la trasformazione della previsione normativa verso un generico e sfumato collegamento tra l'adempimento degli obblighi lavorativi e l'applicazione delle sanzioni disciplinari da parte dell'amministrazione penitenziaria.

D'altro canto, l'articolo 77 del reg. esec. O.P., nell'elencare i comportamenti passibili di sanzione disciplinare, prevede, al n. 3, il «volontario inadempimento degli obblighi lavorativi» che «certamente è espressione ben diversa dal sostanziale rifiuto nell'adempimento dei compiti e dei doveri lavorativi, risultando connotata da un elemento soggettivo molto marcato». Il sistema configurato dal legislatore, in altri termini, legittima una doppia ipotesi di esclusione dall'attività lavorativa: da un lato, in astratto, per motivi attinenti al rapporto di lavoro, colpendo l'atteggiamento del detenuto che non lavora, o lavora poco e malamente, e privandolo di quell'elemento del trattamento per il quale si è dimostrato immeritevole o inadat-

⁽⁶⁵⁾ La dottrina è concorde nel ritenere inapplicabili al lavoro inframurario i principi sulla giusta causa o sul giustificato motivo di recesso; vedi G. VIDIRI, *op. cit.*, 57; V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, Cedam, Padova, 2000, 230; M. VITALI, *op. cit.*, 30.

⁽⁶⁶⁾ Art. 50, d.P.R. n. 431/1976.

⁽⁶⁷⁾ M. VITALI, *op. cit.*, 29. In ragione della configurazione della natura giuridica dei c.d. lavori domestici in termini di «specialità» rispetto al lavoro libero, propria dell'orientamento maggioritario della dottrina, l'attuale formulazione della norma, osserva la Vitali, «evidenzia l'equivoco di fondo che permea tutta la disciplina del lavoro inframurario, dal momento che in essa viene descritto un comportamento che, immediatamente, richiama alla mente il concetto civilistico di insubordinazione, riscontrabile in tutta la contrattazione collettiva come causa di licenziamento per giusta causa del lavoratore, e la nozione di inesatto adempimento della prestazione lavorativa, quale tipica causa di risoluzione del contratto a prestazioni sinallagmatiche».

⁽⁶⁸⁾ Vedi M. VITALI, *op. cit.*, 30-33.

to (articolo 53), ma dall'altro, soprattutto, in concreto, legittimando allontanamenti dal posto di lavoro dettati esclusivamente dalla volontà di sanzionare sotto il profilo disciplinare (articolo 77) comportamenti che nulla hanno a che fare con lo svolgimento dell'attività lavorativa⁽⁶⁹⁾.

In riferimento, invece, al lavoro inframurario alle dipendenze di terzi, la sussistenza di un comune rapporto di lavoro tra l'imprenditore che gestisce le lavorazioni e il prestatore d'opera detenuto, non esclude l'applicabilità delle nozioni giuslavoristiche della giusta causa e del giustificato motivo, quali circostanze fondanti un legittimo recesso; il datore di lavoro risulterà pertanto vincolato dalla disciplina lavoristica, potendo intimare il licenziamento solo per giusta causa o giustificato motivo di recesso, per iscritto e con comunicazione dei motivi, ove richiesto dal prestatore d'opera, secondo le previsioni dell'articolo 2 della legge n. 604 del 1966.

Naturalmente, in concreto le fattispecie di giusta causa e giustificato motivo potranno assumere caratteristiche particolari in relazione alla qualità del lavoratore e al luogo ove si svolge la prestazione, ma la valutazione della legittimità del recesso intimato al lavoratore detenuto andrà operata secondo i parametri elaborati dalla dottrina e giurisprudenza lavoristica⁽⁷⁰⁾. Una volta che è stato validamente intimato il recesso da parte del datore di lavoro, la direzione dell'istituto dovrà semplicemente limitarsi a prendere atto del venir meno della posizione lavorativa.

Guardando, infine, all'intero *genus* lavoro extramurario, la dottrina è concorde nel ritenere applicabili le norme relative al divieto di licenziamento del detenuto lavoratore se non per giusta causa o giustificato motivo di recesso. Alcune problematiche possono tuttavia emergere in ragione delle possibili conseguenze che la perdita dell'attività lavorativa determina sull'ammissione al regime di semilibertà o al lavoro all'esterno.

In riferimento al regime di semilibertà, al di là delle considerazioni già espresse circa la valutazione dell'attività lavorativa in termini di requisito necessario o eventuale per l'ammissione alla misura, occorre ribadire che l'ordinamento penitenziario prevede espressamente, all'articolo 51, che la semilibertà possa essere revocata solo nella circostanza in cui «il soggetto non si appalesi idoneo al trat-

⁽⁶⁹⁾ M. VITALI, *op. cit.*, 31. A conferma dell'ambiguità latente in materia, e a sostegno della tesi secondo la quale i casi di rimozione dal lavoro carcerario avvengono, in larga misura, per motivi disciplinari indipendenti dal comportamento tenuto dal detenuto sul posto di lavoro, l'autrice riporta il caso di un detenuto presso la Casa Circondariale di Sassari che era stato rimosso dal suo posto di idraulico in conseguenza di un rapporto inviato alla Procura della Repubblica per oltraggio nei confronti di un agente di custodia, commesso durante la permanenza all'aria aperta, ovvero al di fuori dell'orario di lavoro (Mag. Sorv. Sassari 26 gennaio 1980, in *L80*, 1982, 279). L'episodio riportato, incalza la Vitali, è doppiamente paradigmatico in considerazione del fatto che non esistono rilevazioni statistiche su questo fenomeno, il quale emerge solo raramente e solo se e in quanto l'interessato reagisca al provvedimento illegittimo della direzione reclamandolo davanti al Magistrato di sorveglianza.

⁽⁷⁰⁾ Più complessa appare la questione con riferimento al caso in cui il detenuto presti la propria attività lavorativa nell'ambito di una cooperativa come socio lavoratore, dal momento che la giurisprudenza appare consolidata nell'escludere, laddove non sia ravvisabile alcuna utilizzazione fraudolenta dello schema cooperativistico, la riconducibilità alla fattispecie del lavoro subordinato delle prestazioni di un socio di cooperativa: di conseguenza la cooperativa non incontrerà i vincoli sopra delineati in materia di recesso individuale, e resterà applicabile la normativa di diritto comune in materia di esclusione del socio dalla società cooperativa.

tamento»; non è pertanto ravvisabile alcun espresso automatismo legislativo tra la perdita dell'attività lavorativa, in sé considerata, e la revoca della misura alternativa.

Riguardo al lavoro esterno *ex* articolo 21 O.P., invece, non esiste alcuna norma che disciplini le condizioni di revoca, che sono soltanto rimesse alla valutazione discrezionale della direzione dell'istituto in considerazione degli esiti del programma di trattamento personalizzato; la stessa revoca, in applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 48, comma 15, reg. esec. O.P., diviene esecutiva soltanto dopo l'approvazione del Magistrato di sorveglianza.

Lavoro penitenziario e diritti del detenuto – Riassunto. *Dopo una breve premessa, dove rammenta che la dottrina giuslavorista ha affrontato il tema oggetto di analisi solo a partire dagli anni Settanta, l'A. delinea il quadro storico, politico ed economico che condusse alla moderna affermazione del lavoro penitenziario in forma sistematica. Esaminato l'evolversi della concezione del lavoro penitenziario in Italia dal primo provvedimento del 1862 fino alla c.d. Legge Smuraglia del 2000, l'A. prosegue presentando una tassonomia del lavoro carcerario, inframurario e extramurario con particolare riferimento alla ammissione al lavoro all'esterno del carcere. Altra questione affrontata dall'A. riguarda l'alternativa se il lavoro in carcere, come disciplinato, debba essere considerato «diritto» oppure «obbligo» del detenuto per soffermarsi poi, sulle differenze tra condannati ed imputati in rapporto all'incidenza, nelle rispettive sfere personali, degli elementi del trattamento rieducativo. In merito all'attività da svolgere, l'A. verifica quali profili dello statuto giuridico del lavoro possano essere riconosciuti al lavoratore detenuto, nel lavoro inframurario e in quello extramurario, con un approfondimento sui diritti sindacali applicabili ai lavoratori ristretti (in particolare diritto di associazione e di sciopero), sui profili legati al trattamento retributivo e al diritto alle ferie per il detenuto che lavori alle dipendenze dell'amministrazione carceraria (con particolare riguardo alle indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale), per affrontare, in conclusione, il tema della cessazione del rapporto di lavoro.*

Work in prisons and the rights of detainees (Article in Italian) – Summary. *Following a brief introduction, in which the author notes that labour law scholars first turned their attention to this research topic in the 1970s, this paper provides a survey of the historical, political and economic framework leading to the introduction of systematic work regimes in the prison system. Having examined the development of the concept of prison labour in Italy from the first provisions in 1862 to the Smuraglia Act of 2000, the author presents a taxonomy of prison work, both in the prison and in the community, with particular reference to granting detainees the right to work in the community. The author also discusses whether work in the prison system should be considered an entitlement or an obligation on the part of the detainee. The author then analyses the difference between those who have been sentenced to a period of imprisonment and prisoners on remand, examining the significance of rehabilitation programmes for the two groups. With regard to the work to be carried out, the author then considers which the rights and duties laid down by labour law should apply to detainees, concerning work in the prison and in the community, with a focus on trade union rights applicable to workers in prison (in particular, the right of association and the right to strike). The author also discusses remuneration and the right to annual leave for prisoners employed by the prison administration (with particular reference to case law rulings handed down by the Constitutional Court), and finally examines issues relating to termination of employment.*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Le relazioni industriali internazionali: attori e regole

Rebecca Gumbrell-McCormick

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Definizioni, concetti ed analisi. – **2.1.** Nazionale ed internazionale: parallelismi e differenze. – **2.2.** La natura della regolazione internazionale. – **2.3.** *Governance* e *Governo*. – **3.** Il sistema internazionale: i principali attori ed istituzioni. – **3.1.** Stati ed organizzazioni intergovernative. – **3.2.** Associazioni dei datori di lavoro ed imprese multinazionali. – **3.3.** Lavoratori e sindacati. – **3.4.** Organizzazioni non governative. – **3.5.** La dimensione regionale. – **4.** Organizzazione internazionale: ragioni e vincoli. – **5.** Strumenti e risultati. – **5.1.** Diritto internazionale e norme internazionali del lavoro. – **5.2.** Misure volontarie, codici di condotta. – **5.3.** Accordi quadro internazionali e contrattazione collettiva internazionale. – **6.** Conclusioni e direzioni future.

1. Le relazioni industriali, come campo di studio, sono strutturate attorno al concetto di Stato-Nazione. Quando Dunlop propose il concetto di sistema di relazioni industriali ⁽¹⁾, questo era legato alla Nazione; quantunque il suo scopo consistesse in parte nella comparazione e nel confronto di differenti sistemi nazionali, l'idea di un sistema internazionale non era presente.

Ora, è possibile parlare di un sistema internazionale di relazioni industriali? Trattazioni attinenti agli sviluppi in seno all'Unione Europea ⁽²⁾ sostengono che è possibile identificare equivalenti sovranazionali dei tre attori di Dunlop – organizzazioni rappresentative di lavoratori e datori di lavoro ed agenzie governative – e che la loro interazione sta creando un *corpus* di regole. Pertanto deducono che esiste un sistema europeo di relazioni industriali. Lo stesso potrebbe affermarsi quanto al livello globale, come cercheremo di spiegare in questo lavoro. Ma fino a che punto gli «attori» internazionali coincidono con la nostra idea di sindacati, associazioni dei datori di lavoro e Governi a livello nazionale? E fino a che punto le regole che essi creano corrispondono alle leggi ed ai contratti collettivi normalmente considerati tipici della regolazione nazionale del lavoro? Lo

* *Rebecca Gumbrell-McCormick è Docente presso il Department of Management del Birkbeck College, Università di Londra. Traduzione dall'inglese a cura di Nelly Vascello.*

⁽¹⁾ J.T. DUNLOP, *Industrial Relations Systems*, Holt, New York, 1958.

⁽²⁾ C.S. JENSEN, J.S. MADSEN, J. DUE, *Phases and Dynamics in the Development of EU Industrial Relations Regulation*, in *IRJ*, 1999, n. 30/2, 118-134.

scopo di questo studio è appunto quello di cercare di offrire risposta a tali interrogativi.

Quando le relazioni industriali divennero oggetto di studio a livello accademico durante la metà del XX secolo, i principali attori collettivi e il principale ambito di regolazione erano chiaramente legati alla Nazione. Ma questo primato del livello nazionale è stato messo in dubbio negli anni recenti, sia da un punto di vista pratico che analitico. È largamente ritenuto che la diffusione di imprese multinazionali ed altri aspetti dell'internazionalizzazione economica indeboliscano e minino la capacità di regolazione a livello nazionale. Sebbene non sia nostra intenzione concentrare l'attenzione sui dibattiti attorno al concetto ed alla dimensione della globalizzazione, tali processi hanno stimolato un interesse crescente nella possibilità di una regolazione internazionale dei rapporti di lavoro. Ma nonostante la presenza di un *corpus* crescente di atti normativi internazionali ed altre forme di regolazione e di una letteratura scientifica in espansione, che documenta ed interpreta le implicazioni dell'azione sovranazionale, quest'ultima rimane relativamente poco nota alla maggior parte degli studiosi di relazioni industriali tradizionali.

Per questa ragione, è necessario presentare rilevanti dettagli empirici, così come passare in rassegna i dibattiti teorici esistenti. Cominceremo affrontando alcuni concetti e definizioni chiave, prima di mettere in luce il retroscena e la struttura del sistema internazionale di relazioni industriali e quali siano gli attori in seno allo stesso. Successivamente, discuteremo alcune delle ragioni alla base dell'organizzazione e dell'azione a tale livello, analizzando similitudini e differenze rispetto alle relazioni industriali nazionali. Tratteremo in seguito di alcuni dei principali strumenti di regolazione sovranazionale, ancora una volta comparandoli e ponendoli a confronto con analoghi strumenti nazionali. La nostra conclusione sarà che ha senso parlare di relazioni industriali internazionali, ma che è un errore interpretare tale realtà come un sistema nazionale in grande.

2. La maggior parte della letteratura riguardante le relazioni industriali a livello internazionale tende ad applicare concetti ed approcci teorici originariamente sviluppati a livello nazionale. Prima di considerare fino a che punto ciò sia appropriato, è necessario porre chiarezza in ordine a cosa intendiamo quando parliamo di livello internazionale nel contesto delle relazioni industriali. Tale questione è stata probabilmente più diffusamente affrontata nel contesto dell'Unione Europea che in quello globale ⁽³⁾.

C'è un *continuum* nella divisione dei poteri tra livelli nazionali ed internazionali. Ad un estremo troviamo l'autorità *sovranazionale*, ove istituzioni di livello superiore possono imporre regole agli attori nazionali, all'altro l'*internazionalismo*, ove la competenza di livello superiore è condizionata al consenso tra gli attori nazionali. In posizione intermedia, vi sono le *strutture federali*, con una chiara

⁽³⁾ J. BÖRÖCZ, M. SARKAR, *What is the EU?*, in *International Sociology*, 2005, n. 20/2, 153-173; J.E. DØLVIK, *Redrawing Boundaries of Solidarity? ETUC, Social Dialogue and the Europeanisation of Trade Unions in the 1990s*, Arena, Oslo, 1997; V.A. SCHMIDT, *The Futures of European Capitalism*, Oxford University Press, Oxford, 2002; H. WALLACE, *Europeanisation and Globalisation: Complementary or Contradictory Trends?*, in *New Political Economy*, 2000, n. 5/3, 369-382.

divisione funzionale tra l'autonomia riservata al livello nazionale e quella delle autorità sovranazionali, che può essa stessa dipendere da un'estesa maggioranza di sostegno da parte di attori di livello inferiore.

Nelle relazioni industriali, con pochissime eccezioni, la forma *internazionale* di organizzazione è la norma. Gli Stati-Nazione tendono a delegare pochissimi dei loro poteri: buona parte della tensione in seno al sistema delle Nazioni Unite, e più recentemente in seno alla World Trade Organisation – WTO (Organizzazione Mondiale del Commercio), ha a che fare con l'estensione dell'autorità sovranazionale. Questo è anche il motivo per il quale i sindacati nazionali prendono parte alle internazionali sindacali: acconsentono al pagamento di quote ed accettano la scelta collettiva in merito alla *leadership*, sebbene non sempre di buon grado, ma in pratica hanno raramente prestato consenso a delegare poteri decisionali sostanziali o di negoziazione. Le associazioni dei datori di lavoro sono state ancor più restrittive.

2.1. Come sopra osservato, buona parte dell'analisi del livello internazionale di relazioni industriali ha proceduto per analogia a partire da quello nazionale. Ciò è fuorviante. Lo Stato ha dei *cittadini*; nonostante la retorica sporadica sulla «cittadinanza mondiale», gli individui non possiedono un analogo fascio di diritti e responsabilità nei confronti delle istituzioni internazionali. I sindacati hanno degli *iscritti* che contribuiscono direttamente ai fondi sindacali e che sono titolari di diritti ed obblighi corrispondenti; le organizzazioni sindacali internazionali (lasciando da parte il caso speciale di quei sindacati che fanno da ponte sul confine statunitense-canadese) possiedono iscritti solo indirettamente, attraverso l'affiliazione degli organismi nazionali. Lo stesso può affermarsi della maggior parte delle confederazioni nazionali, ma le organizzazioni sindacali internazionali sono distanti di un ulteriore livello rispetto agli iscritti individuali. Tale distanza ha costituito un'area rilevante di dibattito; alcuni hanno sostenuto che ciò ha condotto le organizzazioni sindacali internazionali a rappresentare inadeguatamente le istanze degli iscritti individuali ⁽⁴⁾. Parimenti, le associazioni internazionali dei datori di lavoro affiliano spesso organizzazioni nazionali piuttosto che singole aziende.

Una questione correlata riguarda la *fonte di legittimazione* e la *natura del processo decisionale* a livello internazionale. Tratteremo in modo esauriente il problema della *governance* in seno alle organizzazioni intergovernative nel prosieguo. Volgendo lo sguardo agli altri attori, mentre da un lato vi sono poche speranze che i singoli datori di lavoro operino democraticamente, ci si aspetta che le loro associazioni operino così, come i sindacati internazionali. Ma la distanza dalla loro base rende ciò difficoltoso; inoltre gli organismi internazionali devono affrontare non solo le questioni fondamentali che riguardano gli iscritti a livello nazionale, ma anche la politica mondiale e le rivalità politiche tra Nazioni. Per le associazioni dei datori questo non rappresenta necessariamente un problema; per i sindacati lo è, in quanto il movimento sindacale dipende dai suoi iscritti e dalla

⁽⁴⁾ D. THOMSON, R. LARSON, *Where Were You Brother?*, War on Want, London, 1978.

loro capacità di azione ⁽⁵⁾. Per i sindacati, l'autorevolezza dipende dalla *accountability* democratica nei confronti dei membri – la loro «autorità interna» ⁽⁶⁾; bene, per essere effettivi, i sindacati devono essere considerati rappresentativi da parte di organismi esterni, come i datori di lavoro ed i Governi. Questa autorità esterna può essere strettamente legata all'autorità interna: se gli iscritti offrono sostegno al sindacato, i datori ed i Governi prenderanno la cosa sul serio. Ora, alcuni sostengono che se i sindacati prestano troppa attenzione all'agenda imposta da interlocutori esterni, è probabile che cessino di rappresentare efficacemente gli interessi dei loro iscritti e perdano pertanto la loro autorità interna – ciò che ha come ricaduta di erodere la loro capacità rappresentativa esterna. Questo problema è stato trattato da Dølvik ⁽⁷⁾, che lo ha definito come una tensione tra la «logica degli iscritti» e la «logica dell'influenza».

2.2. Sia a livello internazionale che nazionale, gli attori delle relazioni industriali operano entro un *sistema regolatorio* che vincola le loro azioni. Fino ad un certo grado, gli attori governativi coincidono con lo stesso sistema regolatorio – i Governi nazionali, per esempio, sono attori in seno ad istituzioni intergovernative come l'International Labour Organisation – ILO (Organizzazione Internazionale del Lavoro), e questi stessi organismi intergovernativi formulano politiche e programmi che, a catena, hanno un effetto sulla natura e la sfera d'azione della regolazione internazionale. È tuttavia importante mantenere una distinzione concettuale tra il loro ruolo come attori e come componenti del sistema sovranazionale. Il sistema regolatorio internazionale non è identico a quello esistente a livello nazionale: il tipo di strutture ed i loro processi interni decisionali, la dimensione temporale del loro sviluppo, il tipo di *governance*, nonché il grado dei loro poteri regolatori sono molto differenti, sebbene i problemi di legittimazione ed autorità mostrino molte similarità. A partire dal Trattato di Westfalia del 1648, la sovranità degli Stati-Nazione è stata un principio fondamentale di politica internazionale; in circostanze normali, il diritto all'autodeterminazione può essere revocato solo volontariamente. In generale, le Nazioni sono state disposte ad assegnare alle istituzioni intergovernative solo poteri strettamente vincolati, imponendo regole decisionali che restringono le possibilità per gli Stati di essere assoggettati a politiche cui si oppongono. Simili limitazioni costituzionali si applicano nel caso di organizzazioni internazionali dei lavoratori e dei datori. Questo principio di «sussidiarietà» è rafforzato dal lungo divario temporale tra la consolidazione degli Stati-Nazione e la creazione e lo sviluppo di un sistema internazionale (a partire approssimativamente dalla metà del XIX secolo fino alla metà del XX secolo).

2.3. Persino quelle organizzazioni internazionali dotate di competenze relativamente estese difettano delle caratteristiche definitorie essenziali dei Governi. Gli

⁽⁵⁾ K. COATES, T. TOPHAM, *Trade Unions in Britain*, Spokesman, Nottingham, 1980, cap. 11; R. HYMAN, *Shifting Dynamics in International Trade Unionism: Agitation, Organisation, Diplomacy, Bureaucracy*, in *Labor History*, 2005, n. 46/2, 137-154.

⁽⁶⁾ R. MARTIN, *TUC: Growth of a Pressure Group*, Clarendon, Oxford, 1980.

⁽⁷⁾ J.E. DØLVIK, *op. cit.*

Stati nazionali, nella definizione di Weber, detengono il monopolio del legittimo uso della violenza entro un territorio determinato. Le organizzazioni internazionali difettano di tale capacità – anche se l'ONU, in circostanze eccezionali, può essere autorizzata ad intervenire con la forza qualora uno Stato minacci la sicurezza di un altro o sprofondi in una guerra civile. L'ordine istituzionale internazionale, come espresso nel titolo dello studio di Rosenau e Czempiel⁽⁸⁾, è una questione di *governance* senza Governo; mentre Bulmer⁽⁹⁾ ha sostenuto, nel contesto dell'UE, che quest'ultima «non rassomiglia a, né possiede una struttura verticale di Governo [*government*], cosicché la *governance* assume un valore descrittivo del carattere della *polity*».

Il concetto vago di *governance* – «un termine arcaico entrato nuovamente in voga»⁽¹⁰⁾ – è anche comunemente usato in riferimento al potere decisionale delle società – *corporate governance* – e di altri organismi. Il suo significato pratico è spesso non chiaro, dal momento che il concetto lascia aperte questioni attinenti alle relazioni di potere, ai mezzi di applicazione della legge ed a quelli di implementazione. Si riscontra inoltre una tensione tra l'uso descrittivo o analitico dell'espressione *global governance*, e l'impiego normativo o programmatico che richiede che un ordine regolatorio compensi una presunta perdita di capacità nazionale⁽¹¹⁾.

Proprio in quanto le organizzazioni internazionali raramente possono valersi della sanzione estrema della forza al fine di implementare le loro decisioni, la distinzione tra *government* e *governance* si collega a quella tra «*hard*» e «*soft*» *law*⁽¹²⁾. Con il termine «*soft law*» si fa riferimento a decisioni che ci si attende siano osservate da parte di coloro ai quali sono indirizzate, ma che non possono essere giuridicamente azionate; la loro efficacia dipende dalla *peer pressure* e dalla possibilità di mezzi meno formalizzati di ritorsione, nonché dal grado con cui le basilari norme di condotta sono interiorizzate dai decisori a livello nazionale⁽¹³⁾. Buona parte della regolazione internazionale nel settore delle relazioni industriali ha precisamente tale carattere. Vi è considerevole disaccordo in merito al problema se norme non vincolanti possano produrre effetti *hard*; coloro che asseriscono la bontà di tale approccio affermano che la «*soft law*» può aiutare a «dare forma» al dibattito politico sia a livello nazionale che internazionale, costituendo un'importante risorsa per quegli attori che esercitano pressione al fine di una regolazione nazionale più forte⁽¹⁴⁾.

⁽⁸⁾ J.N. ROSENAU, E.-O. CZEMPIEL (eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

⁽⁹⁾ S.J. BULMER, *New Institutionalism and the Governance of the Single European Market*, in *Journal of European Public Policy*, 1998, n. 5/3, 366.

⁽¹⁰⁾ P. LEISINK, R. HYMAN, *Introduction. The Dual Evolution of Europeanization and Varieties of Governance*, in *EJIR*, 2005, n. 11/3, 277.

⁽¹¹⁾ K. DINGWERTH, P. PATTBURG, *Global Governance as a Perspective on World Politics*, in *Global Governance*, 2006, n. 12, 185-203.

⁽¹²⁾ K.W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, in *International Organization*, 2000, n. 54/3, 421-456.

⁽¹³⁾ H.H. KOH, *How Is International Human Rights Law Enforced?*, in *Indiana Law Journal*, 1999, n. 74, 1397-1417.

⁽¹⁴⁾ J. ZEITLIN, P. POCHE (eds.), *The Open Method of Co-ordination in Action. The European Employment and Social Inclusion Strategies*, P.I.E. – Peter Lang, Brussels, 2005.

3. Questa sezione offre un'«istantanea» del sistema internazionale di relazioni industriali. Si procederà ad identificare le caratteristiche peculiari del livello internazionale delle relazioni industriali; i suoi attori e le loro relazioni reciproche; la sua struttura ed il suo ambito regolatorio; la sua evoluzione nel tempo. Mi concentrerò sui tre attori compresi nel modello di Dunlop ma farò anche riferimento ad un quarto attore putativo, ossia le Organizzazioni Non Governative (ONG) o «attori della società civile». Di rilievo decisivo sono le istituzioni che sono state costituite al fine di regolare l'economia e la *polity* internazionali. Tra queste vi sono l'ILO, le Istituzioni di Bretton Woods ed il resto del sistema ONU, l'Organisation for Economic Cooperation and Development – OECD (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) e la WTO, che sono al tempo stesso gli *attori* e i maggiori componenti più di rilievo della *cornice regolatoria* o struttura del sistema internazionale. Concluderemo questa sezione prendendo in considerazione la dimensione *regionale* delle relazioni industriali internazionali, con particolare attenzione all'UE.

3.1. Vi è stato recentemente un ampio dibattito sui poteri, che si presume vadano riducendosi, degli Stati-Nazione nell'era della globalizzazione⁽¹⁵⁾. La nostra attenzione in questa sede non si concentrerà tuttavia sull'autonomia degli Stati nella regolazione dei loro affari interni, ma piuttosto sul loro ruolo a livello internazionale.

Le organizzazioni internazionali di Stati e Governi sono state costituite dopo la Prima e, in seguito, dopo la Seconda guerra mondiale. La più importante organizzazione più risalente nel tempo ancora esistente è l'ILO, fondata nel 1919 come parte della Società delle Nazioni ed incorporata nel sistema ONU nel 1946⁽¹⁶⁾. La maggior parte delle organizzazioni internazionali qui trattate sono formalmente *intergovernative*, cioè rappresentano direttamente i Governi degli Stati nazionali, sebbene le forme di rappresentazione e selezione possano variare. L'ILO è unica nel suo genere, dal momento che rappresenta sia i lavoratori ed i datori di lavoro che gli Stati in un sistema *tripartito*.

Le organizzazioni intergovernative, sebbene agiscano per conto degli Stati nazionali, non godono di analoghi poteri di legittimazione. Il sistema ONU è riconosciuto da e rappresenta il maggior numero degli Stati-Nazione su base permanente ed allo stesso e ad esso è accordato il legittimo uso della forza in presenza di condizioni molto limitate. Nessun altro organismo intergovernativo – almeno a livello mondiale – gode di tali poteri. Tuttavia gli Stati-Nazione sono nella prassi raramente disposti a concedere all'ONU la libertà di agire in situazioni di emergenza, ammessa in teoria, ed il sistema ONU ha abbondato di conflitti inter-

⁽¹⁵⁾ S. BERGER, *Globalization and Politics*, in *Annual Review of Political Science*, 2000, n. 3, 43-62; S. STRANGE, *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996; L. WEISS, *The Myth of the Powerless State*, Cornell University Press, Ithaca, 1998.

⁽¹⁶⁾ A. ALCOCK, *History of the International Labour Organisation*, Macmillan, London, 1971; S. HUGHES, *The International Labour Organisation*, in *New Political Economy*, 2005, n. 10/3, 413-425; ILO, *Dix ans d'Organisation Internationale du Travail*, ILO, Geneva, 1931; J.T. SHOTWELL (ed.), *The Origins of the International Labor Organization*, Columbia University Press, New York, 1934.

statali ed inter-regionali ed è stato soggetto al potere di veto di singoli Stati, in particolare degli Stati Uniti.

L'ILO ha un'influenza diretta sulle prassi nazionali di relazioni industriali, ma possiede meno poteri rispetto al sistema ONU considerato nel complesso. Buona parte della letteratura in materia si concentra sui suoi effetti piuttosto che sulla sua struttura, funzioni e *governance*, con un dibattito polarizzato tra coloro che ne enfatizzano i risultati positivi⁽¹⁷⁾ e coloro che ne sottolineano i limiti⁽¹⁸⁾. Analizzerò l'efficacia degli strumenti regolatori dell'ILO in un'ulteriore sezione.

Molti potrebbero sostenere che un impatto addirittura maggiore sulle relazioni industriali è esercitato dalle Istituzioni Finanziarie Internazionali (IFI) che definiscono le regole del gioco economico globale. Gli accordi di Bretton Woods del 1944 sono sfociati nella creazione del Fondo Monetario Internazionale (FMI) e di quella che sarebbe dovuta diventare la Banca Mondiale (BM). La loro missione originaria, come parte integrante del nuovo sistema ONU, era finalizzata alla riduzione della povertà e dell'ineguaglianza tra le Nazioni; ma, dagli anni Cinquanta, il sostegno finanziario ai Paesi in via di sviluppo è stato condizionato da «programmi di aggiustamento strutturale». Con l'avanzata del neoliberale «Washington consensus», questi programmi comportarono misure radicali di privatizzazione, riduzione della spesa pubblica, rimozione di barriere al commercio ed all'investimento esterni, e politiche di flessibilizzazione del mercato del lavoro. Tali politiche sono state largamente accusate di causare disoccupazione, insicurezza, ridotti *standard* di vita e povertà crescente⁽¹⁹⁾; tra i critici vanno annoverati il già *Chief Economist* della BM, Joseph Stiglitz⁽²⁰⁾. Comunque, entrambe le istituzioni, specialmente la BM, possono ora muoversi in direzione di un più stretto coordinamento in seno al sistema ONU (con l'ILO) e del perseguimento dei loro fini originari⁽²¹⁾.

La conferenza di Bretton Woods condusse inoltre al General Agreement on Tariffs and Trade – GATT (Accordo Generale sulle Tariffe e sul Commercio), che promuoveva la liberalizzazione dei commerci, e che fu trasformato nella WTO nel 1995. Quest'ultima non è parte del sistema ONU ma opera, sotto alcuni aspetti, in parallelo con la BM ed il FMI. Con circa 150 membri, ha una struttura

⁽¹⁷⁾ R. KYLOH, *The Governance of Globalization. The ILO Contribution*, in R. KYLOH (ed.), *Mastering the Challenge of Globalization: Towards a Trade Union Agenda*, ILO, Geneva, 1998, 1-35; B. LANGILLE, *What is International Labour Law For?*, ILS, Geneva, 2005; W. SENGENBERGER, *Globalization and Social Progress. The Role and Impact of International Labour Standards*, Friedrich Ebert Stiftung, Bonn, 2002, 30-70.

⁽¹⁸⁾ K.A. ELLIOTT, R.B. FREEMAN, *Can Labor Standards Improve under Globalization?*, Institute for International Economics, Washington, 2003; G. STANDING, *Global Governance. The Democratic Mirage?*, in *Development and Change*, 2004, n. 35/5, 1065-1072.

⁽¹⁹⁾ P. CAMMACK, *The Governance of Global Capitalism. A New Materialist Perspective*, in R. WILKINSON (ed.), *The Global Governance Reader*, Routledge, London, 2005, 156-173; N. CHOREV, *The Institutional Project of Neo-liberal Globalism. The Case of the WTO*, in *Theory and Society*, 2005, n. 34, 317-355; R.D. GERMAIN, *Reforming the International Financial Architecture. The New Political Agenda*, in R. WILKINSON, S. HUGHES (eds.), *Global Governance, Critical Perspectives*, Routledge, London, 2002, 17-35.

⁽²⁰⁾ J. STIGLITZ, *Globalization and its Discontents*, Allen Lane, London, 2002.

⁽²¹⁾ M. PANIĆ, *A New Bretton Woods?*, in J. MICHIE (ed.), *The Handbook of Globalisation*, Edward Elgar, Cheltenham, 2003, 370-82; J. TOYE, *The International Monetary Fund and the World Bank*, in J. MICHIE (ed.), *op. cit.*, 358-369.

di *governance* difficilmente gestibile a causa delle dimensioni, e le posizioni sono spesso polarizzate, come è evidente dallo stallo in un numero di recenti tentativi di ottenere un'ulteriore liberalizzazione del commercio. Separata dal sistema ONU è pure l'OECD, il cui predecessore fu istituito nel 1948. Oggi include circa 30 dei Paesi più ricchi del mondo, e sebbene possieda meno poteri formali rispetto alle istituzioni ONU è spesso considerata come un veicolo di «*soft law*»; come si ricava dalla sua stessa descrizione «dà vita a strumenti internazionalmente pattuiti, a decisioni e raccomandazioni per promuovere le regole del gioco in aree dove il consenso multilaterale è necessario per i singoli Paesi al fine di progredire in un'economia globalizzata». L'OECD è degna di nota in quanto possiede un elemento di tripartitismo nella *governance*, con *Advisory Committee* rappresentanti sia i datori di lavoro che i sindacati. Il Trade Union Advisory Committee – TUAC (Comitato Consultivo Sindacale) è indipendente dalla Confederazione Internazionale dei Sindacati (CIS) ma lavora strettamente con quest'ultima.

L'economia internazionale è, inevitabilmente, fortemente influenzata dalle politiche dei suoi attori più influenti; e a partire dal collasso dell'impero sovietico, questo ha fatto assumere agli Stati Uniti un ruolo egemonico nel funzionamento delle IFI, accelerando la liberalizzazione del commercio, sia di beni che di servizi, nonché la liberalizzazione dei flussi transnazionali di fondi ed investimenti. In altre parole, queste dinamiche descritte con il termine di globalizzazione, ed il loro impatto sulle condizioni di lavoro a livello nazionale, sono in larga misura il prodotto delle politiche delle IFI e di quegli Stati-Nazione che dominano la loro *governance*.

3.2. L'International Organisation of Employers – IOE (Organizzazione Internazionale dei Datori di Lavoro), costituita nel 1920 in seguito all'istituzione dell'ILO⁽²²⁾, rappresenta gli interessi dei datori di lavoro in seno all'ILO ed al sistema ONU nel complesso. Comprende associazioni nazionali in circa 140 Paesi e coopera con una molteplicità di organizzazioni regionali ed anche con il Business and Industry Advisory Committee (BIAC) presso l'OECD. Un altro organismo influente è la Camera di Commercio Internazionale (CCI), istituita nel 1919. È un forte sostenitore del neoliberismo. Sebbene difetti della legittimazione come «parte sociale» goduta dall'IOE, le è stato attribuito un ruolo significativo in seno al sistema ONU⁽²³⁾. Numerose organizzazioni rappresentano inoltre gli interessi dei datori di lavoro in singole industrie e singoli settori.

Un motivo per il basso profilo delle organizzazioni internazionali dei datori di lavoro è da ricercare nel fatto che i singoli datori sono di per sé importanti attori internazionali, specialmente, ma non esclusivamente, qualora si tratti di grandi imprese multinazionali. È spesso ritenuto che agiscano con maggior potere ed autonomia a livello internazionale rispetto a molti Governi nazionali, ed esercitino un'influenza significativa sulle azioni di tali Governi. Per esempio, Balanyá e altri rilevano che più di 200 società hanno uffici per gli affari europei a Bruxelles,

⁽²²⁾ J. ROJOT, *International Collective Bargaining*, in M.J. MORLEY, P. GUNNIGLE, D.G. COLLINGS (eds.), *Global Industrial Relations*, Routledge, London, 2006, 254-272.

⁽²³⁾ D. KELLY, *The International Chamber of Commerce*, in *New Political Economy*, 2005, n. 10/2, 259-271.

insieme a circa 500 gruppi di *corporate lobby* ⁽²⁴⁾. Vi è una statistica molto citata secondo la quale appena più della metà delle 100 entità economiche più grandi esistenti al mondo sono imprese multinazionali, non Stati nazionali ⁽²⁵⁾. La crescita di fusioni ed acquisizioni (facilitata dalla liberalizzazione delle regole in tema di *takeover*, ovvero fusioni) ha accelerato questa tendenza.

Le imprese multinazionali non sono *embedded*, cioè «incluse» nelle norme e nelle istituzioni della maggior parte dei Paesi in cui operano; spesso assicurano la frequente mobilità di figure manageriali chiave per evitare che costoro corrano il pericolo di assimilarsi in maniera eccessiva alla cultura locale, ed hanno la capacità di perseguire strategie internazionali, mentre la maggior parte dei sindacati ed altre istituzioni rappresentative dei lavoratori sono legate ad una Nazione. Molti autori ritengono che il loro predominio nell'economia globale, non solo nelle industrie manifatturiere ma anche, in modo crescente, nel settore dei servizi, indebolisca sia la coerenza pratica che quella teorica dei sistemi nazionali di relazioni industriali ⁽²⁶⁾. Alcuni importanti sindacalisti internazionali – per esempio Fimmen ⁽²⁷⁾ e Levinson ⁽²⁸⁾ – considerano da tempo le imprese multinazionali come una grave minaccia. Secondo alcuni autori contemporanei, queste esercitano un'irresistibile pressione verso il basso sulla regolazione nazionale del lavoro attraverso la loro capacità di spostare la produzione verso località a basso costo e con debole regolazione ⁽²⁹⁾. Altri ritengono che vi sono siano poche prove del fatto che le imprese multinazionali diano priorità, nelle loro decisioni di investimento, al basso costo del lavoro: vogliono una forza-lavoro produttiva ed efficiente, e necessitano inoltre di infrastrutture, di un possibile accesso ai mercati locali, così come di stabilità politica e sicuri diritti proprietari – tutti fattori tipicamente associati a Paesi con norme di tutela del lavoro avanzati. Tuttavia, vi è prova convincente del fatto che le imprese multinazionali trasferiscano attività ad alta intensità di lavoro, a basso valore aggiunto, verso Paesi a basso salario; e sebbene vi siano poche prove del fatto che cessino attività esistenti per muoversi verso siti a basso salario (cosa che in alcuni settori economici è difficile), possono ben *minacciare* con successo di farlo in modo da forzare i lavoratori ed i loro sindacati ad accordare concessioni sui salari e le prassi lavorative.

3.3. I sindacati nazionali, generalmente quelli stabiliti nei Paesi più ricchi o in quelli con il tasso di sindacalizzazione più elevato, sono talvolta importanti attori a livello internazionale, ma sono gli organismi sindacali attivi a livello internazionale che svolgono la maggior parte dell'azione sindacale e del *policy-making*

⁽²⁴⁾ B. BALANYÁ, A. DOHERTY, O. HOEDEMAN, A. MA'ANIT, E. WESSELIUS, *Europe Inc.*, Pluto Press, London, 2003, 2ª ed., 3.

⁽²⁵⁾ N. HERTZ, *The Silent Takeover: Global Capitalism and the Death of Democracy*, Heinemann, London, 2001.

⁽²⁶⁾ H. KATZ, O. DARBISHIRE, *Converging Divergences: Worldwide Changes in Employment Systems*, ILR Press, Ithaca, 2000.

⁽²⁷⁾ E. FIMMEN, *Labour's Alternative. The United States of Europe or Europe Limited*, Labour Publishing Co., London, 1924.

⁽²⁸⁾ C. LEVINSON, *Capitalism, Inflation and the Multinationals*, Allen & Unwin, London, 1971; ID., *International Trade Unionism*, Allen & Unwin, London, 1972.

⁽²⁹⁾ J. GRAY, *False Dawn. The Delusions of Global Capitalism*, Granta, London, 1998.

a livello internazionale. Queste organizzazioni possono essere classificate per *struttura, copertura geografica ed ideologia*.

A seconda della *struttura*, possiamo distinguere tra organizzazioni basate sui *settori industriali* e quelle basate sui *centri nazionali*. Le più remote internazionali sindacali più risalenti, fondate alla fine del XIX secolo, erano organizzate per ramo d'industria, divenendo note come Segretariati Professionali Internazionali (SPI), cui recentemente è stato dato il nuovo nome di Federazioni Sindacali Globali (FSG). Il primo organismo inter-settoriale fu fondato nel 1901 e ricostituito come Federazione Sindacale Internazionale (FSI) nel 1913. Si elaborò una *divisione del lavoro*, con i SPI concentrati sul lavoro pratico di organizzazione e di solidarietà all'interno dei loro settori, e le confederazioni di centri nazionali che affrontavano questioni politiche più ampie⁽³⁰⁾.

Da un punto di vista *geografico*, possiamo distinguere tra organismi *regionali* ed organismi *globali*. Le prime organizzazioni internazionali garantivano una copertura quasi esclusivamente europea, ed il loro peso, derivante dal numero degli iscritti e dalle risorse finanziarie, ha sempre assicurato una forte influenza europea nel sindacalismo mondiale. Dopo la Seconda guerra mondiale, la decolonizzazione ha dato impulso alla creazione di organizzazioni sindacali regionali nel resto del mondo. La frattura nel sindacalismo internazionale nel 1949 ha rinforzato questa tendenza, quando le tre confederazioni erano in competizione per acquisire nuovi iscritti da un capo all'altro del globo. Dagli anni Cinquanta, il processo di integrazione europea ha portato all'instaurazione di formali strutture sindacali regionali in Europa.

Le divisioni *ideologiche* hanno ricevuto l'attenzione maggiore negli studi sul sindacalismo internazionale. La FSI comprendeva principalmente i sindacati con orientamento socialdemocratico, assieme ad affiliati con orientamento più *business unionist* nel Regno Unito e negli Stati Uniti. Dopo il 1920 ha fronteggiato due rivali di dimensioni più ridotte, la Confederazione Internazionale dei Sindacati Cristiani (CISC), a prevalenza cattolica, e la Internazionale Sindacale Rossa, di stampo comunista. Una nuova organizzazione globale, la Federazione Sindacale Mondiale (FSM), fu fondata come confederazione unitaria nel 1945, ma non incluse mai i sindacati cristiani. Nel 1949, la maggior parte degli affiliati non comunisti si resero indipendenti per formare la Confederazione Internazionale Sindacati Liberi (CISL). Nel 1968 la CISC si «deconfessionalizzò» e divenne la Federazione Mondiale del Lavoro (FML). Nel frattempo la FSM, composta principalmente dai centri nazionali dei Paesi comunisti e/o in via di sviluppo, perse rapidamente iscritti con l'ascesa dell'«Eurocomunismo», seguita dalla caduta del muro di Berlino nel 1989.

Le differenze ideologiche restano importanti nonostante la fondazione, alla fine del 2006, di una nuova organizzazione unitaria, la CIS, che accorpa la CISL e la FML, assieme ad un numero di centri indipendenti, alcuni dei quali apparteneva-

⁽³⁰⁾ B. REINALDA, *The ITF in the Context of International Trade Unionism*, in B. REINALDA (ed.), *The International Transportworkers' Federation 1914-1945. The Edo Fimmen Era*, IISG, Amsterdam 1997; G. VAN GOETHEM, *Conflicting Interests. The International Federation of Trade Unions (1919-1945)*, in A. CAREW, M. DREYFUS, G. VAN GOETHEM, R. GUMBRELL-MCCORMICK, M. VAN DER LINDEN, *The International Confederation of Free Trade Unions*, Peter Lang, Bern, 2000.

no in precedenza alla FSM. È degno di nota il fatto che la frattura nella FSM nel 1949 rifletteva *sia* uno scontro politico tra comunisti ed anticomunisti, *che* un conflitto in merito al progetto di sottoporre i SPI al controllo della Confederazione⁽³¹⁾. In seno alla nuova Confederazione Internazionale dei Sindacati, gli attriti ideologici si sovrappongono a quelli regionali, prevalentemente attinenti al problema se i sindacati latino-americani debbano godere di autonomia regionale o essere parte di una più ampia struttura pan-americana in cui i sindacati statunitensi eserciterebbero maggiore influenza.

3.4. Vi è una crescente letteratura sul ruolo della «società civile», dei «movimenti sociali» o delle ONG come una quarta categoria di attore delle relazioni industriali⁽³²⁾. Tali organismi sono particolarmente importanti al livello internazionale delle relazioni industriali, dove si può dire che alcune ONG abbiano acquisito un impatto maggiore che le organizzazioni sindacali o dei datori di lavoro⁽³³⁾. Ci occupiamo in questa sede delle ONG impegnate nell'area delle relazioni industriali, come le relativamente *worker-oriented* War on Want, Amnesty e Oxfam, istituzioni benefiche di orientamento religioso ed organismi di sviluppo. Alcune ONG possono essere considerate più *employer-oriented*, votate alla Responsabilità Sociale d'impresa (RSI) ed a temi correlati. Anche altre, non specificamente finalizzate alle questioni del lavoro, hanno un impatto in quest'area, come le ONG femministe o legate a temi ambientali⁽³⁴⁾.

Molta letteratura recente afferma che le ONG sono in grado di condurre più energicamente ed efficacemente dei sindacati una campagna contro l'impatto sfavorevole della globalizzazione neoliberale sull'occupazione e sul lavoro. Molti ritengono che, in maniera crescente, è verosimile che gli individui definiscano se stessi in una pluralità di modi – come consumatori, cittadini, donne o iscritti ad altri gruppi particolari – piuttosto che nei termini del loro ruolo nel processo produttivo⁽³⁵⁾. La maggior parte delle democrazie ha assistito ad un declino di partecipazione ed attivismo in seno ai sindacati ed ai partiti politici, e ad un ruolo crescente dei gruppi focalizzati su «un'unica tematica sociale» e dei gruppi «di pressione»⁽³⁶⁾. Molti di questi movimenti hanno a che fare direttamente od indirettamente con questioni attinenti alle relazioni industriali.

Waterman ritiene che le internazionali sindacali siano divenute «istituzionalizzate» e siano state catturate dalle istituzioni ufficiali le cui politiche esse cercano di influenzare⁽³⁷⁾. Occorre trascendere le delimitazioni organizzative e le procedure amministrative in modo da creare un «nuovo» internazionalismo del lavoro entro cui i movimenti sociali giocano giochino un ruolo pari. Tuttavia, i rappresentanti

⁽³¹⁾ D. MACSHANE, *International Labour and the Origins of the Cold War*, Clarendon, Oxford, 1992.

⁽³²⁾ E. HEERY, C. FREGE, *New Actors in Industrial Relations*, in *British Journal of Industrial Relations*, 2006, n. 44/4, 601-604.

⁽³³⁾ K.A. ELLIOTT, R.B. FREEMAN, *op. cit.*

⁽³⁴⁾ C. COCKBURN, *Gender in an International Space: Trade Union Women as European Social Actor*, in *Women's Studies International Forum*, 1997, n. 20(4), 459-470; P. WATERMAN, *Globalization, Social Movements and the New Internationalisms*, Mansell, London, 1998.

⁽³⁵⁾ R. MUNCK, *Globalisation and Labour. The New «Great Transformation»*, Zed, London 2002.

⁽³⁶⁾ M. KOENIG-ARCHIBUGI, *Global Governance*, in J. MICHIE (ed.), *op. cit.*, 318-330.

⁽³⁷⁾ P. WATERMAN, *op. cit.*

ufficiali dei sindacati tipicamente replicano che le ONG ed i movimenti sociali, sia operanti a livello nazionale che internazionale, sono spesso di piccole dimensioni e non rappresentativi, e difettano della stabilità, dell'*accountability* e della trasparenza dei sindacati e dei partiti politici. Ora, molte ONG posseggono in realtà strutture rappresentative più trasparenti ed una maggiore *accountability*. Un buon esempio è Amnesty International, che ha giocato un ruolo significativo nel mettere in luce gli abusi dei diritti umani e sociali, perpetrati sia all'interno di Nazioni che a livello internazionale. Ha spesso cooperato con gli organi dell'ONU, con la Confederazione Internazionale Sindacati Liberi (CISL) e con altri organismi sindacali⁽³⁸⁾. Più in generale, è chiaro che i movimenti sociali sono stati importanti nello spostare l'agenda dei sindacati internazionali verso un'attenzione più seria a questioni come l'eguaglianza di genere, il lavoro a domicilio ed il «settore informale» più in generale. Significativamente, alla Self Employed Women's Association, un'organizzazione indiana con un ruolo ambivalente come sindacato ed ONG attivista, è stato accordato uno spazio al congresso di fondazione della CIS.

In questo modo, possiamo assistere ad una crescente riconciliazione tra il sindacalismo internazionale e le ONG internazionali come attori in una «società civile globale»⁽³⁹⁾. Ciò può essere osservato, per esempio, nell'esperienza dell'annuale World Social Forum convocato per la prima volta, principalmente da parte di ONG del Terzo Mondo, a Porto Alegre, Brasile, nel 2001 come un movimento per la «globalizzazione dal basso»⁽⁴⁰⁾. Inizialmente le organizzazioni sindacali ufficiali si sono mantenute largamente indifferenti, ma sono divenute sempre più partecipanti attivi; lo stesso può dirsi dello European Social Forum, tenutosi per la prima volta a Firenze nel 2002.

3.5. Alcuni critici della tesi della globalizzazione sottolineano che la caratteristica più rilevante della ristrutturazione economica internazionale è stata l'intensificazione delle relazioni commerciali e dell'attività aziendale entro blocchi *regionali*. Pochi di questi blocchi hanno un'esplicita competenza in tema di relazioni industriali, anche se il loro ruolo nella liberalizzazione del commercio ha ovvie conseguenze sulle stesse. Il North American Free Trade Area – NAFTA (Accordo Nordamericano di Libero Scambio), come il suo nome indica, è essenzialmente una zona di libero commercio: la sua funzione principale è di eliminare gli ostacoli transnazionali al commercio ed agli investimenti. Ha una minima «dimensione sociale» (gli «accordi collaterali» sulle norme per la tutela dei lavoratori e dell'ambiente) e non instaura istituzioni sovranazionali di rilievo, con l'importante eccezione del meccanismo di *dispute adjudication*, ovvero della risoluzione delle controversie. La Asia-Pacific Economic Cooperation – APEC

⁽³⁸⁾ R. GUMBRELL-MCCORMICK, *Facing New Challenges. The International Confederation of Free Trade Unions (1972-1990s)*, in A. CAREW, M. DREYFUS, G. VAN GOETHEM, R. GUMBRELL-MCCORMICK, M. VAN DER LINDEN, *op. cit.*, 454-458.

⁽³⁹⁾ P. WATERMAN, J. TIMMS, *Trade Union Internationalism and a Global Civil Society in the Making*, in H. ANHEIER, M. GLASIUS, M. KALDOR (eds.), *Global Civil Society 2004/5*, Sage, London, 2005, 175-202.

⁽⁴⁰⁾ J. SEN, A. ANAND, A. ESCOBAR, P. WATERMAN (eds.), *World Social Forum: Challenging Empires*, Viveka Foundation, New Delhi, 2004.

(Cooperazione Economica Asia-Pacifico), che raggruppa 21 Paesi situati nel o che si affacciano sulle sponde del Pacifico, è un'organizzazione meramente intergovernativa non dotata di poteri indipendenti. I suoi membri coincidono in parte con quelli dell'Association of Southeast Asian Nations – ASEAN (Associazione delle Nazioni del Sud-Est Asiatico), comprendente 10 Paesi del Sud-Est Asiatico, che è ideata per incoraggiare il commercio, ma anche il coordinamento delle politiche sociali (incluse quelle del lavoro). Ha pochi poteri sovranazionali effettivi. Vi è anche una molteplicità di blocchi commerciali in America Latina (MERCOSUR), Africa e Medio Oriente.

L'unica entità regionale con un ruolo sostanziale nel campo delle relazioni industriali si trova in Europa. La Comunità Economica Europea, creata con 6 Stati membri nel 1957, si è trasformata nell'attuale Unione Europea con 27 Stati membri. Da un certo punto di vista costituisce un'area di libero commercio, poggiante sul principio della libera circolazione di beni e servizi, capitale e lavoro. Ora, a differenza della NAFTA, è qualcosa in più che un «comune mercato»: ha un'elaborata cornice politico-istituzionale, anche se difetta degli attributi chiave degli Stati nazionali, con i poteri di Governo divisi tra la Commissione, nominata per un periodo di 5 anni, ed il Consiglio, comprendente i Ministri di ognuno degli Stati membri. Vi è un Parlamento, anche se con poteri affievoliti rispetto agli organi legislativi nazionali, una Corte Suprema (la Corte di Giustizia delle Comunità Europee) e la Banca Centrale Europea, che controlla in larga misura la politica monetaria. L'integrazione economica è accompagnata da una «dimensione sociale», e la competenza legislativa dell'UE in materia di regolazione delle questioni attinenti al lavoro si è considerevolmente accresciuta nel tempo. Ciò ha avuto un impatto notevole sulle relazioni industriali nel Regno Unito, per esempio dando impulso alla legislazione su questioni come le pari opportunità, l'orario di lavoro, l'informazione e la consultazione. Tratteremo la regolazione europea del lavoro in maggior dettaglio nel prosieguo.

Due organizzazioni dei datori di lavoro hanno un importante ruolo formale nella *policy-making* e nella legislazione europea. La Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe – UNICE (Confederazione dell'Industria Europea, ora BUSINESSEUROPE) fu fondata nel 1958; comprende confederazioni nazionali del commercio e dei datori di lavoro ed è tanto (o più) interessata alle questioni del commercio e dello scambio quanto al lavoro. L'UNICE si oppone alla regolazione sociale, e le sue affiliate nazionali sono spesso riluttanti a conferire mandato di negoziazione. Il Centre Européen des Entreprises à Participation Publique – CEEP (Centro Europeo delle Imprese a Partecipazione Pubblica) include imprese pubbliche ed ha mostrato maggior sostegno alla dimensione sociale dell'integrazione europea di quanto abbia mostrato l'UNICE. Ci sono anche organismi rappresentativi di imprese commerciali e del settore della piccola impresa.

Dal lato sindacale, si riscontra soltanto un attore principale, la European Trade Union Confederation – ETUC (Confederazione Europea dei Sindacati). Fondata nel 1973 da affiliate della Confederazione Internazionale Sindacati Liberi (CISL), ammise presto i principali membri europei della FML, e successivamente fu concesso a tutte le principali confederazioni (ex) comuniste di divenirne parte. Ha una struttura doppia, comprendente le confederazioni nazionali e le confede-

razioni europee dell'industria; pertanto i sindacati nazionali hanno un doppio canale di rappresentanza. Essa comprende la grande maggioranza dei lavoratori sindacalizzati nei Paesi dell'Unione Europea, e negli anni Novanta ha ammesso associati dell'Europa dell'Est. È fortemente a favore di un'intensificazione della regolazione sociale a livello dell'UE; ma si può dire che vi sia un difetto di consenso interno in merito a cosa, e come, regolare. È interessante notare che la E-TUC ha sostituito le precedenti strutture europee della CISL e pertanto si è sottratta all'autorità dell'organizzazione globale; mantiene la sua autonomia nonostante la creazione della nuova CIS.

L'idea che i sindacati e le organizzazioni dei datori di lavoro siano «partner sociali» è diffusa nella maggior parte dei Paesi europei. Ciò non significa necessariamente che sindacati e datori di lavoro cooperano in uno spirito di mutua amicizia; significa, piuttosto, che le organizzazioni del capitale e del lavoro sono «parti» dello Stato nella formulazione e nell'amministrazione della politica sociale. Questa concezione è riflessa a livello dell'UE nella creazione di ciò che è ora il Comitato Economico e Sociale Europeo (CESE), che rappresenta una vasta molteplicità di gruppi d'interesse economico ma con poca influenza e alcun potere reale.

Il concetto di «dialogo sociale» fu ideato, e fortemente promosso, dalla Commissione nel periodo antecedente il Mercato Unico del 1992 e l'Unione Economica e Monetaria che fu avviata dal Trattato di Maastricht del 1991. La «Costituzione» dell'UE stabilisce che la Commissione deve sforzarsi al fine di promuovere «il dialogo fra le parti sociali a livello comunitario (che) può condurre, se queste lo desiderano, a relazioni contrattuali, ivi compresi accordi»⁽⁴¹⁾. Maastricht ha incrementato il ruolo delle parti sociali: non solo ad esse viene garantito un momento di consultazione durante la formulazione delle proposte legislative della Commissione, ma le stesse hanno anche acquisito un nuovo diritto che li legittima ad optare per la regolazione di una questione per mezzo di accordi a livello europeo. Parte della legislazione europea è stata infatti adottata seguendo questo iter.

4. Vi è una tesi autorevole nelle relazioni industriali (per la prima volta esposta da Commons nel 1909)⁽⁴²⁾ secondo cui l'espansione dei mercati dei prodotti si risolve in una parallela estensione della regolazione del lavoro. Ora, ciò non accade mai automaticamente: è necessario che gli attori interessati considerino la regolazione di livello superiore (nel nostro caso, internazionale) nel loro reciproco interesse, o che coloro i quali supportano tale estensione abbiano il potere di imporre la loro volontà. Pertanto è necessario esaminare lo *scopo* o la *ragione* delle azioni dei fondamentali attori internazionali. Molta della letteratura che affronta tale questione adotta un approccio di scelta razionale, anche se ciò ha seri limiti. Possiamo anche distinguere tra prospettive «*bottom-up*» e «*top-down*». In base alla prima, ci si chiede perché gli attori nazionali acconsentano a trasferire

⁽⁴¹⁾ Cfr. *Versione consolidata del Trattato che istituisce la Comunità Europea*, art. 139 (ex art. 118 B), punto 1, in *GUUE*, 29 dicembre 2006.

⁽⁴²⁾ J.R. COMMONS, *American Shoemakers, 1648-1895. A Sketch of Industrial Evolution*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1909, n. 24/1, 39-84.

parte della loro sovranità ad organismi sovranazionali; la seconda, partendo dal presupposto che tali organismi *esistono*, indaga su come l'*interesse istituzionale* possa spingere coloro i quali li gestiscono ad espandere la loro autorità e competenza. Questo è stato un tema importante nella letteratura sulla *governance* europea. La letteratura sul livello internazionale delle relazioni industriali si concentra prevalentemente sul sindacalismo. La discussione che segue riflette questo dato, ma prima considereremo le altre parti.

I Governi possono partecipare ad organismi intergovernativi per ragioni difensive o positive e costruttive (come si vedrà, una distinzione simile si applica agli altri attori). Molti accordi e agenzie internazionali sono stati pensati per impedire le conseguenze distruttive del perseguimento non regolato di interessi nazionali privi di regole: dalla guerra, al riscaldamento globale, a barriere tariffarie di ritorsione. Altri possono essere destinati a facilitare obiettivi comunemente voluti che i singoli Stati non sono in grado di conseguire, o addirittura a stabilire un «nuovo ordine mondiale» – un obiettivo proclamato alla fine di entrambe le Guerre mondiali (e reiterato in seguito al crollo del comunismo). All'ILO, ed all'intero sistema ONU, furono esplicitamente assegnati tali finalità ideali.

Un'opinione comune ritiene che la predisposizione tendenza della regolazione economica internazionale sia negativa (ridurre o rimuovere le barriere al commercio transnazionale ed ai movimenti finanziari), mentre la tendenza della regolazione del lavoro sarebbe positiva (migliorare delle condizioni della vita lavorativa). Scharpf fa riferimento ad una tensione tra questi due aspetti della integrazione europea⁽⁴³⁾; nella sua visione la dinamica negativa della liberalizzazione del mercato è prevalsa sull'obiettivo positivo di crescente armonizzazione delle condizioni di lavoro. Molti di coloro che sono critici della globalizzazione hanno un convincimento simile: un progetto neoliberale di eliminazione delle barriere al commercio ed agli investimenti internazionali è antagonistico rispetto alla creazione di nuovi standard internazionali di lavoro ed anzi implica l'indebolimento di quelli che attualmente esistono a livello nazionale. Un distinguo, piuttosto differente rispetto a tale visione, è proposto da Langille⁽⁴⁴⁾, che mette in contrasto una visione negativa degli standard internazionali del lavoro come difesa contro una corsa verso il basso, con una concezione positiva degli standard elevati come economicamente produttivi. Il conflitto tra queste due prospettive è centrale in larga parte del dibattito scientifico ed attinente la politica pubblica.

Data l'alquanto limitata attenzione scientifica dedicata alle organizzazioni internazionali dei datori di lavoro (in parte a causa della limitata trasparenza delle loro operazioni) è impossibile analizzare le loro ragioni in dettaglio. Si dovrebbe anche constatare che molti di questi organismi sono essenzialmente rappresentanti degli interessi commerciali delle società ed hanno un interesse unicamente sussidiario per le questioni attinenti le relazioni industriali. Spesso la loro funzione sembra negativa, nel senso che si oppongono a progetti di regolazione transnazionale, o almeno a quelli visti come una minaccia agli interessi datoriali. Invero, dovremmo constatare che i rappresentanti dei datori di lavoro possono essere

⁽⁴³⁾ F. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

⁽⁴⁴⁾ B. LANGILLE, *op. cit.*

mossi dalle visioni più positive sopra indicate, e che possono anche assorbire la cultura progressista di organismi come l'ILO. In aggiunta, le organizzazioni imprenditoriali di settore – nell'industria marittima, per esempio – possono essere fortemente motivate dalla necessità di stabilire regole del gioco essenziali affinché le industrie internazionali prosperino.

È molto probabile che la scelta dei sindacati per l'internazionalismo sia dovuta a ragioni positive, idealistiche. Gli scettici sostengono che interessi più «terreni» abbiano tipicamente represso progetti puramente idealistici di solidarietà internazionale, e che le reali fondamenta del sindacalismo internazionale siano più pragmatiche. Ciò che divide la maggior parte degli analisti, comunque, è se questi interessi siano fondamentalmente *economici* o *politici*.

L'approccio dell'*interesse economico* ha preso molte forme. Fimmen, scrivendo ai primordi della «globalizzazione», credeva che i sindacati si sarebbero organizzati a livello internazionale, in quanto lo sviluppo del capitalismo li avrebbe a ciò obbligati⁽⁴⁵⁾. Logue, in un saggio estremamente influente tra gli studiosi del movimento sindacale internazionale, vedeva i sindacati come organizzazioni rappresentanti gli interessi economici a breve termine dei loro iscritti⁽⁴⁶⁾. In maniera più sottile, Ramsay e Haworth hanno osservato in dettaglio l'evoluzione dei modelli di proprietà e controllo delle singole società ed i settori industriali, esaminando i vari interessi dei lavoratori in diversi settori ed in periodi differenti⁽⁴⁷⁾. Anner e altri sostengono che i contrasti nella forma e nel grado di solidarietà sindacale transnazionale nei settori navale, tessile ed automobilistico possano essere spiegati con le differenze nell'organizzazione della produzione e nel prodotto e con la concorrenza nel mercato del lavoro⁽⁴⁸⁾. Invero, ciò non spiega perché i lavoratori, come i tipografi, che erano certamente non esposti alla concorrenza internazionale, siano stati tra i pionieri del sindacalismo internazionale⁽⁴⁹⁾.

L'*interesse politico* è stato ritenuto da molti studiosi del movimento sindacale come la motivazione primaria dell'azione sindacale internazionale. Gli studi del movimento sindacale internazionale nel dopoguerra si sono concentrati o sulle motivazioni degli stessi dirigenti sindacali, scaturenti dalle loro convinzioni ideo-

⁽⁴⁵⁾ E. FIMMEN, *op. cit.*

⁽⁴⁶⁾ J. LOGUE, *Toward a Theory of Trade Union Internationalism*, University of Gothenburg, Gothenburg, 1980.

⁽⁴⁷⁾ N. HAWORTH, H. RAMSAY, *Matching the Multinationals: Obstacles to International Trade Unionism*, in *International Journal of Sociology and Social Policy*, 1986, n. 6/2, 55-82; N. HAWORTH, H. RAMSAY, *Workers of the World United: International Capital and Some Dilemmas in Industrial Democracy*, in R. SOUTHALL (ed.), *Trade Unions and the New Industrialisation of the Third World*, Zed, London, 1988, 308-321; H. RAMSAY, *Solidarity at Last? International Trade Unionism Approaching the Millennium*, in *Economic and Industrial Democracy*, 1997, n. 18/4, 503-537; ID., *In Search of International Union Theory*, in J. WADDINGTON (ed.), *Globalization and Patterns of Labour Resistance*, Mansell, London, 1999.

⁽⁴⁸⁾ M. ANNER, I. GREER, M. HAUPTMEIER, N. LILLIE, N. WINCHESTER, *The Industrial Determinants of Transnational Solidarity: Global Inter-Union Politics in Three Sectors*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2006, n. 12(1), 7-27.

⁽⁴⁹⁾ M. VAN DER LINDEN, *Conclusion. The Past and Future of International Trade Unionism*, in A. CAREW, M. DREYFUS, G. VAN GOETHEM, R. GUMBRELL-McCORMICK, M. VAN DER LINDEN, *op. cit.*, 2000, 526-527.

logiche o dall'esperienza vissuta in guerra ⁽⁵⁰⁾, o sulle motivazioni dei governi, spiegando il loro sostegno alle attività dei sindacati internazionali ⁽⁵¹⁾. La maggior parte del dibattito su questo tema si è svolta tra coloro i quali vedono il *labour* come uno strumento inconsapevole dei poteri forti e coloro i quali lo vedono come un attore volontario, addirittura un iniziatore della Guerra Fredda. Lo studio di Wedin sulla CISL nei primi anni Sessanta spicca per il suo ritratto della complessa interdipendenza tra *leader* politici e sindacali ed interessi ⁽⁵²⁾. Mentre la natura del dibattito è ideologica, la ricerca empirica, come lo studio di Carew sul *labour* durante il *piano Marshall* ⁽⁵³⁾, ha mostrato la sottile compenetrazione di élite politiche e sindacali nella realtà del dopoguerra, ed il grado fin cui i valori, e pertanto la percezione dell'interesse dei *leader*, sono stati interconnessi. Qui possiamo fare menzione dell'opinione di Hyman secondo cui la logica politica sembra al meglio spiegare lo sviluppo del sindacalismo internazionale a livello trans-settoriale, mentre una logica più economica è riflessa nella storia delle organizzazioni industriali ⁽⁵⁴⁾.

Una terza considerazione riguarda l'*interesse istituzionale*, secondo il quale i sindacati (o i loro leader) cercano di difendere i loro interessi come istituzioni. Mentre è comprensibile che i leader delle organizzazioni sindacali internazionali cerchino di proteggere il loro interesse istituzionale, perché i centri nazionali sentono il bisogno di sostenerle? La risposta a tale quesito è di solito collegata alla protezione dell'interesse politico, per mezzo del quale piccole élite, che hanno il controllo dei centri nazionali, cercano di mantenere il loro controllo sulla sfera internazionale. Possiamo anche menzionare l'analisi di Visser dei fattori di *spinta* ed *attrazione* nell'organizzazione sindacale transnazionale: i sindacati nazionali possono essere «spinti» verso l'attività transnazionale dai fattori previamente menzionati, ma possono essere anche «attratti» dalle opportunità e dalle risorse (assistenza materiale o *status* e legittimazione) disponibili grazie ad un ruolo sulla scena internazionale ⁽⁵⁵⁾. Per esempio, è fatto largamente notare che la Commissione Europea è ansiosa di coltivare interlocutori a livello europeo e pertanto fornisce risorse significative alla ETUC ⁽⁵⁶⁾. Più recentemente, si può aggiungere, pari assistenza è stata fornita ad una pluralità di ONG europee.

Mentre l'*interesse economico, politico ed istituzionale* hanno tutti un qualche valore esplicativo nello studio dello scopo dell'azione e dell'organizzazione a livello internazionale, tutti e tre si trovano di fronte al problema di come gli interessi

⁽⁵⁰⁾ A. CAREW, *Labour under the Marshall Plan*, Manchester University Press, Manchester, 1987; D. MACSHANE, *op. cit.*

⁽⁵¹⁾ J. LOGUE, *op. cit.*; D. THOMSON, R. LARSON, *op. cit.*

⁽⁵²⁾ Å. WEDIN, *International Trade Union Solidarity: ICFTU 1957-1965*, Prisma, Stockholm, 1974.

⁽⁵³⁾ A. CAREW, *op. cit.*

⁽⁵⁴⁾ R. HYMAN, *op. cit.*

⁽⁵⁵⁾ J. VISSER, *Learning to Play. The Europeanisation of Trade Unions*, in P. PASTURE, J. VERBERCKMOES (eds.), *Working-Class Internationalism and the Appeal of National Identity*, Berg, Oxford, 1998, 231-256.

⁽⁵⁶⁾ C. GOBIN, *L'europe syndicale*, Labor, Brussels, 1997; R. HYMAN, *Trade Unions and the Politics of European Integration*, in *Economic and Industrial Democracy*, 2005, n. 26/1, 9-40.

debbano essere identificati, e pertanto corrono il rischio di circolarità⁽⁵⁷⁾. Lorwin, che ha scritto uno dei primi studi sul sindacalismo internazionale⁽⁵⁸⁾, ha adottato un approccio differente concentrandosi sugli sforzi del movimento sindacale internazionale di *regolazione delle relazioni di lavoro a livello internazionale*, attraverso il suo ruolo come componente principale in un *sistema internazionale di relazioni industriali*. Reinalda, sostiene un'opinione simile quando identifica la partecipazione in un sistema internazionale di relazioni industriali come una dimensione al di là della semplice accumulazione di differenti interessi individuali e nazionali⁽⁵⁹⁾.

La *capacità di azione* ed i *mezzi di azione* a disposizione dei sindacati forniscono il più sorprendente contrasto tra livello nazionale ed internazionale. Comunemente si suppone che un sindacato eserciti influenza attraverso la minaccia di ritirare i propri membri dalla forza lavoro; il suo scopo è raggiungere un accordo soddisfacente per i propri affiliati per mezzo della contrattazione collettiva. Questo modello non si applica a molte situazioni nazionali; spesso, azioni, come quella di *lobbying* dell'opinione pubblica e del Governo, assumono maggiore rilevanza. Questa considerazione si applica *a fortiori* all'azione a livello internazionale. Sebbene vi sia stato qualche caso di azione di sciopero internazionale e, più raramente, di contrattazione collettiva internazionale, queste evenienze sono estremamente rare e limitate quanto a raggio d'azione⁽⁶⁰⁾. Persino le possibilità che sono state create per la contrattazione collettiva internazionale a livello europeo sono state circoscritte⁽⁶¹⁾. Le FSG mostrano una maggiore propensione alla contrattazione collettiva, ma, malgrado il loro centro d'attenzione si fissi su questioni attinenti le relazioni industriali, esse sono anche obbligate ad agire politicamente entro un sistema ampiamente internazionale ed intergovernativo.

Né Fimmen né Lorwin hanno considerato la contrattazione collettiva internazionale come imminente, ma Levinson, capo del Segretariato Professionale Internazionale dei chimici, ne ha fatto il centro d'attenzione dei suoi scritti influenti⁽⁶²⁾; e autori come Northrup e Rowan hanno dato una valutazione negativa del sindacalismo internazionale sulla base di tale parametro. Comunque, anche in assenza di una contrattazione collettiva, vi è una potenzialità considerevole per l'azione internazionale di solidarietà, come quella consistente nell'assistenza nelle controversie di lavoro, e per un maggior coordinamento dell'azione, per esempio delle rivendicazioni della contrattazione collettiva nazionale. Lorwin ha operato

⁽⁵⁷⁾ G. DEVIN, *La Confédération internationale des syndicats libres: exploration d'un réseau*, in ID., *Syndicalisme: dimensions internationales*, Editions Européennes ERASME, La Garenne-Colombes, 1990, 72-73.

⁽⁵⁸⁾ L.L. LORWIN, *Labor and Internationalism*, Allen & Unwin, London, 1929.

⁽⁵⁹⁾ B. REINALDA, *op. cit.*, 18-23.

⁽⁶⁰⁾ T. ETTY, K. TUDYKA, *Wereldkoncernraden: Vakbonden en hun «kapitaalgerichte» strategie tegen multinationale ondernemingen*, in T. ETTY, K. TUDYKA, P. RECKMAN (eds.), *Naar een multinationale vakbeweging*, in *Kosmodok*, 1974, n. 7/2, 3-39; H. NORTHRUP, R. ROWAN, *Multinational Collective Bargaining Attempts. The Record, the Cases and the Prospects*, Wharton School, Philadelphia, 1979.

⁽⁶¹⁾ J.E. DØLVIK, *op. cit.*; A. MARTIN, G. ROSS, *In the Line of Fire: The Europeanization of Labor Representation*, in A. MARTIN, G. ROSS ET AL., *The Brave New World of European Labor*, Berghahn, New York, 1999, 312-367; J. VISSER, *Internationalism in European Trade Unions*, in P. PASTURE, J. VERBERCKMOES, H. DE WITTE (eds.), *The Lost Perspective?*, vol. 2, Avebury, Aldershot, 1996, 176-199.

⁽⁶²⁾ Si veda la nota 28.

un interessante confronto di questi strumenti di azione, quando si è riferito ai primi successi nell'impedire che i lavoratori di un Paese fossero assunti come crumiri durante una controversia in atto in un altro Paese come l'«equivalente internazionale del picchettaggio»⁽⁶³⁾. Fimmen ha promosso l'organizzazione di boicottaggi internazionali, ma Lorwin ed altri hanno da allora posto in rilievo i limiti di tale forma di azione. Gli scioperi internazionali sono stati addirittura più rari: un esempio significativo è quello della solidarietà dimostrata in tutta Europa ai lavoratori in sciopero della Ford in Belgio e nel Regno Unito nei primi anni Settanta⁽⁶⁴⁾, anche se il fornire assistenza ai lavoratori in sciopero di altri Paesi è stato abbastanza diffuso, accanto al tentativo di esercitare pressione sugli uffici direzionali delle società coinvolte. Il ritenere la contrattazione collettiva una funzione fondamentale del sindacalismo internazionale dimostra il pericolo di false analogie con il sindacalismo nazionale.

La *funzione* ed i *mezzi di azione* delle organizzazioni internazionali sono strettamente correlati al loro scopo. Una delle *funzioni* principali è di rappresentare gli interessi dei sostenitori nazionali a livello mondiale, di fornire una *voce*, sia ai lavoratori che ai datori di lavoro, sia ai cittadini, all'interno degli organismi intergovernativi, e di organizzare e coordinare ogni altra azione che può essere intrapresa nel perseguimento dei loro interessi⁽⁶⁵⁾. L'ultimo punto (quello relativo all'organizzazione ed al coordinamento) è piuttosto differenziato a seconda che si sia in presenza di sindacati o di organizzazioni dei datori. Sebbene i datori agiscano spesso assieme, sia attraverso associazioni commerciali o rappresentative della parte datoriale, sia attraverso raggruppamenti informali, essi hanno molti mezzi di azione a loro disposizione all'interno delle loro imprese e legami politici a livello nazionale o internazionale. I sindacati tendono ad avere meno opportunità.

I sindacati (come le organizzazioni dei datori) fanno fronte a particolari difficoltà a livello internazionale. A livello nazionale, la capacità delle organizzazioni è in definitiva determinata dalla volontà dei membri di agire, dalla coesione interna dell'organizzazione e dalla capacità di risposta alle sollecitudini dei membri. Tale analisi non può applicarsi allo stesso modo al livello internazionale, che è composto da *organizzazioni di organizzazioni*. Mentre l'azione nazionale è fatta dipendere in definitiva dagli iscritti, nella prassi dell'organizzazione internazionale il principale problema riguarda la volontà di azione delle affiliate nazionali, basata sulla loro visione in merito alla legittimazione e rappresentatività dell'organo internazionale e sul loro giudizio riguardo l'opportunità dell'azione proposta. Le rivalità nazionali si sono dimostrate uno degli ostacoli principali all'azione internazionale durante il periodo della Guerra Fredda, particolarmente per i sindacati, ma anche per le organizzazioni dei datori e per le organizzazioni intergovernative⁽⁶⁶⁾. Le differenze tra le organizzazioni nazionali nei Paesi industrializzati ed in

⁽⁶³⁾ L.L. LORWIN, *op. cit.*, 468.

⁽⁶⁴⁾ E. PIEHL, *Gewerkschaftliche Basismobilisierung kontra multinationale Kapitalstrategie: am Beispiel Ford*, in O. JACOBI, W. MÜLLER-JENTSCH, E. SCHMIDT (hrsg.), *Gewerkschaften und Klassenkampf: Kritisches Jahrbuch 1974*, Fischer, Frankfurt, 1974, 235-248.

⁽⁶⁵⁾ G. DEVIN, *op. cit.*

⁽⁶⁶⁾ T. ETTY, *Gewerkschaftliche Weltkonzernausschüsse. Ein Überblick*, in W. OLLE (hrsg.), *Einführung in die internationale Gewerkschaftspolitik*, vol. I, Olle & Wolter, Berlin, 1978, 68-78; E. PIEHL,

via di sviluppo hanno anche creato molti problemi di coesione interna ⁽⁶⁷⁾. L'organizzazione internazionale è chiaramente necessaria per la rappresentanza all'interno delle istituzioni intergovernative, ma solo le organizzazioni internazionali dei lavoratori o dei datori, che sono viste come veramente rappresentative, hanno la legittimazione richiesta e la capacità di sviluppare strategie comuni a partire da interessi disparati.

Un'altra *funzione* fondamentale di ogni organizzazione internazionale è l'informazione e la rappresentanza degli iscritti o dei sostenitori. Di nuovo, i mezzi a disposizione dei datori e dei sindacati sono molto diversi, ma la funzione di per sé è la stessa. Come per la funzione *esterna* discussa sopra – voce e rappresentazione nei confronti di organismi esterni –, questa funzione *interna* – offrire un servizio ed informare i membri – è particolarmente difficoltosa a livello internazionale, a causa delle maggiori difficoltà nella comunicazione, nel raggiungimento della coesione e nella rappresentazione di una pluralità più vasta di interessi quando si copre un'area più estesa del globo. Gli osservatori del movimento sindacale internazionale asseriscono che la sua capacità si è ampliata con l'avvento della moderna tecnologia delle comunicazioni ⁽⁶⁸⁾; è stata usata con grande risultato nel coordinamento di controversie internazionali, come quelle presso l'impresa mineraria internazionale Rio Tinto, ma è spesso impiegata più efficacemente da piccole ONG o ONG che focalizzano su un'unica tematica sociale, rispetto a vaste, eterogenee organizzazioni internazionali. L'accesso libero, e di natura essenzialmente non governabile, ad *internet* crea nuove possibilità di azione internazionale, ma costituisce una sfida per le catene di comunicazione esistenti e per l'autorità entro gli organismi internazionali.

I principali fattori di *effettività* del movimento sindacale internazionale sono stati ben riassunti da Windmuller ⁽⁶⁹⁾: l'importanza della coesione interna, sulla base di ideologia ed obiettivi condivisi; il riconoscimento e la legittimazione da parte dello stesso movimento e da parte di altri attori nel sistema internazionale; l'accesso a strumenti appropriati di azione. Questi fattori si applicano sia alle organizzazioni dei datori, sia ad altri tipi di organizzazione internazionale.

5. I principali attori internazionali formano una rete di relazioni, norme, regole e regolamenti che forniscono la base del sistema internazionale di relazioni industriali. Tuttavia, come dimostrato, gli attori internazionali non sono dotati degli stessi poteri o del senso di legittimazione come gli attori nazionali; il diritto internazionale non è azionabile allo stesso modo di quello nazionale; e gli strumenti principali di azione non sempre sono direttamente comparabili. Comunque, esi-

Multinationale Konzerne und die Zersplitterung der internationalen Gewerkschaftsbewegung, in *Argument-Sonderbände AS2*, 1974, 230-255.

⁽⁶⁷⁾ N. HAWORTH, H. RAMSAY, *Workers of the World United: International Capital and Some Dilemmas in Industrial Democracy*, cit., 311-321; W. OLLE, W. SCHÖLLER, *World Market Competition and Restrictions upon International Trade Union Policies*, in R. BOYD, R. COHEN, P. GUTKIND (eds.), *International Labour and the Third World*, Avebury, Aldershot, 1987, 37-39.

⁽⁶⁸⁾ E. LEE, *Globalization and Labour Standards. A Review of the Issues*, in *International Labour Review*, 1997, n. 136/2, 173-189.

⁽⁶⁹⁾ J.P. WINDMULLER, *International Trade Union Organizations*, in S. BARKIN (ed.), in *International Labor*, Harper & Row, New York, 1967.

ste un sistema internazionale di relazioni industriali con almeno alcuni strumenti di azione ed alcune regole. Nel prosieguo, considereremo tre tipi di regolazione internazionale: il diritto internazionale, comprese le convenzioni delle principali istituzioni intergovernative; le forme volontarie di regolazione, come i codici di condotta; ed accordi-quadro internazionali basati sulla contrattazione collettiva. Questi tre meccanismi insieme danno forma, o almeno influenzano, le operazioni dell'economia internazionale in tutte le aree connesse alle relazioni industriali.

5.1. Anteriormente alla creazione dell'ILO nel 1919, un novero modesto di strumenti giuridici internazionali, adottati dalle principali Nazioni europee, regolava alcuni aspetti della salute e della sicurezza ⁽⁷⁰⁾. Questi strumenti hanno posto il precedente delle norme internazionali nelle questioni attinenti le relazioni industriali, accanto a quelle che regolamentano le azioni degli Stati in tempo di guerra ed altre questioni internazionali, ed hanno segnato un passo importante nello sviluppo del sistema intergovernativo nel complesso. Fin dall'inizio, i ministri dei Governi, ed altri attori delle relazioni industriali, furono coscienti delle difficoltà di assicurare l'attuazione del diritto internazionale da parte degli Stati-Nazione senza interferire con la loro sovranità; per questa ragione, il diritto internazionale richiede generalmente la trasposizione nel diritto nazionale e l'applicazione ad opera delle agenzie governative nazionali. La natura, lo scopo ed i mezzi di applicazione degli strumenti giuridici internazionali sono stati molti discussi dalla dottrina giuridica e delle relazioni industriali ⁽⁷¹⁾.

Non tutti gli strumenti giuridici internazionali devono in questa sede essere oggetto di attenzione: alcune convenzioni ILO hanno natura meramente tecnica o hanno un limitato campo di applicazione, e molti altri strumenti internazionali non hanno alcun collegamento diretto con l'area delle relazioni industriali. I più rilevanti per questa analisi sono rappresentati dal gruppo di convenzioni adottate dall'ILO che hanno acquisito riconoscimento internazionale come essenziali ai fini della protezione dei diritti di origine legale e sociale dei lavoratori e dei loro rappresentanti. Queste convenzioni «fondamentali» sono state per la prima volta identificate al *World Social Summit* a Copenhagen nel 1995 e sono state formalmente adottate nella Dichiarazione ILO sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro ⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ J.T. SHOTWELL (ed.), *op. cit.*, 492-496.

⁽⁷¹⁾ B. LANGILLE, *op. cit.*; N. VALTICOS, *International labour standards and human rights: approaching the year 2000*, in *International Labour Review*, 1998, n. 137/2, 135-147; K.W. WEDDERBURN, *Common Law, Labour Law, Global Law*, in B. HEPPLER (ed.), *Social and Labour Rights in a Global Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 19-54.

⁽⁷²⁾ ILO, *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, 1998, in www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.INDEXPAGE?var_language=EN.

Convenzioni ILO fondamentali.

Convenzione sul lavoro forzato e Convenzione sull'abolizione del lavoro forzato (n. 29, 1930; n. 95, 1957)

Convenzione sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale (n. 87, 1948)

Convenzione sul diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva (n. 98, 1949)

Convenzione sull'uguaglianza di retribuzione fra mano d'opera maschile e mano d'opera femminile per un lavoro di valore uguale e Convenzione sulla discriminazione in materia di impiego e nelle professioni (n. 100, 1951; n. 111, 1958)

Convenzione sull'età minima e Convenzione relativa alla proibizione delle forme peggiori di lavoro minorile (n. 138, 1973; n. 182, 1999)

Queste Convenzioni sono significative, non solo perché sono state riconosciute come «fondamentali» dalla stessa ILO, ma a causa della legittimazione che hanno acquisito presso l'opinione pubblica mondiale. Le stesse costituiscono la base della maggior parte dei codici di condotta volontari adottati da singole società o industrie e sono approvate parimenti dai Governi del nord e del sud del mondo. Inoltre, l'implementazione di queste convenzioni non è considerata come influenzante il vantaggio comparato dei Paesi con bassi costi del lavoro⁽⁷³⁾, come potrebbero altre regolazioni sociali, per esempio attinenti alla salute e sicurezza o al salario di sussistenza.

Come tutte le convenzioni ILO, queste hanno l'efficacia del diritto internazionale e richiedono di essere adottate mediante provvedimenti legislativi da parte di tutti gli Stati membri che le hanno ratificate; ad esse è stato dato ulteriore peso dalla Dichiarazione del 1998, che richiede che gli Stati le osservino indipendentemente dalla formale ratifica. Come per altre convenzioni ILO, i mezzi per assicurarne l'attuazione sono limitati e dipendono per lo più dalla «carota» costituita dall'assistenza tecnica e dal «bastone» della pubblicità negativa, sotto forma di *naming and shaming*. Comunque l'ILO considera una convenzione fondamentale, quella sulla libertà di associazione sindacale (n. 87), così importante da istituire il Comitato per la libertà sindacale nel 1951 per monitorarne l'attuazione, abbiano o meno gli Stati membri provveduto a ratificarla, sulla base delle denunce di infrazione sollevate sia da riconosciuti rappresentanti dei lavoratori o dei datori che da altri Stati. Procedure sono state iniziate contro i Governi in ogni regione del mondo ed hanno spesso condotto a progressi significativi in aree come quella attinente al diritto di organizzazione sindacale (come è successo con il Giappone nel 1973)⁽⁷⁴⁾. Altri Governi sono stati ostracizzati a seguito della condanna ad opera del Comitato, compreso quello cileno guidato da Pinochet, qualche volta contribuendo a cambiamenti in senso democratico.

Altri strumenti giuridici internazionali, all'infuori delle convenzioni ILO, sono rilevanti per i nostri scopi. I più influenti sono costituiti probabilmente dalle linee guida per le imprese multinazionali contenute nella Dichiarazione dell'OECD del

⁽⁷³⁾ K.A. ELLIOTT, R.B. FREEMAN, *op. cit.*, 11-13; W. SENGENBERGER, *op. cit.*

⁽⁷⁴⁾ Cfr. R. GUMBRELL-McCORMICK, *op. cit.*, 434.

1976 sugli investimenti internazionali e le imprese multinazionali ⁽⁷⁵⁾. Queste linee guida, aggiornate nel 2000, permettono agli Stati membri dell'OECD, a riconosciuti rappresentanti sindacali e dei datori di richiedere dei «chiarimenti» in merito alla loro implementazione da parte di singole imprese multinazionali. Un numero di procedure di primo piano è stata presentata nei primi anni dopo la loro adozione, come la denuncia di infrazione inoltrata dal Governo del Belgio contro la società Badger, un'affiliata di una multinazionale statunitense ⁽⁷⁶⁾. Qui anche, lo strumento principale di implementazione è stato il *naming and shaming* e le linee guida sono state ostacolate dall'applicazione ristretta ai soli Stati membri dell'OECD. L'influenza del TUAC ha senza dubbio giocato un ruolo nell'uso di successo di queste linee guida. Anche la CISL ha a lungo esercitato pressione per un'applicazione più generalizzata dei codici di condotta ⁽⁷⁷⁾.

L'inclusione di «clausole sociali» negli accordi sul commercio internazionale non costituisce, in senso stretto, uno strumento giuridico, ma vi si avvicina particolarmente, dal momento che tali clausole richiedono l'attuazione da parte di organizzazioni intergovernative come la WTO, o attraverso accordi internazionali o regionali, come la NAFTA o l'ASEAN. Come per la maggior parte degli strumenti internazionali, le clausole sociali si basano sulle convenzioni ILO fondamentali, ma le modalità di attuazione e di applicazione differiscono. La minaccia di esclusione da un accordo commerciale internazionale è potenzialmente più persuasiva che tutte le sanzioni a disposizione dell'ILO o dell'OECD, ma è anche più controversa e di difficile adozione. Tale concetto, originariamente sorto da un'iniziativa della Federazione Internazionale dei Sindacati Metalmeccanici e della CISL durante i negoziati per la liberalizzazione del commercio nel 1973 ⁽⁷⁸⁾, fu presto preso in considerazione da importanti ONG, sindacati di numerosi Paesi industrializzati e da alcuni Governi socialdemocratici.

Le clausole sociali non erano benvenute, comunque, dalla maggior parte dei Governi dei Paesi in via di sviluppo o dai sindacati di questi Paesi. Il principale oggetto di discordia è stata l'opinione che ritiene la ricerca di norme internazionali di lavoro come «protezionistica» ⁽⁷⁹⁾. La CISL, l'ILO e molte voci in dottrina hanno contestato questo approccio, e Elliott e Freeman hanno fornito prova convincente che il protezionismo non ha costituito una ragione per molti attori, eppure questa disputa ha costituito un potente ostacolo all'adozione delle clausole sociali ⁽⁸⁰⁾. Di conseguenza, una mutevole coalizione di Governi di Paesi in via di sviluppo è sempre riuscita a bloccare l'inserzione di clausole sociali nel GATT e successivamente negli accordi della WTO ⁽⁸¹⁾. Alcune clausole sono state inserite

⁽⁷⁵⁾ Ivi, 392-393; J. MURRAY, *A New Phase in the Regulation of Multinational Enterprises. The Role of the OECD*, in *ILJ*, 2001, n. 30/3, 255-270.

⁽⁷⁶⁾ R. BLANPAIN, *The Badger Case and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Kluwer, Deventer, 1977.

⁽⁷⁷⁾ R.O. KEOHANE, D. VAN OOMS, *The Multinational Firm and International Regulation*, in *International Organization*, 1975, n. 29(1), 169-209, spec. 200.

⁽⁷⁸⁾ R. GUMBRELL-MCCORMICK, *op. cit.*, 508-511.

⁽⁷⁹⁾ R. GUMBRELL-MCCORMICK, *The ICFTU and the World Economy. A Historical Perspective*, in R. MUNCK (ed.), *Labour and Globalisation*, Liverpool University Press, Liverpool, 2004, 44-46; G. TSOGAS, *Labor Regulation in a Global Economy*, M.E. Sharpe, Armonk, 2001.

⁽⁸⁰⁾ K.A. ELLIOTT, R.B. FREEMAN, *op. cit.*, 17-22, 80-83.

⁽⁸¹⁾ G. TSOGAS, *op. cit.*

in accordi regionali, come quelli della NAFTA ⁽⁸²⁾ ed in accordi commerciali esterni dell'UE.

Come prima indicato, l'UE ha un ruolo preminente nell'adozione di norme di lavoro sovranazionali. Uno degli strumenti principali è rappresentato dalla direttiva che, come suggerisce il nome, possiede una maggiore efficacia regolatoria rispetto alla convenzioni ILO: le direttive sono istruzioni indirizzate agli Stati membri, i quali mantengono discrezionalità quanto ai modi di trasposizione nel diritto nazionale. L'UE difetta esplicitamente della competenza ad adottare direttive sui livelli generali di salario o sui diritti sindacali. La regolazione di altri settori del lavoro (eccetto quelli correlati alla salute e sicurezza) richiedeva in precedenza l'unanimità in seno al Consiglio, ma le novelle al Trattato intervenute negli anni Novanta hanno reso possibile, in misura crescente, l'adozione di provvedimenti legislativi a maggioranza qualificata. Prima di allora, la maggior parte delle direttive rifletteva un «minimo comune denominatore» del diritto esistente nell'Europa continentale – anche se il Regno Unito, con la sua tradizione di «volontarismo», era sempre più spesso obbligato ad introdurre modifiche legislative. Dagli anni Novanta vi sono stati sviluppi più sostanziali nel diritto europeo, riguardanti in particolare le pari opportunità di lavoro (attinenti a questioni di genere, razza, disabilità, età ed orientamento sessuale); il trattamento del lavoro atipico; l'orario di lavoro e l'informazione e la consultazione dei lavoratori. L'ultimo ambito ha creato una nuova istituzione delle relazioni industriali, il Comitato Aziendale Europeo, obbligatorio qualora i rappresentanti dei lavoratori ne facciano richiesta in tutte le più grandi imprese multinazionali europee. Vi è oramai una vasta letteratura sull'impatto di questa legislazione ⁽⁸³⁾. L'obbligo di introdurre meccanismi formali di informazione e consultazione ha anche richiesto un cambiamento molto rilevante nell'ordinamento del Regno Unito.

Molti osservatori ritengono che l'era della regolazione comunitaria estensiva in materia di lavoro appartenga ora al passato. Da un decennio la Commissione sembra aver adottato un atteggiamento più neoliberale e deregolazionista; mentre l'acquisizione anche di una maggioranza qualificata in seno al Consiglio per l'approvazione di nuove direttive è divenuta più problematica, in particolare a seguito dell'importante allargamento dell'UE con l'acquisizione di 10 nuovi Stati membri nel 2004. L'enfasi si è spostata sul «Metodo Aperto di Coordinamento» (MAC) ed altre forme di *soft law*, esemplificate dalla Strategia europea per la occupazione, che pone linee guida per la politica degli Stati membri ma non possiede alcun esplicito effetto vincolante.

5.2. Gli anni recenti hanno visto una rapida crescita di forme volontarie di regolazione, di solito da parte di singole società o gruppi entro un settore industriale. Vi è ora un *corpus* notevole di letteratura, sia di carattere scientifico che pratico, su queste misure, che comprendono codici di condotta aziendali, iniziative di RSI

⁽⁸²⁾ K.A. ELLIOTT, R.B. FREEMAN, *op. cit.*, 84-89; J. STANFORD, *The North American Free Trade Agreement: Context, Structure and Performance*, in J. MICHIE (ed.), *op. cit.*, 261-282.

⁽⁸³⁾ G. FITZGERALD, J. STIRLING (eds.), *European Works Councils: Pessimism of the Intellect, Optimism of the Will*, Routledge, London, 2004.

ed altri programmi di emanazione aziendale⁽⁸⁴⁾. Questa crescita ha accompagnato l'ascesa del neoliberalismo e la concentrazione, sia del mondo accademico sia dei datori di lavoro e dei Governi, sull'agenda di «deregolazione» e sulla accresciuta autonomia dell'azienda. Questi codici volontari sono generalmente basati sulle convenzioni ILO fondamentali (anche se in modo significativo meno spesso sulle convenzioni 87 e 98). Sono adottati, per la maggior parte, in rilevanti aziende specialmente nelle industrie d'abbigliamento, tessili ed alimentari, dove i marchi giocano un ruolo decisivo nelle scelte dei consumatori.

Alcune voci nel mondo scientifico e tra gli operatori hanno sottolineato l'*interesse* delle aziende implicate, che cercano in tal modo di evitare la regolazione vincolante derivante da strumenti giuridici nazionali o internazionali e che spesso rispondono con tali strumenti alle campagne dei sindacati o delle ONG che minacciano pubblicità negativa per il marchio⁽⁸⁵⁾. Altri enfatizzano i motivi *altruistici* nell'adozione di un'agenda di RSI, la *leadership* di singoli attivi imprenditori, o i benefici per l'azienda derivanti da *standard* di lavoro più elevati⁽⁸⁶⁾. Possono essere rinvenuti esempi che si attagliano ad entrambi gli argomenti, ed invero i motivi sono spesso complessi ed intrecciati, e l'*interesse illuminato* spesso colma lo scarto tra altruismo ed egoismo. In ogni caso, la RSI è stato un importante elemento nel *Global Compact* proclamato dal Segretario Generale dell'ONU Kofi Annan nel 1999⁽⁸⁷⁾, ed è stata anche fortemente sostenuta dalla UE (Commissione Europea 2001).

L'efficacia dei codici è un'altra importante area di dibattito. Il tenore è spesso vago ed il contenuto limitato, con l'esclusione del sostegno ai diritti di organizzazione sindacale ed alla contrattazione collettiva. Sono concentrati nei settori dei consumi, mentre le industrie di minor rilievo sono raramente interessate. Tali disposizioni sono non coordinate, conducendo ad una pluralità di codici in alcune industrie e società, ognuno con le proprie previsioni dettagliate ed a volte in conflitto. Il monitoraggio è lasciato ad un novero di agenzie, prevalentemente soprattutto ad aziende di contabilità e revisione dei bilanci, ed è pertanto incoerente e spesso debole, troppo strettamente legato all'interesse del datore⁽⁸⁸⁾. Una soluzione possibile è stata proposta da Kyloh, ossia che l'ILO diventi l'organo di monitoraggio dell'implementazione di tutti gli *standard* internazionali di lavoro e dei codici⁽⁸⁹⁾. Un ispettorato centralizzato disporrebbe del potenziale per migliorare il coordinamento e l'implementazione dell'attuale pletora di codici, un pro-

⁽⁸⁴⁾ K.A. ELLIOTT, R.B. FREEMAN, *op. cit.*; G. TSOGAS, *op. cit.*

⁽⁸⁵⁾ K.A. ELLIOTT, R.B. FREEMAN, *op. cit.*; D. JUSTICE, *The International Trade Union Movement and the New Codes of Conduct*, in R. JENKINS, R. PEARSON, G. SEYFANG (eds.), *Corporate Responsibility and Labour Rights*, Earthscan, Londra, 2003, 90-100, spec. 97-98.

⁽⁸⁶⁾ R. JENKINS, *The Political Economy of Codes of Conduct*, in R. JENKINS, R. PEARSON, G. SEYFANG (eds.), *op. cit.*, 13-30; J. MURRAY, *Labour Rights/Corporate Responsibilities. The Role of ILO Labour Standards*, in R. JENKINS, R. PEARSON, G. SEYFANG (eds.), *op. cit.*, 31-42.

⁽⁸⁷⁾ J.G. RUGGIE, *The United Nations and Globalization: Patterns and Limits of Institutional Adaptation*, in *Global Governance*, 2003, n. 9, 301-321; J.-P. THÉRIEN, V. POULIOT, *The Global Compact: Shifting the Politics of International Development?*, in *Global Governance*, 2006, n. 12, 55-75.

⁽⁸⁸⁾ D. JUSTICE, *op. cit.*; per uno studio dettagliato sul monitoraggio e l'applicazione dei codici in Messico e Guatemala, si veda C.A. RODRÍGUEZ-GARAVITO, *Global Governance and Labor Rights: Codes of Conduct and Anti-Sweatshop Struggles in Global Apparel Factories in Mexico and Guatemala*, in *Politics and Society*, 2005, n. 33(2), 203-233.

⁽⁸⁹⁾ R. KYLOH, *op. cit.*

blema sia per i datori che per i lavoratori, come anche Elliott e Freeman mettono in rilievo ⁽⁹⁰⁾. Ciò richiederebbe un grado di cooperazione tra singole imprese, l'ILO e le IFI, cooperazione che ancora non esiste ⁽⁹¹⁾.

5.3. La contrattazione collettiva internazionale è la base della terza forma di regolazione internazionale che qui consideriamo. Come sopra notato, questa è stata fortemente propiziata negli anni Settanta da Levinson ed altri dirigenti del sindacalismo internazionale. Molti osservatori del mondo scientifico hanno invero sostenuto che il sindacalismo internazionale sarebbe stato efficace solo ove fosse stato in grado di prendere parte alla contrattazione collettiva internazionale ⁽⁹²⁾. Questa era largamente inefficace: pressoché universalmente, le imprese multinazionali rifiutarono di contrattare a livello transnazionale su profili fondamentali come i salari.

Comunque, a partire dagli ultimi anni Ottanta, molti accordi-quadro internazionali sono stati conclusi tra la CISL ed i SPI (o FSG) ed imprese multinazionali di rilievo, principalmente nelle industrie alimentare, alberghiera, tessile ed altre industrie di consumo. Uno dei primi fu con la multinazionale francese BSN-Danone nel 1988 ⁽⁹³⁾. Tali accordi-quadro sono generalmente basati, come i codici di condotta aziendali, sulle convenzioni ILO fondamentali. A differenza dei codici di condotta, comprendono riferimenti alle convenzioni 87 e 98, sulla rappresentanza sindacale e la contrattazione collettiva. Hanno inoltre la tendenza a prevedere un monitoraggio indipendente, da parte di ONG o degli stessi sindacati. Gli accordi-quadro – che sono stati sostenuti dall'UE – costituiscono una forma potenzialmente importante di regolazione che combina le caratteristiche migliori degli *standard* internazionali di lavoro e dei codici di condotta volontari. Se ne riscontrano ancora troppo pochi per essere in grado di giudicarne l'efficacia, anche se i numeri sono in crescita ⁽⁹⁴⁾.

6. Concludo con brevi riflessioni attinenti sia alla teoria che alla pratica delle relazioni industriali internazionali, ma prima ritorno alla tesi di apertura, secondo cui vi è almeno il principio di un sistema internazionale di relazioni industriali, ma è un errore considerarlo nei termini di un sistema nazionale in grande.

Le pagine precedenti hanno presentato al lettore gli attori delle relazioni industriali internazionali – i sindacati, le ONG, i datori di lavoro e le loro organizzazioni. A dire il vero, questi attori operano in primo luogo a livello nazionale ma hanno ormai creato un complesso di istituzioni a livello internazionale che è rimasto intatto lungo la maggior parte del secolo scorso.

⁽⁹⁰⁾ K.A. ELLIOTT, R.B. FREEMAN, *op. cit.*, 132-133.

⁽⁹¹⁾ A. VERMA, *Global Labour Standards: Can We Get from Here to There?*, in *IJCLIR*, 2003, n. 19/4, 515-534; L.F. VOSKO, «Decent Work». *The Shifting Role of the ILO and the Struggle for Global Social Justice*, in *Global Social Policy*, 2002, n. 2/1, 19-46.

⁽⁹²⁾ H. RAMSAY, *Solidarity at Last? International Trade Unionism Approaching the Millennium*, cit.; ID., *In Search of International Union Theory*, cit.

⁽⁹³⁾ D. JUSTICE, *op. cit.*, 97-98.

⁽⁹⁴⁾ D. MILLER, *Negotiating International Framework Agreements in the Global Textile, Garment and Footwear Sector*, in *Global Social Policy*, 2004, n. 4(2), 215-239; J. WILLS, *Bargaining for the Space to Organise in the Global Economy. A Review of the Accor – IUF Trade Union Rights Agreement*, in *Review of International Political Economy*, 2002, n. 9(4), 675-700.

Questi attori, assieme a quelli operanti a livello nazionale, possiedono un novero comune di norme limitato, basato sulle convenzioni ILO fondamentali, e queste sembrano essere condivise da ampi settori dell'opinione pubblica. Inoltre vi sono istituzioni internazionali coinvolte nella regolazione di questioni attinenti le relazioni industriali: l'ILO ed il resto del sistema ONU, la WTO e l'OECD. Queste hanno anche dato prova di essere abbastanza stabili nel corso degli ultimi 50 anni e, nel caso dell'ILO, nel corso di quasi un secolo. Tuttavia queste istituzioni internazionali difettano delle caratteristiche fondamentali degli Stati: *accountability* democratica (se non legittimazione), abilità di monitorare l'adempimento, e potere di imporre sanzioni su coloro che non adempiono ai requisiti richiesti.

Se un sistema internazionale di relazioni industriali significasse semplicemente una versione più ampia dei sistemi nazionali, allora dovremmo concludere che (ancora) non esiste. Tuttavia, come sostenuto, i due sistemi non sono analoghi. I sindacati a livello internazionale possono non concludere contratti collettivi o non effettuare scioperi (anche se qualche volta lo fanno), ma perseguono quasi gli stessi fini attraverso altri mezzi: campagne internazionali, coordinamento di rivendicazioni nazionali o settoriali, approcci coordinati nei confronti degli uffici direzionali. Le associazioni internazionali dei datori di lavoro sono deboli ma i singoli datori operano in una dimensione internazionale, con maggiore flessibilità, con mezzi più ampi ed un grado maggiore di coordinamento rispetto ai sindacati. L'elemento maggiormente problematico qui è lo Stato: l'ILO non può, in maniera semplice, inviare ispettori internazionali, più di quanto l'ONU possa inviare forze nelle operazioni di pace, senza il consenso degli Stati membri. Tuttavia, come sostiene Langille⁽⁹⁵⁾, il diritto internazionale non deve essere azionabile negli stessi termini in cui lo è il diritto nazionale – l'attuazione delle convenzioni ILO, per esempio, dipende dal fatto che i datori e gli Stati comprendano che ciò è nel loro miglior interesse. Questo è essenzialmente l'approccio europeo di *soft law* o MAC applicato su scala mondiale.

Fino almeno a tempi recenti, l'analisi scientifica di tale campo di studio è stata indebolita da un triplice gruppo di delimitazioni. In termini di approccio analitico, vi sono stati contributi di valore da parte di coloro che si occupano di relazioni internazionali, diritto costituzionale e del lavoro, storia sindacale ed economia del lavoro; ma la loro opera è raramente collegata ad un livello significativo. Il problema dei mondi separati si applica parimenti per quanto riguarda la lingua: la maggior parte dei componenti del mondo scientifico che scrivono in inglese non conosce la letteratura rilevante pubblicata in altre lingue; in direzione opposta il problema è meno serio ma esiste tuttora. Da un punto di vista ideologico, vi è stata la tendenza alla polarizzazione tra «ottimisti» e «disfattisti» in merito alle possibilità di regolazione consensuale dell'economia globale e dei suoi effetti sul lavoro. Pertanto il futuro della teoria delle relazioni industriali internazionali richiede l'ulteriore sviluppo della ricerca ed analisi interdisciplinari, un'accresciuta familiarità con la diversità linguistica della letteratura esistente ed un'indagine più sofisticata dei modi in cui la *governance* della globalizzazione, anche se difficile, può ciò nondimeno essere possibile.

⁽⁹⁵⁾ B. LANGILLE, *op. cit.*, 20-22.

Nel mondo della prassi, è inevitabile che la regolazione a livello internazionale resti assai contrastata. Ha un fondamento la critica per cui le istituzioni sindacali ufficiali sono state troppo pronte a perseguire un approccio di «risoluzione composita»⁽⁹⁶⁾ che le rinchiude entro la logica dominante delle IFI e dei Governi neoliberali. Viceversa, i movimenti sociali anticapitalisti hanno affrontato più direttamente la principale tendenza della globalizzazione, ma hanno offerto concetti meno persuasivi sul come cambiare i risultati. Vi sono comunque segni di un nuovo adattamento, in cui il sindacalismo internazionale riconosce il bisogno di un atteggiamento più combattivo, mentre molte ONG internazionali si preparano per la lunga marcia attraverso le istituzioni. Se tale sintesi si evolve, forse un nuovo mondo – o un nuovo sistema internazionale di relazioni industriali – è possibile.

Le relazioni industriali internazionali: attori e regole – Riassunto. *L'A. critica l'applicazione, al sistema internazionale di relazioni industriali, dei concetti ed approcci teorici originariamente sviluppati a livello nazionale e ne offre un'istantanea, individuando le sue caratteristiche peculiari, gli attori e le loro relazioni reciproche, la struttura ed il suo ambito regolatorio. Quanto agli attori sono analizzati gli interessi – economici, politici, istituzionali – che possono portare allo sviluppo di un sindacalismo internazionale e i possibili fattori di effettività: la coesione interna delle organizzazioni sulla base di ideologia ed obiettivi condivisi, l'autolegittimazione e la legittimazione dall'esterno del movimento sindacale internazionale, l'accesso a strumenti appropriati di azione. Quanto invece alle regole, l'A. descrive i tre meccanismi che insieme danno forma, o almeno influenzano, le operazioni dell'economia internazionale con riferimento alle relazioni industriali. Con riguardo al primo, il diritto internazionale, l'A. circoscrive la sua analisi ad alcune Convenzioni OIL, considerate le più significative e sottolinea il ruolo preminente della UE nella produzione di norme di lavoro sovranazionale. Inoltre, le Convenzioni OIL hanno spesso costituito la base anche per lo sviluppo degli altri due meccanismi di rilievo: le forme volontarie di regolazione, come i codici di condotta aziendale, e i diversi accordi-quadro stipulati a livello internazionale. All'esito della sua analisi, l'A. conclude sostenendo che il futuro delle relazioni industriali internazionali richiede ulteriori sviluppi della ricerca e delle analisi interdisciplinari in questo campo, un'accresciuta familiarità con la diversità linguistica della letteratura esistente, un'indagine più sofisticata dei modi di governance della globalizzazione.*

International Actors and International Regulation (Article in English) – Summary. *This paper takes a critical view of the application of concepts and approaches originally developed at national level to the international industrial relations system, providing an overview of this system, identifying its characteristics, the actors and their relations, and the structure and scope of application of the rules. With regard to the actors, the paper analyses the economic, political and institutional interests that can lead to the development of international trade unionism and the factors that may increase its effectiveness: the internal cohesion of rank-and-file organisations on the basis of shared objectives, the internal and external legitimation of the international trade union movement, and access to appropriate forms of action. With regard to regulation, the author outlines the three mechanisms that together influence the workings of the international economy, with regard to industrial relations. Concerning the first of these, international law, the author examines certain ILO Conventions, considered to be the most significant, and underlines the key role of the EU in the production of supranational labour norms. Moreover, the ILO Conventions are seen as providing the basis for the development of two further types of measures: voluntary regulatory mechanisms, such as company codes of conduct, and various framework agreements concluded at international level. In concluding the analysis, the author argues that the future of international industrial rela-*

⁽⁹⁶⁾ R. HYMAN, *Trade Unions and the Politics of European Integration*, cit.

tions requires further research and interdisciplinary analysis, greater familiarity with the linguistic diversity of the existing literature, and a more sophisticated enquiry into the modes of governance of globalisation.

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Contrattazione collettiva

- *successione di contratti collettivi di diverso livello (1.1.)*

Contratto di formazione e lavoro

- *sospensione del rapporto di lavoro (2.1.)*

Licenziamento

- *impugnazione (termini) (3.1. – 3.2.)*

Mansioni

- *demansionamento (4.1.)*


Pubblico impiego

- *procedura concorsuale (5.1.)*

Sciopero

- *sciopero spontaneo (6.1.)*


Nota per la lettura dell'Osservatorio di giurisprudenza ()*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

* L'Osservatorio di giurisprudenza è realizzato in collaborazione con ADAPT – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati in materia di lavoro e relazioni industriali e con Assindustria di Genova, Associazione Industriale Bresciana, Associazione Industriali della Provincia di Vicenza, Cisl – Dipartimento del mercato del lavoro, Confindustria – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, Confindustria Bergamo, Ires-Cgil, Uil – Dipartimento del mercato del lavoro, Unione degli Industriali della Provincia di Pordenone, Unione Industriale Torino, Unione degli Industriali della Provincia di Treviso, Unione degli Industriali della Provincia di Varese.

1. Contrattazione collettiva

1.1. Cass. 14 maggio 2007 n. 11019 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 23).

Contrattazione collettiva - Successione di contratti collettivi di diverso livello - Intervento della contrattazione aziendale su materie rinviate dalla contrattazione nazionale - Modificazione *in peius* del trattamento retributivo - Nullità - Esclusione.

Alle parti sociali è consentito, in virtù del principio generale dell'autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c.c., prorogare l'efficacia dei contratti collettivi o modificare, anche in senso peggiorativo, i pregressi inquadramenti e le pregresse retribuzioni, fermi restando i diritti quesiti dei lavoratori sulla base della precedente contrattazione collettiva. E' loro consentito altresì di stabilire la prevalenza da attribuire, nella disciplina dei rapporti di lavoro, ad una clausola del contratto nazionale o, in alternativa, del contratto aziendale, con possibile concorrenza delle due discipline (nella specie la S.C. ha affermato la legittimità dell'accordo aziendale con cui le parti, riorganizzando il servizio di manutenzione delle linee elettriche, determinavano il venir meno dell'indennità di trasferta per tutti gli spostamenti rientranti in una determinata «zona», in ragione del fatto che il Ccnl demanda a quest'ultimo il compito di specificare gli elementi caratterizzanti la residenza ai fini del calcolo della predetta indennità).

Contratti collettivi di diverso livello e clausole di rinvio

Sommario: **1.** Ripartizione di competenze tra contratto collettivo nazionale e contratto aziendale e sistema della «clausola di rinvio». – **2.** Clausole di rinvio e limiti di operatività.

1. La questione posta all'attenzione della Corte ruota intorno al controverso tema del coordinamento di regole promananti da contratti collettivi di diverso livello in presenza di disposizioni di rinvio (il tema è considerato da qualcuno, tra cui G. GHERA, *Intervento*, in *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, Atti delle giornate di studio AIDLASS, Arezzo 15-16 maggio 1981, Giuffrè, Milano, 1982, 76, come «il tema per eccellenza; perché è il tema della fonti, della sistemazione razionale delle varie fonti, [...] che attongono alla regolamentazione del rapporto di lavoro»).

La clausola di rinvio nasce come «un progetto distributivo di competenze negoziali, tendente ad assicurare un certo grado di coerenza funzionale interna ai processi articolati di riproduzione dei regolamenti collettivi, in modo da evitare svolgimenti incongruenti o contraddittori dei processi medesimi» (così M. GRANDI, *Relazione*, in *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, cit., 141 ss.).

Fin dagli anni Cinquanta, secondo il sistema della contrattazione articolata, il contratto collettivo nazionale, sempre in posizione dominante, predetermina per mezzo delle clausole di rinvio le materie e gli agenti della contrattazione aziendale, ma anche le procedure di svolgimento, i tempi e, in qualche caso, i margini contrattuali.

Alla contrattazione aziendale, in altre parole, viene riservata la competenza a trattare le materie determinate dallo stesso contratto nazionale: le modalità di applicazione dei cottimi, le norme incentivanti collettive e i sistemi di classificazione dei lavoratori diversi da quelli nazionali.

Si realizza così un decentramento, seppure circoscritto e controllato, con due livelli di contrattazione tra loro istituzionalmente raccordati tramite clausole di rinvio (sulla clausola di rinvio come strumento atto a prevenire eventuali antinomie nei sistemi di contrattazione cfr. G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Mila-

no, 1960, 122; ma anche G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali (la parte obbligatoria del contratto collettivo)*, Giuffrè, Milano, 1963, 31; nonché la particolareggiata analisi di L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 1985, 161).

Dalla fine degli anni Sessanta in poi (sull'evoluzione storica, dalla contrattazione articolata al Protocollo del 23 luglio 1993, cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. I. Il diritto sindacale*, IV ed., Utet, Torino, 2002, 151 ss.) la struttura ed i contenuti della contrattazione collettiva subiscono forti sollecitazioni al cambiamento, fino al riaccentramento sancito dal Protocollo del 23 luglio 1993 (per quanto concerne la vasta bibliografia sul Protocollo, bastino per ora i rinvii effettuati da M.A. DIONISALVI, *In tema di rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, in *DL*, 2004, fasc. 5, 227, nota 15).

L'accordo costituisce il primo serio tentativo di razionalizzazione del sistema di contrattazione collettiva. Sono confermati due livelli di contrattazione, quello nazionale e quello aziendale, tra loro collegati, in modo tale che i tempi, le modalità di articolazione, le materie e gli istituti del secondo sono previsti «secondo le modalità e negli ambiti di applicazione che saranno definiti dal contratto nazionale di categoria».

Sarebbe il Protocollo a rilanciare il ruolo delle clausole di rinvio attribuendo al contratto nazionale di categoria il potere di definire, attraverso tale sistema di clausole, le competenze della contrattazione decentrata, chiamandola a disciplinare quegli istituti fortemente condizionati dalla realtà di mercato e socio-economica in cui operano le singole aziende (come ad esempio la c.d. retribuzione variabile, su cui cfr. M. PERSIANI, *La retribuzione tra legge, autonomia collettiva e determinazione giudiziale (Nuove forme di retribuzione e attualità dei principi costituzionali)*, in *Quaderni ADL*, 1998, 39: «la contrattazione aziendale sia quando prevede trattamenti retributivi migliori rispetto a quelli previsti dalla contrattazione collettiva nazionale, sia quando deroga *in pejus* a questi ultimi, nella sostanza, da un lato realizza l'interesse della categoria professionale della quale è espressione e, dall'altro, adegua la retribuzione alle reali condizioni di mercato in cui opera l'impresa e all'ambiente socio-economico in cui il lavoro è prestato»), formalizzando – secondo interpretazione costante – un «modello di coordinamento bipolare o di decentramento negoziale controllato» (così T. TREU, *L'accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, in *RGL*, 1993, I, 215).

Il Protocollo determinerebbe dunque un mutamento di «funzione» della contrattazione aziendale che, in materia retributiva, va a ricoprire non più un ruolo subalterno, di fatto meramente integrativo ed applicativo del contratto di categoria, bensì una «funzione specializzata e largamente autonoma» (così G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2003, 164).

Affermazione quest'ultima che invero trova riscontro solo parziale nella elaborazione giurisprudenziale.

I giudici hanno infatti affermato, con orientamento costante, che «il rapporto fra contratti collettivi di diverso livello non deve essere risolto in base al principio della subordinazione del contratto collettivo locale a quello nazionale», a patto che – proseguono con formula ricorrente – non vi sia «l'espressa previsione di disposizioni di rinvio» (cfr. Cass. 19 aprile 2006 n. 9052, in *MGC*, 2006, n. 4; Cass. 9 dicembre 1988 n. 6695, in *RGL*, 1989, II, 32; Cass. 23 settembre 1988 n. 5204, in *MGC*, 1988, fasc. 8, 9; Cass. 11 dicembre 1987 n. 9175, in *GI*, 1989, I, n. 1, 327; Cass. 15 giugno 1987 n. 5267, in *MGC*, 1987, fasc. 6; Cass. 1° luglio 1986 n. 4354, n. 4355, n. 4356, in *MGC*, 1986, fasc. 7; Cass. 28 agosto 1986 n. 5306, in *MGC*, 1986, fasc. 8, 9; Cass. 17 maggio 1985 n. 3047, in *RGL*, 1985, II, 508, e in *MGC*, 1985, fasc. 5; Cass. 23 maggio 1985 n. 3132, in *MGC*, 1985, fasc. 5; Cass. 6 novembre 1984 n. 5620, in *MGC*, 1984, n. 11; Cass. 26 gennaio 1983 n. 718, in *RGenel*, 1984, 724).

Ogniqualevolta il contratto nazionale contenga una clausola di rinvio, il contratto integrativo aziendale viene ritenuto «riferimento preferenziale alla stregua della volontà effettivamente manifestata dalle relative parti contraenti, anche in considerazione della loro operatività in un'area rientrante nella sfera degli interessi direttamente regolamentati dallo stesso contratto locale» (così Cass. 19 aprile 2006 n. 9052, cit.).

E tuttavia – secondo parte della giurisprudenza – ciò varrebbe nei limiti della «esigenza di raccordo e di coesione dei diversi livelli di contrattazione sindacale, che formano nell'insieme l'ordinamento sindacale», in virtù della quale un contratto integrativo aziendale «non può travalicare la delega conferitagli dal contratto collettivo nazionale per la disciplina di dettaglio di un istituto stabilito nei suoi caratteri essenziali dal contratto nazionale» (così Cass. 17 novembre 2003 n. 17377, in *MGL*, 2004, 2).

2. Tale ultimo approccio, fatto proprio nel caso in esame dal giudice di appello, che aveva affermato l'invalidità dell'accordo sindacale aziendale, in quanto lesivo dei criteri di competenza stabiliti dai livelli contrattuali superiori, non merita tuttavia di essere condiviso, se non altro perché risulta comunque impossibile concludere per l'efficacia invalidante o «reale» delle norme contrattuali che prevedono un riparto di competenza tra le fonti collettive.

Nel settore privato pare quasi superfluo ribadire, secondo l'orientamento dominante in dottrina (cfr. T. TREU, *L'accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, in *RGL*, 1993, I, 226, 239; ma prima anche P. TOSI, *Contrattazione collettiva e controllo del conflitto*, in *DLRI*, 1988, 460; M. MAGNANI, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in *DLRI*, 1990, 700; C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova, 1992, 314), che le regolamentazioni contrattuali in tema di struttura della contrattazione collettiva hanno efficacia meramente obbligatoria e sono dunque inidonee a porre «nell'irrilevante giuridico» le pattuizioni aziendali lesive dei criteri di competenza stabiliti dai livelli contrattuali superiori.

Sul piano degli effetti, la violazione dei criteri di competenza stabiliti dal contratto nazionale produce soltanto la violazione di regole contrattuali, rilevanti esclusivamente sul piano delle relazioni sindacali e non sul piano del rapporto individuale di lavoro.


Secondo le più consolidate elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali «la libertà sindacale non è prerogativa di vertice» (Cass. 12 luglio 1986 n. 4517, in *RIDL*, 2003, II, 435), con la conseguenza che tra i diversi livelli di contrattazione collettiva non sussiste un rapporto di gerarchia, ma soltanto un diverso ambito di efficacia territoriale.

Così ragionando il gruppo minore sarebbe pur sempre titolare della libertà sindacale e, dunque, della legittimazione a stabilire regole diverse in piena libertà ed autonomia (cfr. tra i tanti, M. GRANDI, *Rapporti fra contratti collettivi di diverso livello*, in *DLRI*, 1981, 355, e G. SANTORO PASSARELLI, *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione*, in *DLRI*, 1980, 617).

Esclusa l'esistenza di vincoli di gerarchia tra contratti collettivi di diverso livello, la modifica della disciplina preesistente ad opera della nuova disciplina incontra il solo limite, come noto, della intangibilità dei diritti quesiti, cioè di quei «veri e propri diritti (e non dunque mere aspettative) definitivamente acquisiti dai lavoratori alla stregua della normativa poi superata da quella peggiorativa» (così Cass. 6 ottobre 2000 n. 13300, in *NGL*, 2001, 144).

Fabrizia Santini
Dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro e delle relazioni industriali
Università di Pavia

2. Contratto di formazione e lavoro

2.1. Cass. 5 ottobre 2006 n. 21396 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 58).

Contratto di formazione e lavoro - Aspettativa per mandato elettorale - Sospensione del rapporto di lavoro - Configurabilità - Proroga del rapporto di lavoro ai fini del completamento della formazione - Sussistenza.

La l. n. 816/1985, artt. 1 e 2, conferisce al lavoratore dipendente che sia stato eletto alla carica di sindaco un diritto ad ottenere un'aspettativa non retribuita, alla sola condizione che ne faccia domanda. Essa costituisce una coerente applicazione del principio di cui all'art. 51 Cost., comma 3, secondo cui chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha il diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro. La norma pone un vero e proprio diritto potestativo all'aspettativa con la conseguenza che il datore di lavoro viene a trovarsi, nei confronti dell'esercizio di tale diritto, in una situazione di immediata ed incondizionata soggezione. Deve pertanto escludersi che rientri nel potere discrezionale del datore di lavoro stabilire se il dipendente che richiede l'aspettativa possa o meno continuare a rendere la prestazione lavorativa durante l'adempimento dell'incarico elettivo. Deve inoltre ritenersi che il termine massimo di durata del contratto di formazione e lavoro possa essere sospeso e differito in tutti i casi in cui si verificano fatti oggettivamente impeditivi della formazione professionale che non producono un automatico effetto estintivo del rapporto ma, anzi, ne devono consentire la proroga per un periodo pari a quello di sospensione ai fini del completamento della formazione.

Proroga del contratto di formazione e lavoro (e del contratto di inserimento) in caso di esercizio di funzioni elettive

Sommario: **1.** Il caso. – **2.** Il problema della proroga del termine apposto al contratto di formazione e lavoro in caso di ipotesi di sospensione: l'evoluzione giurisprudenziale. – **3.** *Segue:* in particolare la questione della aspettativa per mandato elettorale. – **4.** Il contributo della sentenza in esame. – **5.** Contratto di inserimento e cause di sospensione del rapporto di lavoro.

1. La sentenza della Corte di Cassazione n. 21396 del 5 ottobre 2006 – sebbene relativa all'applicazione di una tipologia contrattuale, il contratto di formazione e lavoro, che, a seguito del d.lgs. n. 276/2003, ha visto ridurre significativamente il proprio campo di applicazione – assume particolare rilevanza in ordine alla compatibilità tra la regolamentazione di questo particolare contratto e le cause di sospensione del rapporto di lavoro. Nel caso di specie, infatti, il giudice di legittimità è stato chiamato a definire una controversia scaturita dall'indisponibilità di una società bancaria a riconoscere una proroga del rapporto di lavoro, peraltro funzionale all'esaustivo completamento del percorso di formazione, di un dipendente che, assunto con un contratto di formazione e lavoro, aveva richiesto, in costanza di esecuzione del medesimo contratto e del pertinente addestramento professionale, di poter usufruire dell'aspettativa non retribuita, conformemente a quanto previsto all'art. 31, l. n. 300/1970, nonché all'art. 2, l. n. 816/1985, applicabile *ratione temporis*, al fine di potere esercitare le funzioni di sindaco, carica questa cui era stato eletto successivamente all'assunzione. Occorre sul punto precisare che, sebbene il citato art. 2, l. n. 816/1985, sia stato formalmente abrogato dall'art. 274, d.lgs. n. 267/2000 («Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali»), la facoltà per i lavoratori dipendenti di richiedere la suddetta ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro in vista dell'espletamento delle funzioni di amministratore locale, tra cui anche quelle afferenti

alla carica di sindaco, continua oggi ad essere riconosciuta in virtù di quanto disposto al combinato disposto degli artt. 77 ed 81 del suddetto decreto.

In primo grado, peraltro, la Pretura di Napoli aveva accolto le argomentazioni del datore di lavoro che, alla scadenza inizialmente concordata nel contratto stipulato, aveva risolto il rapporto di lavoro con il lavoratore, non riconoscendo a quest'ultimo il diritto alla sospensione fino al termine del periodo di espletamento della carica di sindaco ed alla corrispondente proroga per il completamento del periodo di formazione. In sede di gravame, il Tribunale di Napoli, al contrario, aveva deciso che il lavoratore avrebbe avuto diritto alla sospensione del rapporto di lavoro fino al termine del periodo di aspettativa non retribuita.

Confermando la sentenza di appello, la Suprema Corte ha precisato che, così come sostenuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 149/1993 (in *FI*, 1993, I, 1338), peraltro espressamente richiamata dal Tribunale, «qualora fatti estranei alla volontà delle parti impediscano di conseguire, nel termine previsto la suddetta finalità (ovvero l'acquisizione di un bagaglio tecnico che necessariamente comporta il completamento del periodo di formazione programmato), non deve considerarsi esaurita la funzione del contratto. Da ciò consegue che il termine massimo di durata del contratto di formazione e lavoro possa essere sospeso e differito in tutti i casi in cui si verificano fatti – oggettivamente impeditivi della formazione professionale – che, mentre non producono un automatico effetto estintivo del rapporto, non devono consentire la proroga per un periodo pari a quello di sospensione, ai fini del completamento della formazione». La Corte di cassazione, pertanto, ha deciso la controversia rifacendosi ad un orientamento giurisprudenziale ormai pacifico, sebbene in passato si siano registrate decisioni discordanti in ordine alla applicabilità delle cause di sospensione del rapporto di lavoro nell'ambito del contratto di formazione e lavoro.

2. La Corte Costituzionale, infatti, già con la sentenza n. 190 del 25 maggio 1987 (in *FI*, 1988, I, 361, con nota di M. DE LUCA), aveva inizialmente posto particolare attenzione alla finalità occupazionale del contratto di formazione e lavoro («risulta ancor più accentuato che il tipo di contratto in esame è strumentale alla finalità socio-politica di favorire la costituzione di rapporti di lavoro subordinato per giovani e che tale finalità è nettamente prevalente a quella meramente formativa»), non riconoscendo così, in caso di sospensione del rapporto di lavoro, il diritto del lavoratore alla corrispondente proroga del termine finale di durata del relativo contratto di lavoro. Di lì a breve, il TAR Sicilia, con l'ordinanza n. 311 del 9 maggio 1990 (in *DPL*, 1990, n. 45, 2845, con nota di E. D'AVOSSA) evidenziava, invece, la legittimità della proroga del contratto di formazione e lavoro sospeso per servizio militare in virtù della particolare *ratio* che differenzia questo istituto dal contratto di lavoro a tempo determinato, di cui alla l. n. 230/1962 (in seguito abrogata), stipulato, invece, per il soddisfacimento di esigenze meramente aziendali che non avrebbero potuto, salvo che a fronte di circostanze sopravvenute, giustificare la proroga. Nel commentare l'ordinanza, la dottrina citata ha, in particolare, rilevato come la proroga del suddetto contratto, sospeso durante il servizio di leva, doveva considerarsi funzionale alla comune esigenza delle parti al completamento dell'iter formativo; di contro, «un eventuale distorto utilizzo del contratto in oggetto, ove stipulato per supplire a contingenti esigenze aziendali, proprio perché in frode alla legge, o comunque non in coerenza con la funzione dell'istituto, deve certamente ritenersi non meritevole di tutela» (E. D'AVOSSA, *op. cit.*, 2846).

In relazione alla percorribilità della proroga, altra dottrina (L. MELE, *Il contratto di formazione e lavoro*, Giuffrè, Milano, 1995, 86; R. DEL PUNTA, *I contratti di formazione e lavoro*, in *RIDL*, 1995, I, 225) ha, tuttavia, evidenziato alcuni profili di criticità che, rispetto alla proroga dei rapporti di lavoro precedentemente sospesi, avrebbero potuto concretamente verificarsi nei casi in cui il programma formativo fosse stato organizzato in

azienda, per l'intero personale, con riferimento a particolari periodi dell'anno, nonché attraverso il ricorso a formatori esterni appositamente incaricati. In simili circostanze, infatti, avrebbe potuto configurarsi un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta o di eccessiva onerosità sopravvenuta della obbligazione formativa a carico del datore di lavoro, con ciò che ne consegue in termini di risoluzione del rapporto di lavoro alla scadenza del termine contrattualmente individuato.

In termini contrari rispetto alla richiamata posizione del TAR Sicilia, si è invece successivamente pronunciata parte della giurisprudenza di merito (Pret. Milano 24 gennaio 1991, in *OGL*, 1991, 340: «Il mancato prolungamento del termine è invece effetto naturale del tipo di contratto disciplinato con particolare rigore dal legislatore, che ha previsto l'improrogabilità del termine anche a tutela del lavoratore ed è conseguente ad ogni forma di sospensione legale del rapporto e non alla sola ipotesi in oggetto, in assenza di una disciplina *ad hoc* non individuabile in via interpretativa»; Pret. Milano 2 dicembre 1991, in *RIDL*, 1992, II, 919; Trib. Milano 15 marzo 1991, in *OGL*, 1991, 335), evidenziando che, in caso di servizio militare (o di altra causa di sospensione del rapporto di lavoro), il termine del contratto di formazione e lavoro non poteva essere prorogato oltre il periodo massimo di durata legale (24 mesi) individuato all'art. 3, l. n. 863/1984, anche perché la stessa disposizione espressamente vietava il rinnovo contrattuale (in tal senso, si veda M. RUSCIANO, *Sospensione del rapporto di lavoro (cause di)*, in *Enc. Giur. It.*, 1993, XXX, 6; M. DELL'OLIO, *Sospensione del rapporto di lavoro*, in *DDPCom*, XV, 41).

Il fondamento dell'interpretazione restrittiva da ultimo riportata era prevalentemente rinvenuto nell'assenza di una precisa disposizione legislativa in ordine alla proroga del rapporto di lavoro sospeso che, pertanto, conduceva a ritenere applicabile al contratto di formazione e lavoro la medesima *ratio legis* del contratto di lavoro a tempo determinato. Quest'impostazione interpretativa, tuttavia, è stata più tardi del tutto superata; nelle sentenze, rispettivamente, della Pretura di Milano del 20 maggio 1992 (in *DPL*, 1993, n. 2, 133) e della Corte di cassazione 9 novembre 1992 n. 12066 (in *DPL*, 1993, n. 2, 123, nonché in *RGL*, 1993, II, 329, con nota di L. FIORI), è stata, infatti, ammessa la proroga del contratto di formazione e lavoro anche oltre il limite legale massimo di durata di 24 mesi, proprio perché, diversamente, sarebbe stata disconosciuta la rilevanza dell'obbligo formativo. Peraltro, la Pretura milanese, nel precedente appena richiamato, ha sottolineato che la durata massima del contratto di formazione e lavoro doveva «considerarsi una previsione di durata massima complessiva e, quindi, di determinazione del tempo secondo un criterio diverso da quello del termine [...] e deve coincidere con l'effettivo adempimento delle reciproche obbligazioni ed in particolare con quella di formazione che incombe sul datore di lavoro». In questo modo, peraltro, non sarebbe stato nemmeno confutato l'inquadramento, *latu sensu*, del contratto di formazione nel *genus* del lavoro a termine, dal momento che lo stesso termine, complessivamente riconsiderato, diveniva funzionale al soddisfacimento della prescritta finalità formativa. Come detto, la posizione favorevole alla proroga è stata assunta anche dalla Corte di cassazione che, nella sentenza n. 12066/1992, dopo avere evidenziato il richiamo alla disciplina dei rapporti di lavoro subordinato (e quindi anche all'art. 2110 c.c.) contenuto all'art. 3, l. n. 863/1984, ha parimenti rilevato come, in concreto, si dovesse valutare anche l'eventuale impossibilità materiale della «formazione ritardata, in relazione a corsi programmati soltanto in prefissati periodi di tempo». Ad ogni modo, appare pienamente condivisibile quella dottrina che, confrontando questo passaggio dell'interpretazione giurisprudenziale rispetto alla sentenza n. 190/1987 del giudice delle Leggi (cit.), ha osservato che «se si passa dalle finalità socio-politiche dell'intervento legislativo alla analisi giuridica della causa del contratto di formazione e lavoro, le conclusioni non possono essere, è ovvio, che totalmente diverse» (L. FIORI, *op. cit.*, 337), dal momento che, all'interno delle disposizioni di cui all'art. 3, l. n. 863/1984, la formazione è riconducibile alla causa stessa del contratto di

formazione e lavoro, prova ne sia che l'inosservanza dei pertinenti obblighi formativi da parte del datore di lavoro veniva sanzionata con la conversione del rapporto di lavoro (art. 8, comma 8, l. n. 407/1990). Ne consegue, pertanto, che il termine di durata di questo stesso contratto avrebbe potuto essere individuato «in funzione del conseguimento sia pure ritardato della divisata formazione» (Cass. n. 12066/1992).

Tale assetto ermeneutico ha, infine, trovato definitiva conferma nella sentenza n. 149 dell'8 aprile 1993 della Corte Costituzionale (in *FI*, 1993, I, 1337; Cass. 13 aprile 1995 n. 4227, in *FI*, 1995, I, 2477; Cass. 13 dicembre 1995 n. 12741, in *RIDL*, 1996, II, 519; Cass. 10 novembre 1998 n. 11335, in *RIDL*, 1999, II, 629), i cui contenuti, peraltro, sono stati immediatamente mutuati dall'Inps nella circ. 3 gennaio 1994, n. 1.

La Consulta in quell'occasione, pronunciandosi sul rapporto tra contratto di formazione e lavoro e sospensione del rapporto per servizio di leva, ha, come già evidenziato, statuito che il termine massimo di durata del contratto di formazione e lavoro poteva essere «sospeso e differito». Parte della dottrina (L. MELE, *op. cit.*, 84), peraltro, aveva caldeggiato questa soluzione, rilevando che il legislatore avesse «voluto affermare non la rinnovabilità del cfl avente come contenuto la stessa professionalità, ma non ha inteso vietare una eventuale proroga della sua durata». Appare utile evidenziare, inoltre, come ancora la Corte di cassazione (sentenza 28 marzo 1997 n. 2822, in *MGL*, 1997, III, 406), recependo tale orientamento, ha precisato, ai fini del bilanciamento degli interessi coinvolti, che «la proroga del termine non deve considerarsi dovuta in modo automatico tutte le volte in cui si verifichi un fatto impeditivo della formazione professionale, dovendo considerarsi sempre rimessa al prudente apprezzamento del giudice del merito una valutazione circa la possibilità di una formazione differita al rientro del lavoratore, al di fuori dei tempi e dei modi in origine programmati, con costi e modalità sostenibili da parte del datore di lavoro» (sul punto, R. DEL PUNTA, *I contratti di formazione e lavoro*, cit., 225).

3. Ciò premesso in termini generali, occorre adesso analizzare il rapporto tra contratto di formazione e lavoro e sospensione del rapporto di lavoro a seguito del godimento dell'aspettativa non retribuita connessa all'esercizio di cariche elettive, quali quelle connesse all'assolvimento del mandato di sindaco.

In questi casi, infatti, il rapporto rimane sospeso, e con esso l'esecuzione del sinallagma contrattuale, per interessi non immediatamente riconducibili «ad esigenze strettamente personali» del lavoratore, ma «all'esercizio di veri e propri diritti politici (quale il diritto di elettorato passivo)» (R. DEL PUNTA, *Permessi e aspettativa del lavoratore*, in *Enc. Giur. It.*, 1990, XXIII). Qualcuno (M. RUSCIANO, *op. cit.*, 2), in proposito, ha attentamente evidenziato che in simili circostanze «si coglie la rilevanza sempre maggiore che assume la tutela del lavoratore in quanto persona, cioè non considerato più come puro e semplice fattore della produzione o, se si vuole, soltanto come funzione dell'organizzazione del lavoro», perché in esse il «lavoratore realizza la sua personalità o esprime la propria dignità». La richiesta di aspettativa, da cui discende l'effetto della sospensione del rapporto di lavoro, è unanimemente considerata espressione, costituzionalmente tutelata, di un diritto potestativo (M. DELL'OLIO, *op. cit.*, 43; R. DEL PUNTA, *Permessi e aspettativa del lavoratore*, cit., 11; Cass. 7 febbraio 1985 n. 953, in *NGL*, 1985, 247; Pret. Milano 31 ottobre 1991, in *OGL*, 1991, 793), a fronte del quale il datore di lavoro non può validamente opporre esigenze aziendali. L'ordinamento, in questi casi, ha individuato un interesse temporalmente prevalente rispetto al diritto alla esigibilità della prestazione vantato dal datore di lavoro. L'art. 51, comma 3, Cost., infatti, stabilisce che «chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro». Appare così particolarmente puntuale l'analisi di Del Punta (R. DEL PUNTA, *Lezioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2006, 449) secondo cui «nei casi di sospensione, si assiste alla penetrazione di interessi del lavoratore nel rapporto di lavoro e alla protezione di questi interessi, entro certi limiti,

da parte dell'ordinamento. Entro certi limiti, nel senso che la tolleranza del rapporto di lavoro rispetto a queste situazioni non può essere infinita, si dovranno trovare dei punti di equilibrio e questo è ciò che la legge cerca di fare [...]».

Proprio in considerazione di ciò, in giurisprudenza è stato sottolineato che «la *ratio* dell'istituto dell'aspettativa per mandato elettorale è di evitare pregiudizi di natura economica e professionale in capo a coloro che sono chiamati a coprire cariche elettive» (App. Genova 4 luglio 2001, in *IPrev*, 2001, 1105), nonché permettere di «dare concreta attuazione ai precetti costituzionali che intendono garantire l'accesso dei cittadini lavoratori alle cariche elettive secondo le linee programmatiche fissate dall'art. 51 Cost.» (C. Stato 20 settembre 1994 n. 1379, in *CS*, 1994, I, 1247). La disciplina dell'aspettativa, dunque, costituisce espressione proprio del temperamento degli interessi dei datori di lavoro alla corretta esecuzione delle obbligazioni lavorative rispetto al diritto dei prestatori ad accedere alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza. In tema, occorre incidentalmente rilevare che con la l. n. 816/1985 sono state introdotte poche modifiche, soprattutto in ordine all'ambito soggettivo di applicazione, all'art. 31 Stat. lav. (in proposito, si rinvia al commento di V.A. POSO, in M. GRANDI, G. PERA (a cura di), *Commentario Breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2001, 827; nonché a G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, vol. II, *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 2006, 1025), mentre è stato abrogato (dall'art. 28, l. n. 816/1985) l'art. 32 del medesimo testo normativo, in materia di permessi, di cui ne è stata, al contempo, rivista nel suo complesso la regolamentazione (artt. 4 e 16, l. n. 816/1985, oggi abrogati e sostituiti dagli artt. 79 e 80, d.lgs. n. 267/2000; per un esaustivo commento delle disposizioni introdotte da quest'ultimo decreto, si veda R. DEL PUNTA, *Cause di sospensione della prestazione lavorativa*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2006, 864; nonché A. MARESCA, *op. cit.*, 1043; vedi anche G. ZILIO GRANDI, *La sospensione del rapporto*, in A. PERULLI (a cura di), *Lo svolgimento del rapporto*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2007).

Premesso quanto sopra, la particolare condizione di amministratore locale (art. 77, comma 2, d.lgs. n. 267/2000) rivestita dal sindaco determina in favore del lavoratore che ricopre tale carica l'applicazione dell'art. 81 del medesimo decreto, così che lo stesso possa essere collocato «a richiesta in aspettativa non retribuita per tutto il periodo di espletamento del mandato. Il periodo di aspettativa è considerato come servizio effettivamente prestato, nonché come legittimo impedimento per il compimento del periodo di prova».

4. Ritornando all'analisi del caso di specie, occorre evidenziare che il datore di lavoro ricorrente davanti la Suprema Corte aveva provato a sostenere che fra i fatti, estranei alla volontà delle parti, che giustificano la sospensione non poteva essere annoverata la richiesta, facoltativa, di un periodo di aspettativa non retribuita per l'espletamento del mandato elettorale di sindaco, dal momento che proprio tale aspettativa non avrebbe costituito «l'effetto irrinunciabile dell'espletamento di cariche pubbliche elettive ma solo un'ulteriore tutela riconosciuta dal legislatore» ed avrebbe, altresì, rappresentato il risultato «di una valutazione discrezionale del lavoratore».

Per le ragioni illustrate in precedenza, e soprattutto in considerazione della natura potestativa del diritto, costituzionalmente ritenuto meritevole di tutela, ad usufruire, *ex art. 2*, l. n. 816/1985, di un'aspettativa non retribuita durante l'esercizio di una simile funzione elettiva, la Cassazione ha invece rigettato le doglianze del datore di lavoro, non ritenendo fondata l'argomentazione secondo cui la richiesta di un'aspettativa in favore di chi ricopra la carica di sindaco non potesse considerarsi come un *fatto estraneo alle parti* del rapporto di lavoro. L'aspettativa, invece, avrebbe dovuto essere considerata proprio alla stregua di uno dei diversi strumenti che l'ordinamento offre, insieme ai permessi, a chi, in considerazione del proprio *status* di lavoratore dipendente, deve potere assolvere adegua-

tamente agli impegni relativi all'esercizio delle funzioni di sindaco.

Si rammenta, infatti, che il lavoratore che non intende richiedere l'aspettativa vanta comunque un diritto soggettivo perfetto al godimento di permessi retribuiti (in tal senso, C. Cost. 17 dicembre 1981 n. 193, in *FI*, 1982, I, 644) e non retribuiti, utili all'assolvimento del *munus publicum* ricoperto (art. 79, comma 5, d.lgs. n. 267/2000). È stato in tal senso sottolineato, sebbene in relazione al disposto della l. n. 816/1985, che il contenuto precettivo di cui all'art. 51 Cost. «non si esaurisca (e risolva) nel garantire il diritto all'aspettativa, ma comprenda anche il diritto a permessi non retribuiti, in tutti quei casi in cui l'espletamento della funzione pubblica elettiva non imponga necessariamente al lavoratore la sospensione per aspettativa del rapporto di lavoro per tutta la durata del mandato» (M. CINELLI, *I permessi ai lavoratori chiamati a funzioni pubbliche elettive dopo la legge n. 816 del 1985*, in *RIDL*, 1986, I, 572).

Conseguentemente, nella sentenza n. 21396/2006, è stato chiarito che «il fatto che l'aspettativa costituisca uno dei possibili strumenti posti a disposizione del lavoratore per realizzare» il diritto di chi è chiamato a ricoprire funzione pubbliche a disporre del tempo necessario al loro adempimento «non costituisce un valido argomento per negare il diritto alla sospensione del rapporto per tutto il periodo della carica elettiva anche nell'ipotesi del contratto di formazione e lavoro. Ed infatti con l'esercizio del diritto potestativo, di richiedere l'aspettativa, si viene a determinare un impedimento al conseguimento nel termine di tutti i contenuti sinallagmatici del contratto, ed in particolare l'elemento della formazione, impedimento che giustifica la sospensione». La statuizione della Suprema Corte risulta ineccepibile, dovendosi considerare rimessa esclusivamente alla discrezionalità del lavoratore eletto alla carica di sindaco la scelta, assolutamente libera ed incoercibile, tra le diverse modalità espressamente disciplinate al fine di contemperare i preesistenti impegni di lavoro con l'esercizio di tale funzione politica. Proprio la possibilità di godere della sospensione a seguito del riconoscimento dell'aspettativa di cui all'art. 81, d.lgs. n. 267/2000, rende, dunque, ammissibile la richiesta di una proroga del contratto di formazione e lavoro funzionale al completamento dell'intero percorso formativo programmato nel contratto individuale di lavoro. Diversamente, le finalità formative intrinsecamente connesse all'applicazione del suddetto contratto verrebbero frustrate proprio a fronte dell'esercizio di un diritto costituzionalmente rilevante, dando luogo ad una antinomia normativa difficilmente giustificabile, salvo che a fronte della comprovata impossibilità del datore di lavoro di adempiere gli obblighi formativi precedentemente assunti.

5. Per completezza appare interessante formulare infine brevi considerazioni in ordine al rapporto tra cause di sospensione del rapporto di lavoro e contratto di inserimento. Questo contratto, introdotto e regolamentato agli artt. 54-59, d.lgs. n. 276/2003, non costituisce, come noto, una tipologia contrattuale a *causa mista*, essendo, più semplicemente, finalizzata ad agevolare l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di particolari categorie di soggetti svantaggiati (in proposito, sia permesso rinviare a M. EMANUELE, *Il contratto di inserimento: una nuova opportunità per l'ingresso nel mercato del lavoro*, Isfol, Roma, 2005). Pertanto, a dispetto di quanto previsto nell'accordo interconfederale del febbraio 2004, la formazione in esso eventualmente prevista non ha rilevanza causale, a differenza del contratto di formazione e lavoro. Il contratto di inserimento, inoltre, ha durata limitata (art. 57, comma 1, d.lgs. n. 276/2003), e non può essere rinnovato ma, eventualmente, prorogato entro il termine di durata massima (18 mesi, che diventano 36 per i lavoratori disabili). In considerazione della controversa contiguità di questo contratto rispetto al contratto di lavoro a tempo determinato (anche in relazione all'espresso richiamo al d.lgs. n. 368/2001 contenuto all'art. 58, comma 1, d.lgs. n. 276/2003) – tanto da essere stato definito come una sottospecie di quest'ultimo, sebbene di «tipo soggettivo» (D. GAROFALO, *Il contratto di inserimento: dall'occupabilità all'adattabilità*, in *LG*, 2004, n. 3, 293; *contra*, P. BELLOCCHI, *Contratto di inserimento*, in AA.VV.,

Il nuovo mercato del lavoro, Zanichelli, Bologna, 2004, 637, secondo cui il contratto di inserimento non sarebbe un contratto a tempo determinato, ma «un contratto a durata determinata» in funzione della realizzazione del programma individuale di inserimento) –, ove riportassimo la fattispecie in questa sede esaminata nell'ambito dell'esecuzione di un contratto di inserimento, potrebbe assumersi che, in caso di elezione a sindaco di un dipendente assunto con quest'ultimo contratto, la sospensione del rapporto di lavoro, se consentita, non dovrebbe superare il termine finale di durata massima di cui al primo comma dell'art. 57, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, avendo il legislatore espressamente precisato, al terzo comma della medesima disposizione, che «eventuali proroghe del contratto sono ammesse entro il limite massimo di durata indicato al comma 1».

Questa conclusione, peraltro, parrebbe ricevere ulteriore supporto dall'esame letterale della norma contenuta al comma secondo del citato art. 57, laddove è stato, invece, previsto che non si debba tener conto nel computo del limite massimo di durata esclusivamente degli *eventuali periodi dedicati allo svolgimento del servizio militare o civile, nonché dei periodi di astensione per maternità*. Solo in questi casi tassativamente individuati (uno dei quali, peraltro, poco plausibile, visto che, con la cessazione delle leva obbligatoria, è venuta meno la *ratio* che originariamente motivava la sospensione del rapporto di lavoro, ossia la sottoposizione al potere ablatorio personale dello Stato; sulla sospensione per servizio militare da ultimo G. ZILIO GRANDI, *La sospensione del rapporto*, in A. PERULLI (a cura di), *Lo svolgimento del rapporto*, in F. CARINCI (diretto da), *op. cit.*), allora, il termine finale del contratto di inserimento sospeso potrebbe essere posticipato per un periodo corrispondente a quello di sospensione. Al verificarsi delle altre cause di sospensione del rapporto di lavoro – malattia, infortunio, nonché l'espletamento delle funzioni elettive per cui, come visto, è espressamente regolato l'istituto dell'aspettativa – il suddetto termine finale rimarrebbe, invece, quello originariamente fissato, malgrado tali cause vadano comunque considerate come *ragioni estranee alla volontà delle parti*.

In senso contrario ad una simile conclusione, occorre, tuttavia, rilevare come parte della dottrina si sia espressa in termini critici rispetto alla esclusione della malattia o dell'infortunio dalle ipotesi che determinano la sospensione del contratto di inserimento (M. D'ONGHIA, *I contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto di inserimento*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 296; P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 2004, 640; quest'ultima, in particolare, ha osservato che l'esclusione sarebbe ancor più incongrua, laddove «il programma di inserimento sia ancora oggettivamente realizzabile»). Altra dottrina (D. GAROFALO, *op. cit.*, 2004, 302) ha, inoltre, sostenuto che l'attuale regolamentazione delle altre cause di sospensione, comunque previste dall'ordinamento, potrebbe essere superata «ipotizzando che gli eventi non previsti, ancorché non computabili, possano determinare una proroga della durata del contratto, prevista nel successivo comma 3. La differenza sarebbe data in ultima analisi dall'automaticità del prolungamento, operante nei casi previsti e non anche in quelli non menzionati»; secondo quest'ultimo A., però, la proroga opererebbe in tal caso solo nell'ambito del termine massimo («limite invalicabile») di durata legale del contratto di inserimento. Rimarremmo, pertanto, sempre distanti dalla possibilità di estendere, così come deciso dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 149/1993, cit.), la durata del medesimo contratto oltre il termine finale inizialmente concordato, e questo nonostante la pari dignità giuridica che astrattamente dovrebbe riconoscersi alle finalità di reinserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati rispetto a quelle formative.

Ciò detto, si ritiene che, a fronte della richiesta di aspettativa per l'espletamento delle funzioni di sindaco, escludere la legittimità della proroga ogni qualvolta il piano di inserimento professionale non sia stato integralmente completato, appare, a dispetto del tenore letterale dell'art. 57, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, quanto meno opinabile ed, in tal senso, si concorda con quella parte della dottrina (G. SPOLVERATO, *Dopo il Cfl il contrat-*


to di inserimento, in *DPL*, 2004, n. 2, 87) che, in favore della proroga, ha sostenuto l'estensione al contratto di inserimento delle stesse argomentazioni che, rispetto al contratto di formazione e lavoro, erano state formulate dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 149/1993.

Come per le esigenze di formazione, infatti, anche le istanze di inserimento lavorativo attraverso il completamento del percorso di adattamento delle capacità lavorative alle mansioni professionali richieste in azienda costituiscono espressione di una precisa scelta legislativa che, in presenza di cause di sospensione rilevanti in termini generali nel rapporto di lavoro subordinato, per di più meritevoli di tutela *ex art.* 51, comma 3, Cost., ma non espressamente elencate all'art. 57, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, verrebbe disattesa se non si assumesse a riferimento la durata effettiva e complessiva del rapporto di lavoro, non solo quella formalmente individuata in sede negoziale. In ordine alla differenziata valutazione legislativa della rilevanza delle molteplici cause di sospensione del rapporto di lavoro nell'ambito del contratto di inserimento appare, pertanto, auspicabile un intervento additivo, o almeno chiarificatore, della Corte Costituzionale.

Mario Emanuele


Ricercatore Isfol – Aree «Ricerche sui sistemi del lavoro» e
«Analisi e valutazione delle politiche per l'occupazione»

3. Licenziamento

3.1. Cass. 19 giugno 2006 n. 14087 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 47).

Licenziamento - Impugnazione - Natura recettizia dell'atto - Idoneità dell'istanza alla Commissione di Conciliazione UPLMO a sospendere la decorrenza del termine per l'impugnazione - Sussistenza - Convocazione da parte della Direzione provinciale decorso il termine di 60 giorni - Irrilevanza.

Alla luce di una lettura costituzionalmente orientata (v. C. Cost. n. 27/2000 e n. 477/2002) delle norme applicabili in materia di decadenza dal potere di impugnare il licenziamento, non è necessario che l'atto di impugnazione giunga a conoscenza del datore di lavoro entro i 60 giorni previsti dall'art. 6 della l. n. 604/1966 per evitare la decadenza dalla facoltà di impugnare. In effetti, ai sensi dell'art. 410 c.p.c., comma 2 (così come modificato dall'art. 36 del d.lgs. n. 80/1998), il predetto termine (processuale con riflessi di natura sostanziale) si sospende dal solo deposito dell'istanza di espletamento della procedura obbligatoria di conciliazione, contenente l'impugnativa scritta del licenziamento, presso la Commissione di conciliazione. È pertanto, irrilevante il momento in cui l'ufficio provinciale del lavoro provvede a comunicare al datore di lavoro la convocazione per il tentativo di conciliazione.

3.2. Cass. 15 maggio 2006 n. 11116 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 47).

Licenziamento - Impugnazione - Natura recettizia dell'atto - Idoneità dell'istanza alla Commissione di Conciliazione UPLMO a sospendere la decorrenza del termine per l'impugnazione - Esclusione - Convocazione da parte della Direzione provinciale decorso il termine di 60 giorni - Rilevanza.

L'atto di impugnazione del licenziamento ha natura di negozio giuridico unilaterale recettizio, ex art. 1335 c.c., e come tale deve giungere a conoscenza del destinatario per produrre i

suoi effetti; in particolare, deve pervenire all'indirizzo del datore di lavoro entro i 60 giorni previsti dall'art. 6 della l. n. 604/1966 per evitare la decadenza dalla facoltà di impugnare. Ne consegue che il deposito dell'istanza di espletamento della procedura obbligatoria di conciliazione, contenente l'impugnativa scritta del licenziamento, presso la Commissione di conciliazione, non è sufficiente ad impedire la decadenza, ma è necessario, a tal fine, che la comunicazione della convocazione pervenga al datore di lavoro prima del termine di 60 giorni previsto dalla legge, ovvero che il lavoratore provveda autonomamente a notificargli tale richiesta, senza attendere la comunicazione dell'ufficio, onde evitare il rischio del maturarsi della decadenza.

(3.1. – 3.2.) Gli effetti sostanziali della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione

Sommario: 1. Premessa. – 2. Due interpretazioni contrapposte: Cass. 15 maggio 2006 n. 11116. – 3. *Segue:* Cass. 19 giugno 2006 n. 14087.

1. La discussa terminologia impiegata dal legislatore nella novella dell'art. 410 c.p.c. non poteva che determinare un contrasto di interpretazioni, una volta giunta al vaglio della Suprema Corte. Le sentenze che si annotano, infatti, rispecchiano i due opposti orientamenti, formati in dottrina già all'indomani della entrata in vigore della modifica legislativa. Brevemente, si rammenta che l'art. 36, comma 1, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, ha modificato l'art. 410 c.p.c., inserendovi il secondo comma. Tale norma, disponendo in ordine agli effetti interruttivi della prescrizione e sospensivi di ogni decadenza, propri della domanda di espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione, si è venuta ad affiancare e, per certi aspetti, a sovrapporre alle precedenti formulazioni dettate dall'art. 5 della l. 11 maggio 1990, n. 108, e dall'art. 7, comma 4, della l. 15 luglio 1966, n. 604, afferenti strettamente alla disciplina del tentativo di conciliazione in ipotesi di impugnazione di licenziamento illegittimo. Ed è proprio questo l'ambito in cui la problematica ermeneutica è emersa con maggiore frequenza. La questione che la norma pone, infatti, risulta piuttosto articolata: essa investe tanto il profilo soggettivo del destinatario della «comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione», nella dizione ultima dell'art. 410 c.p.c., quanto l'efficacia realmente interruttiva e sospensiva, rispettivamente della prescrizione e della decadenza, con particolare riguardo al termine per l'impugnazione del licenziamento, nel rispetto dei principi civilistici in materia.

2. Parte autorevole della dottrina (S. MAGRINI, *La «piccola riforma» della conciliazione e dell'arbitrato*, in *DPL*, 1998, 1589; R. VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro*, in *ADL*, 1998, 744; I. LOMBARDINI, D. BORGHESI, *Capitolo II – La conciliazione e l'arbitrato*, in D. BORGHESI (a cura di), *Il processo del lavoro*, vol. VI, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del Lavoro, Commentario*, Utet, Torino, 2004, 88 ss.; R. FOGLIA, *Il processo del lavoro pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 2001, 172 ss.; U. COREA, *Commento agli artt. 409-412 quater c.p.c.*, in R. VACCARELLA, G. VERDE (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Aggiornamento, vol. II, Utet, Torino, 2001, 790; G. TRISORIO LIUZZI, *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, in *RDP*, 2001, 961 ss.) ha ritenuto che per «comunicazione della richiesta» debba intendersi l'inoltro della domanda di espletamento del tentativo di conciliazione tanto alla Direzione provinciale del lavoro quanto alla parte datoriale, in ragione della natura recettizia di ogni atto funzionale all'interruzione della prescrizione, ai sensi dell'art. 2943 c.c. A ragion veduta, accogliendo detta impostazione, risulterebbero opportune le critiche sollevate in ordine alla mera efficacia sospensiva della decadenza, ma di essa non impeditivi: ciò implicherebbe l'onere per il lavoratore, che abbia già richiesto l'espletamento del tentativo di conciliazione per impugnare il licenziamento subito, con comunicazione in-

viata anche al datore di lavoro, di dover, all'esito negativo dello stesso, impugnare nuovamente il licenziamento con diverso e ulteriore atto stragiudiziale, entro il residuo periodo di tempo previsto per l'impugnazione (così S. MAGRINI, *op. cit.*, 1589; V. PINTO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. III, 1932 ss.). Peraltro, si è evidenziata una palese incongruenza nel fatto che la decadenza dell'impugnativa del licenziamento sarebbe così impedita da qualsiasi atto stragiudiziale diretto al datore di lavoro; quindi anche dalla comunicazione rivolta alla parte datoriale della richiesta d'impulso del tentativo di conciliazione che integri i contenuti dell'impugnazione del licenziamento. Per questo motivo, la disciplina prescritta dall'art. 5, comma 5, della l. n. 108/1990, risulterebbe più lineare, in quanto indicante, *claris verbis*, che la «comunicazione al datore di lavoro della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione impedisce la decadenza» stabilita per l'impugnazione del licenziamento. Ma detta disposizione, secondo l'orientamento maggioritario, non avrebbe più alcuno spazio di vigenza nell'attuale ordinamento legislativo, essendo stata abrogata implicitamente, ai sensi dell'art. 15 disp. prel. c.c., dalla successiva e più completa normativa del 1998.

L'impostazione, ora sinteticamente descritta, ha trovato consenso nella prevalente giurisprudenza di legittimità e, di recente, nella sentenza del 15 maggio 2006 n. 11116 in commento. La Suprema Corte infatti, fonda il proprio convincimento su argomentazioni, già rinvenibili nella dottrina e in un consolidato orientamento giurisprudenziale, quali: la natura recettizia dell'atto di impugnazione del licenziamento (cfr. Cass. 18 ottobre 2005 n. 20153, che sostiene l'abrogazione implicita dell'art. 7 della l. n. 604/1966; Cass. 30 luglio 2002 n. 11302; Cass. 13 dicembre 2000 n. 15696, ivi richiamate); ed in senso analogo la necessità della notifica al datore di lavoro e l'insufficienza del mero deposito in Tribunale del ricorso contenente l'impugnativa del licenziamento entro il termine di decadenza di cui all'art. 6 della l. n. 604/1966 (cfr. Cass. 21 aprile 2004 n. 7625, in *GC*, 2005, I, 760; Cass. 21 settembre 2000 n. 12507; Cass. 2 dicembre 1995 n. 12456; Cass. 17 gennaio 1983 n. 375); nonché la distinzione tra gli effetti sostanziali (interruttivi della prescrizione e impeditivi della decadenza) derivanti solo dalla notifica al datore di lavoro del ricorso giurisdizionale, contenente l'impugnazione del licenziamento, e gli effetti processuali derivanti dal mero deposito dello stesso presso l'autorità giudiziaria (Cass. 17 gennaio 1992 n. 543, in *AC*, 1992, 673; Cass. 23 novembre 1992 n. 12489, in *NGL*, 1993, 430; Cass. 21 settembre 2000 n. 12507; Cass. 8 maggio 2001 n. 6423, in *NGL*, 2001, 655). A ciò la decisione aggiunge un assunto, già espresso da una precedente pronuncia (Cass. 21 gennaio 2004 n. 967, in *NGL*, 2004, 370, e in *D&L*, 2004, 453, e confermato da Cass. 22 marzo 2006 n. 6287, in *NGL*, 2006, 404 ss., con nota redazionale), fondato su un'operazione ermeneutica di carattere sistematico relativa alla terminologia adottata dal legislatore nel corso dell'evoluzione della disciplina in esame. In base a questa interpretazione, dal confronto tra l'art. 410 e l'art. 410-bis c.p.c., si desumerebbe il vero significato da attribuire alla parola «comunicazione» della richiesta dell'espletamento del tentativo di conciliazione; il legislatore, infatti, consapevolmente avrebbe introdotto il termine «presentazione», all'art. 410-bis, per indicare la mera attività di inoltrare di detta richiesta avanti alla Commissione di conciliazione, con intento distintivo rispetto alla espressione «comunicazione» della precedente disposizione, concernente, invece, l'informazione della medesima domanda, rivolta al datore di lavoro da parte del prestatore di lavoro e funzionale a determinare gli effetti sostanziali, interruttivi della prescrizione e impeditivi della decadenza. Tale soluzione era stata dettata soprattutto dalla necessità di evitare che ritardi amministrativi nella convocazione della parte datoriale potessero pregiudicare i diritti del lavoratore. In precedenza la stessa Suprema Corte non aveva infatti manifestato un'impostazione uniforme sugli effetti dell'avviso della convocazione effettuata dalla Di-

reazione provinciale del lavoro al datore di lavoro: con sentenza n. 9554 del 13 luglio 2001 (in *FI*, 2001, I, 2793, e in *RIDL*, 2002, II, 606, con nota di A. RUSSO, *Quando non è chiaro di chi sia il recesso*), la Corte di cassazione ha sostenuto che detta comunicazione impedisce la decadenza stabilita dall'art. 6 della l. n. 604/1966, smentendo la precedente pronuncia n. 8010 del 18 luglio 1991, che negava recisamente l'idoneità dell'avviso dell'Ufficio provinciale del lavoro verso la parte datoriale a configurare impugnativa del licenziamento, in quanto atto meramente amministrativo e non di parte, seppur emesso nei termini di decadenza.

3. Innovativa e rivoluzionaria risulta, invece, la sentenza n. 14087 del giugno 2006, in epigrafe. Essa sembra, infatti, accogliere l'orientamento dottrinale che ha preferito considerare sufficiente ad integrare la «comunicazione» atta a produrre gli effetti interruttivi e sospensivi più volte richiamati la mera richiesta da parte del lavoratore alla Direzione provinciale del lavoro di espletamento del tentativo di conciliazione, con conseguente assolvimento dell'onere di un'ulteriore informazione alla controparte datoriale (in questo senso, F.P. LUISO, *Commento all'art. 36*, in M. DELL'OLIO, B. SASSANI (a cura di), *Amministrazione pubbliche, lavoro, processo. Commento al D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387*, Giuffrè, Milano, 2000, 465 ss.; E. VULLO, *Commento all'art. 38 D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80*, in C. CONSOLO, F.P. LUISO, A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Processo civile e processo penale. Le riforme del 1998*, Ipsoa, Milano, 1998, 219. Sugli effetti interruttivi e sospensivi del verbale negati di conciliazione, brevemente, M. DE CRISTOFARO, *Commento all'art. 39 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80*, in C. CONSOLO, F.P. LUISO, A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *op. cit.*, 226 ss). Ciò per non gravare il lavoratore di un'ulteriore incombenza, non prescritta esplicitamente dalla norma di legge.

La sentenza n. 14087/2006 è invece assolutamente originale sotto il profilo delle motivazioni giustificatorie. Partendo dal presupposto, condivisibile, della impossibilità di far ricadere sul lavoratore le conseguenze dannose dell'eventuale ritardo dell'amministrazione nel convocare il datore di lavoro, essa trascura tuttavia ogni aspetto relativo al carattere recettizio degli atti interruttivi e sospensivi di prescrizione e decadenza, nonché dell'impugnazione del licenziamento, con una discutibile operazione di traslazione di una norma sostanziale nell'alveo processuale. In sostanza, considera la disposizione, di cui al secondo comma dell'art. 410 c.p.c., una norma che, per la sua collocazione sistematica, deve sottostare solo a principi processualistici, e per analogia a quello, recentemente, sottoposto a revisione da parte della Corte Costituzionale (C. Cost. 26 novembre 2002 n. 477), in materia di adempimenti di notifica. In particolare, quest'ultimo sancisce la sufficienza del deposito di un atto agli ufficiali giudiziari ai fini di ritenere adempiuto tempestivamente l'onere di notifica. Non solo: mediante un ulteriore rinvio a pronunce del giudice delle leggi ed in particolare alla sentenza 13 luglio 2000 n. 276, la Suprema Corte sostiene di poter desumere l'esplicita spiegazione della portata e degli effetti dell'inoltro della richiesta di tentativo di conciliazione. A ben vedere, trattasi di un'estrapolazione ardita di un passo della citata sentenza, inerente ad ambiti e finalità diverse e la cui terminologia risulta, peraltro, sommaria. Ivi, infatti, si afferma che «la richiesta del tentativo di conciliazione produce sostanzialmente gli effetti della domanda giudiziale, comportando la sospensione del decorso di ogni termine di prescrizione e di decadenza», con evidente errore nell'indicare «sospensione» anziché interruzione, per quanto concerne la prescrizione. Infatti, l'anzidetta frase rientra in un più ampio percorso logico, finalizzato alla asserzione della congruità del termine «dilatatorio» di 60 giorni, stabilito per l'espletamento del tentativo e prodromico all'azione giudiziaria, ma nulla specifica in ordine ai destinatari o ai mittenti della relativa domanda. Critiche a detta impostazione motivazionale sono pervenute anche da chi, in ogni modo, condivide la tesi della produzione degli effetti sostanziali relativi a prescrizione e decadenza da parte della semplice richiesta di tentativo di

conciliazione, ma vi perviene attraverso una diversa e più articolata prospettiva, introducendo cioè l'innovativa teoria della natura complessa dell'impugnazione del licenziamento (G. MANNACIO, *Note in tema di effetto sospensivo del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *MGL*, 2006, 883). Senza poter entrare nel merito di costruzioni teoriche alternative, risulta evidente che il contrasto di orientamento all'interno della Suprema Corte esige un intervento risolutivo a Sezioni Unite. Invero, l'ultima pronuncia, che si commenta, appare attualmente isolata e trova opposizione in solide argomentazioni, fondate su principi generali dell'ordinamento giuridico, secondo cui l'atto interruttivo della prescrizione e impeditivo o sospensivo della decadenza debba essere un atto di parte, di natura recettizia e, pertanto, necessariamente comunicato dalla parte interessata a quella a cui è destinato, nei termini stabiliti dai predetti istituti; quindi, a maggior ragione, se l'atto costituisce impugnativa di un licenziamento. E ciò, indipendentemente dalla duplicazione di comunicazioni e avvisi che, inevitabilmente, vengono ad onerare il prestatore di lavoro, a causa di una disciplina legislativa ambigua e scoordinata.

Marcella Ariotti Branciforti
Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro, sindacale e della previdenza sociale
Università degli Studi di Roma «Tor Vergata»
Avvocato del Foro di Perugia

4. Mansioni

4.1. Trib. Parma ordinanza 2 febbraio 2007 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 24).

Mansioni - Demansionamento - Procedimento cautelare - *Periculum in mora* - Danno da demansionamento normalmente risarcibile per equivalente - Onere della prova circa l'irreparabilità di un imminente pregiudizio ai fini della valutazione del *periculum* in capo al lavoratore - Sussistenza.

*I danni derivanti dall'aver adibito il lavoratore a mansioni inferiori sono normalmente risarcibili per equivalente monetario, purché venga assolto l'onere probatorio in ordine al pregiudizio lamentato. In caso di procedimento cautelare, pertanto, ai fini della valutazione del *periculum* in mora grava sul ricorrente l'onere della prova dell'irreparabilità del pregiudizio paventato.*

Note in tema di quantificazione del danno da demansionamento

L'iter logico-argomentativo dell'ordinanza in commento offre interessanti spunti di riflessione per ripercorrere la recente evoluzione della giurisprudenza in punto di onere della prova e quantificazione del danno da demansionamento.

Il Tribunale di Parma muove i propri passi dalla consolidata tendenza della Suprema Corte a riconoscere l'astratta risarcibilità dei danni da dequalificazione professionale e si fa portavoce dell'orientamento oramai dominante in giurisprudenza in ordine alla determinazione del *quantum damni*, imperniato sulla prova rigorosa del pregiudizio subito (Cass. 24 marzo 2006 n. 6572, in *LG*, 2006, 661, con nota di C. SORGI, *Una lettura costituzionalmente disorientata del danno non patrimoniale*; in *LG*, 2003, 773, con nota di F. PETRACCI, *Danno da dequalificazione e onere della prova per le Sezioni Unite*, in *q. Rivista*, 2006, 852, con nota di F. MALZANI, *Il danno da demansionamento professionale e le Sezioni Unite*; in *FI*, 2006, I, 2334, con nota di P. CENDON, *Voci lontane, sempre presenti*

«il danno esistenziale»; in *FI*, 2006, I, 2337, con nota di G. PONZANELLI, *La prova del danno non patrimoniale e i confini tra danno esistenziale e danno non patrimoniale*; Cass. 15 settembre 2006 n. 19965, Cass. 25 settembre 2006 n. 2080, Cass. 24 novembre 2006 n. 25033, in *DR*, 2007, 665, con nota di F. MALZANI, *Danno da demansionamento: «il punto» di alcune recenti pronunce della Cassazione*; Cass. 20 dicembre 2006 n. 27197, in *D&G*, 2007, 15; in dottrina, per tutti, P. TULLINI, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Diritto del lavoro: i nuovi problemi*, Cedam, Padova, 2005, I, 781). Componendo le divergenze interpretative sulla questione, le Sezioni Unite hanno, infatti, individuato le linee guida fondamentali nelle operazioni di riconoscimento e determinazione del danno da demansionamento, divenendo un insostituibile caposaldo nella selezione dei pregiudizi risarcibili e nella ripartizione degli oneri probatori (vedasi, al riguardo, Cass. 20 gennaio 2001 n. 835, in *MGL*, 2001, 1015, con nota di A. VALLEBONA, *Il danno da dequalificazione tra presunzione e risarcimento equitativo*; Cass. 8 novembre 2003 n. 16792, in *OGI*, 2004, I, 57, nonché in *RIDL*, 2004, 335, con nota di G. BOLEGO, *Sull'onere probatorio del danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro*; Cass. 27 aprile 2004 n. 7980, in *q. Rivista*, 2005, 210, con nota di S. FERRARIO, *Sulla risarcibilità dei danni non patrimoniali causati al dipendente pubblico a seguito della sospensione e della illegittima destituzione dall'incarico*; Cass. 24 maggio n. 10157 e Cass. 28 maggio 2004 n. 10361, in *DR*, 2005, 401, con nota di F. MALZANI, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro: il demansionamento professionale*; Cass. 16 agosto 2004 n. 15955, in *q. Rivista*, 2005, 199, con nota di A. CORVINO, *La quantificazione del danno da demansionamento*).

Nessun dubbio in ordine alla matrice *contrattuale* della responsabilità datoriale per i danni derivanti dal demansionamento: si tratta, invero, di un danno tipico che affonda le radici nelle norme del codice civile. Attesa la peculiarità del rapporto di lavoro, ogni pregiudizio subito dal lavoratore deve, infatti, configurarsi come conseguenza di un comportamento *illecito* sul piano contrattuale, derivante dalla violazione degli obblighi di cui agli artt. 2103 c.c. e 2087 c.c. ed integrante un'ipotesi di inadempimento contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c.

La giurisprudenza è, però, categorica: dall'inadempimento datoriale non può automaticamente derivare l'esistenza del danno, né può il pregiudizio considerarsi intrinseco alla potenzialità lesiva dell'atto illegittimo. L'inadempimento è, infatti, già sanzionato con l'obbligo di corresponsione della retribuzione e, ai fini del riconoscimento di un ristoro, è necessario che si produca una lesione aggiuntiva, un *quid pluris*, per certi versi autonomo. Non può, del resto, non valere, anche in questo caso, la distinzione tra «*inadempimento*» e «*danno risarcibile*» ispirata agli ordinari principi civilistici di cui agli artt. 1218 c.c. e 1223 c.c., previsti per i danni che si configurino come perdita o mancato guadagno, «*conseguenza immediata e diretta*» dell'inadempimento, lasciando così chiaramente distinti il momento della violazione degli obblighi ex artt. 2087 c.c. e 2103 c.c. e quello, meramente eventuale, della produzione di un pregiudizio alla sfera personale del lavoratore (in tal senso si è espressa chiaramente C. Cost. 27 ottobre 1994 n. 327, in *GCost*, 1995, 887, con nota di G.S. COCO, *La risarcibilità del danno biologico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*).

Poiché il rimedio risarcitorio opera al fine di eliminare la perdita concretamente sofferta dalla vittima, la sua applicazione è condizionata dalla sussistenza effettiva di un pregiudizio ulteriore rispetto all'inadempimento, atteso che l'attribuzione di una somma di denaro inflitta sulla base del solo inadempimento finirebbe per integrare una sorta di «*punitiva damage*», una sanzione civile punitiva, una somma-castigo non ammessa, né riconosciuta dal nostro ordinamento (per un approfondimento, si veda G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *RDC*, 1983, I, 435; ID., *La «costituzionalizzazione» dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *FI*, 2003, 356; P.

GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1996).

La ribadita distinzione tra inadempimento e pregiudizio risarcibile ai sensi dell'art. 1218 c.c. e 1223 c.c. esige, quindi, la dimostrazione dell'effettiva diminuzione patrimoniale subita dal lavoratore danneggiato, mediante una sua specifica allegazione. In presenza dell'allegazione si potrà, piuttosto, sopperire alla carenza di prove testimoniali o documentali attraverso il ricorso alla presunzione.

Il giudice del lavoro può, infatti, supplire alla carenza di prova, ma non alla carenza di allegazione: essa deve essere tempestiva e specifica e deve fornire tutti gli elementi, le modalità e le peculiarità della situazione di fatto (sul punto, si veda A. VALLEBONA, *L'edonismo d'assalto di fronte alle Sezioni Unite: il danno alla persona del lavoratore*, in *MGL*, 2006, 485; ID., *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, Padova, 2006, 65).

Quanto agli incombenti istruttori, sulla scia della Suprema Corte, l'ordinanza in epigrafe fissa in maniera quasi didascalica gli oneri probatori afferenti alle diverse tipologie di danno prodotte dal demansionamento. La dequalificazione comporta, invero, una pluralità di pregiudizi incidenti soltanto in parte sulla potenzialità economica del lavoratore, ma che si identificano con la lesione, suscettibile di essere dimostrata, di interessi e valori primari dati dalla professionalità, dalla personalità, immagine e dignità del lavoratore (Cass. 6 novembre 2000 n. 14443, in *LG*, 2001, 372, e in *DL*, 2000, 305, con nota di P. SALVATORI, *Dequalificazione professionale, lesione di diritti della personalità e prova del danno*).

Nel danno professionale, essenziale è l'allegazione dell'impoverimento della capacità professionale in ambedue le sue componenti, *statica* – utilizzo e perfezionamento del corredo di nozioni, abilità ed esperienza maturate dal lavoratore (Cass. 17 marzo 1999 n. 2428, in *MGC*, 1999, 587) – e *dinamica* – possibilità di progressione della carriera o di trovare occupazione nello stesso settore delle mansioni originarie (Cass. 17 agosto 1998 n. 7755, in *OGI*, 1998, 697) –, nonché del pregiudizio consistente nella perdita di *chance*, afferente al mancato sviluppo della carriera in termini di collocazione futura sul mercato. La forzata inattività dal lavoro determina, infatti, un danno al bagaglio professionale del lavoratore.

Nell'area del danno non patrimoniale, si colloca, invece, il danno biologico. Esso è ravvisabile ogni volta in cui si riscontri una lesione dell'integrità psicofisica suscettibile di accertamento medico-legale, «che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito» (Cass. 18 novembre 2005 n. 24451, in *RCP*, 2006, 637, con nota di P. ZIVIZ, *La valutazione del danno biologico nel nuovo codice delle assicurazioni*), secondo la definizione legislativa di cui agli artt. 138 e 139 del nuovo Codice delle Assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, in *GU*, 13 ottobre 2005, n. 239). Indubbio, al riguardo, è lo specifico onere di allegazione e prova in capo al lavoratore.

Al novero dei danni non patrimoniali, la giurisprudenza riconduce, altresì, il c.d. danno *esistenziale*, altrimenti inteso quale danno non patrimoniale da lesione di interesse costituzionalmente protetto, ravvisabile in ogni compromissione delle attività realizzatrici della vita del lavoratore, di carattere *areddituale* (*contra*, Trib. Venezia 11 luglio 2005 n. 1540, in *DR*, 2006, 1005, con nota di G. PEDRAZZI, *Il «nuovo» danno biologico allo specchio del «vecchio» danno esistenziale*; Cass. 9 novembre 2006 n. 23918, in *DR*, 2007, 310, con nota di G. PONZANELLI, *La lettura costituzionale dell'art. 2059 esclude il danno esistenziale*). La qualificazione del predetto danno non è, però, completamente condivisibile, atteso che secondo la stessa Corte di Cassazione «l'ampia locuzione usata dall'art. 2087 c.c. assicura il diretto accesso alla tutela di tutti i danni non patrimoniali, e quindi non è necessario, per superare le limitazioni imposte dall'art. 2059 c.c., verificare

se l'interesse leso dalla condotta datoriale sia meritevole di tutela in quanto protetto a livello costituzionale, perché la protezione è già chiaramente accordata da una disposizione del Codice civile» (sul punto, si veda Cass. 24 marzo 2006 n. 6572, cit.).

Prescindendo dal *nomen juris* e dal dibattito ingenerato sulla questione, la sussistenza del danno non patrimoniale all'identità professionale, all'immagine e alla vita di relazione esige, comunque, la dimostrazione dei concreti cambiamenti in senso peggiorativo della qualità della vita. Non è, infatti, *ex se*, sufficiente la prova della dequalificazione, dell'isolamento, della forzata inoperosità, dell'assegnazione a mansioni diverse ed inferiori a quelle proprie – integrando tali elementi l'inadempimento del datore di lavoro – ma è necessaria la dimostrazione della concreta incidenza del predetto inadempimento nella sfera del lavoratore, tale da comportare un'alterazione in senso negativo dell'equilibrio e delle abitudini di vita.

Tale rigore probatorio, giustificato dall'esigenza di ridurre il contenzioso ed evitare duplicazioni risarcitorie (per uno sguardo d'insieme, si veda F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *DR*, 2003, 826), viene, però, temperato da un sistema che apre all'ammissibilità della prova testimoniale, documentale e presuntiva. Benché necessariamente imposto per il riconoscimento del ristoro, l'onere istruttorio viene alleggerito, in considerazione della peculiare posizione del lavoratore nel rapporto di lavoro, attribuendo rilevanza a indizi, presunzioni semplici, ovvero massime di esperienza ispirate a «criteri di normalità o di tipicità sociale» (L. NOGLER, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico*, in *RIDL*, 2002, 308; M. MEUCCI, *Il danno alla professionalità è di natura non patrimoniale*, in *RCDL*, 2004, 253; Cass. 29 aprile 2004 n. 8271, in *MGC*, 2004, 4; Cass. 25 giugno 2005, n. 13719, in *MGC*, 2005, 6).

Argomentando nel solco tracciato dalla Suprema Corte, l'ordinanza del Tribunale di Parma si appunta sulle questioni più squisitamente teoriche inerenti all'onere della prova, omettendo, tuttavia, di affrontare in maniera diretta il problema della quantificazione. Raccogliendo le oscillazioni della giurisprudenza maggioritaria, il Collegio si limita, infatti, ad affermare la risarcibilità di ogni danno per «equivalente monetario».


La questione del *quantum damni* è, in realtà, ben più complessa e tocca la radicale difficoltà dell'interprete nella traduzione del danno in termini economici, con ricorso a criteri giusti, ragionevoli e non contestabili. La giurisprudenza maggioritaria, ad oggi, esclude il sistema di determinazione tabellare del danno, ammettendo solo in via residuale il ricorso a criteri matematici o aritmetici (*contra*, H. EGE, *Dalle origini del mobbing alla valutazione del danno*, in *LG*, 2004, 316). Il parametro impiegato potrà, quindi, basarsi sulla retribuzione (o una sua percentuale) moltiplicata per i mesi di demansionamento o inattività. Tale metodo non è, però, esente da profili critici, atteso che la quantificazione del danno calibrata sulla retribuzione percepita dal danneggiato rischia di attribuire implicitamente maggior valore al demansionamento del dirigente – ritenuto intrinsecamente più lesivo –, rispetto a quello dell'operaio specializzato o dell'impiegato.

Assolto l'onere probatorio da parte del lavoratore, il giudice, nella sua discrezionalità, operando la propria valutazione su «presunzioni e presupposizioni, nonché su apprezzamenti di probabilità», dovrà, quindi, procedere per via equitativa, assegnando il giusto peso anche a lavori ed occupazioni tradizionalmente più «deboli».

Federica Giuzzi

Scuola internazionale di Dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
di Adapt e Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

5. Pubblico impiego

5.1. C. Stato 27 giugno 2006 n. 4132 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 50).

Pubblico impiego - Concorso pubblico riservato al personale interno - Ritenuta illegittimità del concorso da parte della amministrazione - Annullamento d'ufficio del bando di concorso e della relativa procedura concorsuale prima della approvazione della graduatoria - Insussistenza dei motivi per l'annullamento - Conseguente illegittimità dell'atto di annullamento - Sussistenza.

Qualora non sussistano i motivi per i quali l'amministrazione ha disposto, prima della approvazione della graduatoria, l'annullamento d'ufficio di un bando di concorso e della relativa procedura concorsuale, l'atto di annullamento è illegittimo e l'amministrazione ha l'obbligo di portare a termine le procedure concorsuali, venendo meno le ragioni di pubblico interesse per non approvare gli atti del concorso.

Annullamento d'ufficio di concorso pubblico: quali limiti per la pubblica amministrazione?

La sentenza in commento consente di mettere in luce alcune problematiche frequentemente ricorrenti in materia di concorsi pubblici e, segnatamente, di evidenziare i limiti al potere di annullamento, da parte della pubblica amministrazione in via di autotutela, degli atti inerenti alla procedura concorsuale.

Nel merito, il Consiglio di Stato, confermando la sentenza di primo grado del TAR Abruzzo – sezione distaccata di Pescara, ha ritenuto illegittimo l'annullamento da parte della giunta di un Comune di un bando di concorso e della relativa procedura, non sussistendo i vizi di illegittimità che erano stati addotti ai fini dell'annullamento degli atti in questione ed ha, conseguentemente, affermato l'obbligo dell'amministrazione di portare a compimento l'iter concorsuale interrotto prima dell'approvazione della graduatoria.

Il caso in commento riguarda un concorso pubblico, indetto per la copertura del posto di comandante dei vigili urbani e riservato al personale interno, che aveva visto la partecipazione di tre candidati; di cui uno solo, ammesso alla prova orale, era risultato vincitore. L'amministrazione, tuttavia, non aveva dato seguito all'approvazione dei verbali di concorso e alla conseguente redazione della graduatoria.

Il candidato risultato vincitore aveva, pertanto, diffidato l'Amministrazione ad adempiere all'approvazione dei verbali di concorso e, dinanzi alla perdurante inerzia del Comune, aveva promosso una prima azione dinanzi al TAR, che aveva ordinato all'Ente di concludere il procedimento.

A seguito di tale pronuncia, la giunta comunale, con propria delibera, aveva annullato il bando di concorso e la conseguente procedura, adducendo vari e distinti profili di illegittimità degli stessi.

Con una seconda azione dinanzi al TAR, oggetto del giudizio, il candidato vincitore aveva, dunque, impugnato la delibera di annullamento, emanata dal Comune in via di autotutela, ritenendo che i vizi elevati nei confronti del bando e della successiva procedura concorsuale non avessero fondamento e che, pertanto, l'annullamento disposto dall'Ente avesse ingiustamente sacrificato il suo interesse alla conclusione degli atti concorsuali.

Con la pronuncia in esame, il Consiglio di Stato conferma, innanzitutto, anche se implicitamente, la decisione del giudice di primo grado, nella parte in cui aveva ritenuto che la fattispecie controversa, relativamente alla domanda di impugnazione dell'atto con il qua-

le era stato disposto l'annullamento del concorso prima dell'approvazione della graduatoria, rientrasse nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Sul punto, la sentenza del Consiglio di Stato è conforme al consolidato orientamento della giurisprudenza, che individua, come linea di confine tra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella del giudice del lavoro, l'approvazione della graduatoria: soltanto con l'approvazione di quest'ultima, infatti, si esaurisce l'ambito riservato al procedimento amministrativo e all'attività autoritativa dell'amministrazione e subentra la fase in cui i comportamenti dell'amministrazione sono espressione del potere negoziale della pubblica amministrazione nella sua veste di datore di lavoro, con conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice del lavoro (v., *ex plurimis*, Cass., sez. un., 6 luglio 2006 n. 15342; Cass., sez. un., 13 dicembre 2005 ordinanza n. 27399, in *LG*, 2006, 608; Cass., sez. un., 15 ottobre 2003 n. 15403, in *GDA*, 2004, 143, con nota di A. CORPACI; C. Stato, sez. VI, 18 settembre 2006 n. 5416; TAR Campania, sez. V, 7 giugno 2006 n. 6792; TAR Emilia Romagna, sez. I, 19 maggio 2006 n. 622; TAR Sicilia, sez. I, 9 marzo 2006 n. 558).

Nel merito, una prima questione affrontata dal Consiglio di Stato riguarda l'effettiva selettività della procedura concorsuale.

Il Comune aveva, infatti, ritenuto che il superamento delle prove scritte da parte di un solo concorrente non avesse consentito di effettuare una scelta adeguata per la copertura del posto messo a concorso.

Condivisibilmente, il Consiglio di Stato precisa che la selettività della prova non è connessa al numero dei partecipanti (tra l'altro nel concorso in questione ve ne erano stati tre), ma deve essere valutata in riferimento all'esito della prova stessa ed alla sua idoneità ad individuare i candidati che siano in possesso delle competenze richieste. Il fatto che dei tre partecipanti soltanto uno avesse superato la prova scritta dimostrava che essa conteneva i requisiti di selettività che ad una prova concorsuale si richiedono.

Meno probante, sempre sotto questo profilo, anche se ragionevole, è l'argomento speso dal Consiglio di Stato per cui il Comune, avendo scelto di ricorrere alla formula del concorso con riserva agli interni, non poteva poi dolersi del fatto che la partecipazione allo stesso non fosse stata in grado di assicurare un'ampia partecipazione e una adeguata selezione.

Altro motivo di annullamento della procedura concorsuale, dedotto dal Comune e meritevole di interesse, riguarda la tipologia della prova concorsuale, elaborata dalla commissione di concorso, mediante la quale era stata effettuata la selezione. Il Comune aveva, infatti, lamentato la illegittimità della prova esperita, rilevando una distinzione tra la prova «teorico-pratica» prevista dal bando e la prova «tecnico-professionale» assegnata dalla commissione d'esame ai candidati. Soprattutto, il Comune aveva ritenuto illegittimo aver assegnato ai partecipanti, come prova concorsuale, la redazione di un atto di indirizzo per la costituzione di una società per azioni da parte dell'Ente medesimo.

Non era stata, dunque, messa in discussione dal Comune appellante l'autonomia e la discrezionalità tecnica di cui gode la commissione di concorso nella scelta e nella redazione della prova concorsuale (v., sul punto ad es., C. Stato, sez. V, 24 marzo 1997 n. 289, in *CS*, 1997, 375; TAR Liguria, sez. II, 7 maggio 2004 n. 2280, in *Comuni d'Italia*, 2004, 114; TAR Liguria, sez. II, 4 luglio 1998 n. 516, in *Ragiusan*, 1999, 347), bensì la coincidenza della prova «pratico-teorica» con la prova «tecnico-professionale» in concreto assegnata.

Secondo la prevalente giurisprudenza, la prova pratica consiste nell'accertamento delle tecniche specifiche proprie delle funzioni messe a concorso e, pertanto, non può essere ridotta ad una prova orale sia pure di tipo tecnico (cfr. C. Stato, sez. V, 30 agosto 2006 n. 5074; C. Stato, sez. V, 2 marzo 2000 n. 1071, in *Ragiusan*, 2000, 412; TAR Sardegna, 25 febbraio 2003 n. 226; TAR Abruzzo, 9 gennaio 2002 n. 5, in *FA TAR*, 2002, 188; TAR

Basilicata, 24 agosto 2000 n. 513, in *Ragiusan*, 2001, 298; *contra* C. Stato, n. 289/1997, cit., secondo cui la commissione d'esame ha un amplissimo potere discrezionale nel predisporre il contenuto delle prove d'esame, anche quando esse debbano avere carattere pratico; nonché TAR Toscana, sez. I, 11 luglio 2000 n. 1603, in *Comuni d'Italia*, 2000, 1769, secondo cui lo svolgimento di una prova pratica «non si sostanzia sempre e soltanto in operazioni materiali, ma ben può richiedere anche un'operazione intellettuale che sia diretta a dimostrare il possesso di specifiche conoscenze tecniche e la attitudine alla loro concreta applicazione»).

Tale questione, tuttavia, non si è posta nel caso di specie, in quanto la prova assegnata è consistita, effettivamente, in una prova pratica volta all'accertamento di competenze di tipo tecnico (materiale redazione di un atto).

In astratto, potrebbe essere invece ravvisata, in sintonia con la linea difensiva del Comune appellante, una non coincidenza tra prova «tecnico-professionale», che sembra indicare più propriamente l'accertamento del «saper fare» del candidato, e prova teorico-pratica, che potrebbe più propriamente essere volta a verificare che il candidato sappia «dire come fare», ma si tratta di una distinzione tutto sommato nominalistica, priva di concreto riscontro e di agevole individuazione nella prassi.

Altra questione, e di ben altra rilevanza, invece, è se la prova assegnata rientrasse nelle materie oggetto di esame, com'è necessario che sia, a pena di illegittimità della prova (cfr., ad es., C. Stato n. 5074/2006, cit.; C. Stato, sez. V, 13 novembre 2000 n. 6098, in *FA*, 2000, n. 11; TAR Lazio, sez. I, 19 aprile 2006 n. 2807; TAR Liguria, sez. II, 7 maggio 2004 n. 2280, in *Comuni d'Italia*, 2004, 114).

Dal corpo della motivazione si evince, infatti, che il bando prevedeva, come prova pratica, la redazione di un provvedimento attinente all'attività comunale.

Seguendo il criterio, individuato dalla giurisprudenza, per cui la prova assegnata deve essere attinente alla materia oggetto di esame, desta, in effetti, perplessità la scelta di effettuare la selezione dei candidati al posto di comandante dei vigili urbani sulla base della redazione di un atto di indirizzo per la costituzione di una società per azioni da parte del Comune. In primo luogo, perché la prova concerneva la redazione di un atto di competenza della giunta, non rientrante negli atti gestionali spettanti a chi avesse ricoperto il posto per il quale era stato bandito il concorso. Inoltre, la prova è ben poco attinente all'esercizio delle mansioni che il comandante dei vigili urbani, una volta vinto il concorso, sarebbe stato chiamato ad espletare.

Il Consiglio di Stato tenta di superare tali argomentazioni, da un lato affermando che l'atto di indirizzo, pur essendo un atto di competenza della giunta, viene elaborato sulla base di schemi predisposti dagli uffici e dall'altro sottolineando che, dopo l'emissione del bando, la competenza dell'unità operativa alla quale il vincitore del concorso sarebbe stato preposto era stata ampliata, fino a ricomprendervi i servizi di gestione dei rifiuti, di pulizia delle strade e di trasporti pubblici. I partecipanti al concorso, essendo dipendenti dell'Ente, avrebbero dovuto sapere dell'ampliamento di tali competenze e, pertanto, la prova assegnata doveva considerarsi attinente alle ampliate competenze dell'unità operativa. Si tratta, tuttavia, di una risoluzione pragmatica, che non fornisce però risposte adeguate alle censure elevate dal Comune sul punto.

Dall'accertata infondatezza dei motivi adottati dal Comune a sostegno della legittimità della delibera di annullamento del concorso il Consiglio di Stato fa discendere, come diretta conseguenza, l'illegittimità dell'annullamento del bando di concorso e della relativa procedura disposto d'ufficio dalla giunta comunale.

L'annullamento d'ufficio (v., in dottrina, G. CORAGGIO, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *EGT*, 1988, II, manca pagina; G. GHETTI, *Annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo*, in *DDP*, 1987, I, 267 ss.; L. BUSICO, V. TENORE, *La disciplina giuridica dei concorsi nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2006, 43 ss.; S. CASSESE (a

cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, 943 ss., con ivi ulteriori riferimenti bibliografici), ora disciplinato dall'art. 21-*novies* della l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 14 della l. n. 15/2005, inapplicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie in esame, è espressione di un potere di autotutela dell'amministrazione, che consente alla medesima di esercitare, nei confronti dei propri atti, un potere normalmente riservato al giudice e finalizzato a garantire il rispetto del principio costituzionale di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione sancito dall'art. 97 Cost. (in questi termini, cfr. C. Stato, sez. V, 18 novembre 2002 n. 6389, in *GI*, 2003, 804).

L'accertamento dell'illegittimità dell'atto che si intenda annullare costituisce condizione necessaria per l'esercizio del potere di autotutela, con la conseguenza che laddove, come nel caso in esame, non sussistano motivi di illegittimità dell'atto annullato, viene a mancare il presupposto stesso dell'annullamento dell'atto.

Tuttavia, anche nei casi in cui l'atto sia effettivamente illegittimo, l'interesse pubblico all'annullamento dell'atto viziato non può essere identificato *sic et simpliciter* nel generico interesse alla legalità (cfr. C. Stato, sez. V, 25 settembre 2006 n. 5622; C. Stato, sez. V, 29 luglio 2000 n. 4213, in *FA*, 2000, 2658).

Tale interesse deve essere concreto ed attuale (cfr. C. Stato, sez. V, 1° marzo 2003 n. 1150, in *GI*, 2003, 1259) e deve essere altresì ponderato con l'interesse del destinatario degli effetti dell'atto viziato, da qualificarsi, come affermato nella pronuncia in commento, in termini di interesse legittimo e non di mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento.

L'esercizio del potere di annullamento trova, dunque, un limite nel rispetto del principio di buona fede oggettiva del destinatario dell'atto, inteso come obbligo per l'amministrazione di agire correttamente e di non poter procedere all'annullamento del provvedimento viziato dopo aver generato, con il proprio comportamento inerte, il ragionevole affidamento del destinatario (cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Giuffrè, Milano, 2001).

Anche in presenza dell'accertata illegittimità dell'atto, pertanto, si richiede che sia valutato, secondo un criterio di proporzionalità, l'interesse che si chiede sacrificare con quello perseguito dall'amministrazione mediante l'annullamento dell'atto, specialmente laddove sia decorso un ampio lasso di tempo dal momento in cui l'atto è stato adottato ovvero in ragione dei costi che il destinatario dell'atto annullato sia chiamato a sopportare (C. Stato, sez. VI, 9 giugno 2006 n. 3458; C. Stato, sez. V, 15 febbraio 2002 n. 903, in *FA Cds*, 2002, 410; C. Stato, sez. V, 18 ottobre 1996 n. 1253, in *FA*, 1996, 2892).

Ciò impone, secondo quanto già affermato dalla giurisprudenza, che l'amministrazione debba fornire adeguata motivazione alla rimozione dell'atto (cfr. C. Stato, sez. V, 20 settembre 2002 n. 4756, in *D&G*, 2002, n. 35, 81), e che tale motivazione dia anche conto della avvenuta ponderazione dell'interesse del destinatario dell'atto favorevole con quello proprio dell'Amministrazione concernente il ripristino della legalità.

Tali principi hanno trovato pieno riconoscimento nell'art. 21-*novies*, secondo cui il provvedimento amministrativo illegittimo «può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge».

In assenza di tali presupposti e, pertanto, ove il potere di annullamento sia stato illegittimamente esercitato, si configura, come accade nella fattispecie in esame, un obbligo per l'amministrazione di portare a termine le procedure concorsuali mediante l'approvazione della graduatoria.

Più controverso è, invece, il caso in cui la graduatoria sia già stata approvata.

Per i giudici amministrativi, infatti, anche in questa ipotesi, il candidato vincitore è titolare di un interesse legittimo alla conclusione del procedimento mediante la stipulazione

del contratto di lavoro (cfr. C. Stato, sez. V, 23 aprile 1998 n. 465, in *FA*, 1998, 1110; TAR Lazio, sez. I-*quater*, 24 agosto 2006 n. 7425, in *www.lexitalia.it*; TAR Puglia, sez. I, 9 marzo 2006 n. 690; TAR Calabria, sez. II, 15 giugno 2005 n. 1107; TAR Lazio, sez. II-*bis*, 14 settembre 2005 n. 7029, in *FA TAR*, 2005, 2843).

Pertanto, se nelle more del completamento del procedimento concorsuale sopravvengono circostanze preclusive di natura normativa (per esempio un blocco generalizzato delle assunzioni), organizzativa (per esempio un riordino della dotazione organica) o anche solo finanziaria (per esempio un difetto di copertura), la pubblica amministrazione può paralizzare o, se del caso, anche annullare la procedura stessa, salvo il controllo giurisdizionale sulla congruità e la correttezza delle scelte effettuate (C. Stato, sez. V, 19 marzo 2001 n. 1632, in *FA*, 2001, n. 3; C. Giust. Amm. Sic. 21 novembre 2006 n. 723; TAR Toscana, sez. II, 7 dicembre 2005 n. 8271).

Di contrario avviso è invece la giurisprudenza di Cassazione che, una volta approvata la graduatoria, considera il vincitore di concorso alla stregua dell'aggiudicatario di qualsiasi altro contratto, riconoscendo al medesimo il diritto all'assunzione alle dipendenze dell'amministrazione (v., in merito, M. MONTINI, *Il diritto all'assunzione del dipendente idoneo*, in *LPA*, 2003, 927 ss.; L. ZAPPALÀ, *Le trasformazioni del lavoro pubblico nel prisma delle politiche di reclutamento. Il caso del diritto all'assunzione*, in *LPA*, 2000, 271 ss.; in giurisprudenza, cfr. Cass., sez. un., 29 settembre 2003 n. 14529, in *GDA*, 2003, n. 12, 1300; Cass. 21 aprile 2006 n. 9384, in *MGI*, 2006; App. Bologna 15 maggio 2006, in *www.giuraemilia.it*, 2006), da far valere dinanzi al giudice del lavoro (cfr. Cass., sez. un., 6 luglio 2006 n. 15342, in *MGI*, 2006; Cass., sez. un., 28 giugno 2006 n. 14852, in *LG*, 2006, 1129; Cass., sez. un., 11 aprile 2006 n. 8375, in *LG*, 2006, 1021).

Marco Lovo
Avvocato del Foro di Pisa

6. Sciopero

6.1. Trib. Torino 16 gennaio 2007 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 28).

Sciopero - Sciopero spontaneo - Accordo sindacale di «raffreddamento» della vertenza - Antisindacalità della condotta del datore di lavoro che ha irrogato sanzioni disciplinari ai lavoratori in ottemperanza alle prescrizioni della Commissione di Garanzia - Sussistenza.

È antisindacale il comportamento del datore di lavoro che, a seguito di uno sciopero c.d. spontaneo, in ottemperanza alle prescrizioni della Commissione di Garanzia, abbia applicato le sanzioni disciplinari ai lavoratori partecipanti allo sciopero, in violazione dell'accordo precedentemente raggiunto con le organizzazioni sindacali in cui si impegnava a non applicare tali sanzioni ai lavoratori.

Sciopero spontaneo ed esercizio del potere disciplinare tra obbligatorietà e contestazioni di antisindacalità

Sommario: **1.** Il caso di specie. – **2.** La figura del comitato spontaneo. – **3.** Sulla doverosità dell'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro.

1. I dipendenti di alcune imprese, tra cui la Sagat Handling S.p.A., addetti all'aeroporto

di Torino Caselle manifestavano contro il licenziamento di alcuni colleghi astenendosi dal lavoro. Al fine di scongiurare tale sciopero, nell'imminenza delle Olimpiadi invernali, le parti sindacali giungevano ad un accordo «di raffreddamento» della vertenza, a fronte del quale i datori di lavoro si impegnavano a non assumere provvedimenti disciplinari contro i lavoratori che avevano partecipato allo sciopero.

Ciononostante, la Sagat Handling S.p.A. infliggeva la sanzione disciplinare della multa pari a quattro ore con trattenuta sullo stipendio ai lavoratori che si erano illegittimamente astenuti dal lavoro, in ottemperanza alla delibera sanzionatoria della Commissione di Garanzia (vedi delibera n. 06/222 del 19 aprile 2006, in www.commissione-garanziasciopero.it), che aveva ritenuto illegittima tale agitazione spontanea prescrivendo, di conseguenza, l'intervento disciplinare nei confronti dei lavoratori scioperanti.

Le organizzazioni sindacali che avevano stipulato l'accordo adivano il giudice del lavoro, denunciando l'antisindacalità della condotta tenuta dai datori di lavoro, chiedendone la condanna al rispetto dell'accordo raggiunto, nonché l'annullamento dei provvedimenti disciplinari inflitti ai lavoratori.

Il decreto parte dal presupposto che il datore di lavoro al cospetto di una delibera sanzionatoria della Commissione di Garanzia, una volta adempiuto all'obbligo di aprire il procedimento disciplinare nei confronti dei lavoratori che si siano illegittimamente astenuti dal lavoro, rimanga poi libero di sanzionarli o meno; di conseguenza, accerta l'antisindacalità della condotta del datore di lavoro circa il mancato rispetto dell'accordo sindacale raggiunto con le organizzazioni sindacali ricorrenti e, per l'effetto, dichiara illegittime le sanzioni disciplinari irrogate ai lavoratori che avevano partecipato allo sciopero in violazione della legge.

2. La decisione è criticabile per almeno due aspetti: in primo luogo, non tiene conto che, nel caso di specie, si è in presenza di uno sciopero posto in essere da un comitato spontaneo; in secondo luogo, erra nel ritenere che il datore di lavoro adempia alla delibera sanzionatoria della Commissione di Garanzia limitandosi ad aprire il procedimento disciplinare nei confronti dei lavoratori che si siano spontaneamente astenuti, senza essere obbligato poi ad applicare effettivamente una sanzione.

Quanto al primo profilo, giova soffermarsi sulla figura del comitato spontaneo di sciopero enucleata dalla Commissione di Garanzia e sulle ragioni che hanno indotto la Commissione a porre in essere tale operazione interpretativa.

L'esame delle ricostruzioni effettuate dalla Commissione di Garanzia e dalla dottrina consentirà di evidenziare l'erroneità delle motivazioni contenute nella decisione, che, lo si anticipa, producono l'effetto di indebolire l'apparato sanzionatorio predisposto dalla legge, evidenziando una lacuna che la Commissione di Garanzia aveva comunque già colmato in via interpretativa.

Com'è noto, le agitazioni spontanee dei lavoratori costituiscono un nodo assai problematico della legge perché, come la dottrina ha evidenziato (M. MAGNANI, *La disciplina dello sciopero nei s.p.e. alla prova dei fatti*, in *RIDL*, 2005, 79-80; P. FERRARI, *Conflitto collettivo e servizi essenziali: problemi e prospettive*, in *ADL*, 2006, 86), l'effettività dell'apparato sanzionatorio rischia di venir meno proprio in presenza di astensioni spontanee dei lavoratori.

Ciò perché la legge «scommette» sulla capacità delle associazioni sindacali di governare il conflitto, connettendo la prescrizione delle sanzioni individuali da parte della Commissione di Garanzia alla valutazione di illegittimità del comportamento delle organizzazioni sindacali (M. MAGNANI, *op. cit.*, 79).

In altre parole, secondo la lettera dell'art. 13, lett. i), della l. n. 146/1990, se non sono individuabili parti collettive, la Commissione non potrebbe aprire un procedimento di valutazione e, di conseguenza, il potere disciplinare dovrebbe tornare nella piena disponibilità e discrezionalità del datore di lavoro (P. PASCUCI, *Le sanzioni*, in P. PASCUCI (a cura

di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, Milano, 2000, 107). Ed è notorio che il datore di lavoro è «scarsamente sensibile alle reazioni postume finalizzate alla tutela (futura) dei diritti costituzionali dei terzi» (L. MONTUSCHI, *Lo sciopero senza regole*, in *Newsletter CGS*, 2003, n. 3, 23).

Con la conseguenza che, lasciata la libertà al datore di lavoro di sanzionare o meno i dipendenti, che avessero partecipato a scioperi spontanei illegittimi, tali astensioni rischierebbero di restare impunte con grave pregiudizio dei diritti degli utenti.

Se ciò poteva essere tollerato in passato, quando il fenomeno degli scioperi c.d. spontanei si verificava raramente (vedi per una ricognizione M.R. IORIO, *Sciopero «spontaneo» e sanzioni individuali*, in *q. Rivista*, 2003, 178 ss.), a fronte del dilagare di tale modalità di sciopero, soprattutto in settori delicati come quelli dei trasporti con effetti di paralisi della circolazione e grave pregiudizio degli utenti (si pensi agli scioperi improvvisi degli autoferrotranvieri del dicembre 2003 e del gennaio 2004, prima a Milano e poi estesi in quasi tutte le città italiane, o alle assenze per malattia degli assistenti di volo dell'Alitalia del giugno del 2003), urgeva un intervento della Commissione di Garanzia a tutela delle finalità di contemperamento previste dalla legge.

Essa, come si è anticipato, nell'intento di ricondurre in via interpretativa anche gli scioperi spontanei nell'alveo della legge, ha adottato una delibera generale (delibera n. 03/32 del 12 febbraio 2003, in www.commissionegaranziasciopero.it), in cui, enfatizzando il riferimento operato dalla legge all'«organizzazione sindacale», comprende in tale espressione tutte le forme di coalizione sindacale, anche se non strutturate secondo il modulo associativo, in particolare le coalizioni occasionali (sul cui inquadramento vedi M. MAGNANI, *op. cit.*, 80; M.G. GAROFALO, *Le sanzioni nell'attuale disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in M. D'ONGHIA, M. RICCI (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, Milano, 2003, 82 ss.; G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2001, 80. Dubbi sulla ricostruzione effettuata dalla Commissione di Garanzia vengono avanzati da M.P. MONACO, *I poteri della Commissione di Garanzia alla luce degli ultimi interventi dei garanti*, in *RIDL*, 2004, I, 393 ss., e da M.R. IORIO, *op. cit.*, 180).

Di conseguenza, la Commissione di Garanzia, in caso di sciopero illegittimo posto in essere da una coalizione occasionale di lavoratori, è legittimata ad aprire il procedimento di valutazione nei confronti del soggetto collettivo individuato nel comitato spontaneo di sciopero, e, in caso di valutazione negativa, può prescrivere al datore di lavoro la applicazione delle sanzioni disciplinari ai singoli scioperanti (cfr. M. MAGNANI, *op. cit.*, 80. Sul punto, si vedano anche G. PINO, *Conflitto e autonomia collettiva. Contributo allo studio della regolamentazione contrattuale del diritto di sciopero*, Giappichelli, Torino, 2005, 170, e P. FERRARI, *op. cit.*, 86 ss.).

Solo attraverso il ricorso alla figura del comitato spontaneo, si può giungere a sostenere la sanzionabilità dei singoli lavoratori, il che costituisce l'unico deterrente applicabile nei confronti di comportamenti collettivi illegittimi posti in essere da una coalizione occasionale (cfr. ancora M. MAGNANI, *op. cit.*, 80).

Non essendo, infatti, ravvisabile un'organizzazione sindacale stabile, non possono essere deliberate dalla Commissione di Garanzia le sanzioni calibrate sul sindacato-associazione, di cui all'art. 4, comma 2, l. n. 146/1990, né, secondo alcuni, la sanzione amministrativa sostitutiva ex art. 4, comma 4-bis, l. n. 146, per la difficoltà di individuare in concreto il legale rappresentante, in caso di comitato spontaneo ed effimero (L. MONTUSCHI, *op. cit.*, 21 ss.). Si segnala, però, la contraria opinione secondo la quale, invece, nelle coalizioni non stabilmente strutturate sarebbe semplificata l'applicazione della sanzione amministrativa sostitutiva, perché tale sanzione potrebbe essere applicata a tutti i componenti-partecipanti allo sciopero illegittimo, in quanto tutti legali rappresentanti (A. ZOPPOLI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, Napoli, 2006, 178 ss.; M.G.

GAROFALO, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali e le sanzioni*, in *RGL*, 2003, I, 18-19).

Il ragionamento contenuto nella decisione in commento si scosta dalla ricostruzione operata dalla Commissione di Garanzia, là dove ritiene che la valutazione del comportamento dei lavoratori non può essere subordinata a quella delle parti collettive e che quindi il datore di lavoro rimane arbitro di decidere di esercitare o meno il potere disciplinare. La conclusione contenuta nel decreto varrebbe tuttavia solo in caso di comportamenti meramente individuali svincolati dalla condotta dell'organizzazione sindacale proclamante, non in caso di sciopero posto in essere da un soggetto collettivo, quale, per l'appunto, il comitato spontaneo (cfr. sul potere-dovere del datore di lavoro di irrogare le sanzioni disciplinari ai lavoratori, A. ALAIMO, *La legge n. 146 del 1990 dopo la novella del 2000 (legge n. 83 del 2000): il ruolo dei soggetti erogatori dei servizi pubblici essenziali*, in *RGL*, 2003, 407 ss. In tema di applicazione delle sanzioni ai singoli lavoratori, si veda in www.commissione-garanziasciopero.it la delibera della Commissione di Garanzia n. 04/292 del 22 aprile 2004, che ha sostituito la precedente delibera n. 03/48 del 19 marzo 2003, nonché A. VALLEBONA, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, 2007, 154 ss.).

3. La decisione in commento pare altresì discutibile là dove sostiene che il datore di lavoro adempirebbe alla delibera sanzionatoria della Commissione di Garanzia, sottraendosi all'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 4, comma 4-*sexies*, della l. n. 146/1990, semplicemente provvedendo all'apertura del procedimento disciplinare restando poi libero di rinunciare alla *potestas puniendi*.

Tale conclusione costituisce per certi aspetti, come si vedrà in seguito, una ricaduta del mancato riconoscimento, nel caso di specie, della sussistenza di un comitato spontaneo di sciopero, oltre ad essere palesemente difforme dalle impostazioni della Commissione di Garanzia e da quanto pacificamente ritenuto in dottrina.

Infatti, nel caso in cui la Commissione di Garanzia abbia formulato la valutazione negativa del comportamento dell'organizzazione sindacale proclamante (*id est* comitato spontaneo), ed il comportamento individuale sia sanzionabile in quanto dipenda dalla condotta dei soggetti collettivi, l'applicazione della sanzione da parte del datore di lavoro è doverosa (cfr. delibera Commissione di Garanzia n. 04/292, cit.; F. SANTONI, *Sanzioni in tema di sciopero nei s.p.e.*, in *RIDL*, 2005, 464; A. PILATI, *I diritti di sciopero*, Cedam, Padova, 2004, 67; A. ALAIMO, *op. cit.*, 410). Se tale conclusione poteva essere già sostenuta nel vigore della l. n. 146/1990, essa non pare potersi mettere in dubbio a seguito della riforma introdotta dalla l. n. 83/2000, che, come è stato evidenziato, ha sottolineato più chiaramente rispetto al passato la doverosità dell'azione disciplinare, limitando la discrezionalità del datore di lavoro nell'irrogazione delle sanzioni individuali (F. SANTONI, *op. cit.*, 464).

Alla luce delle tesi dominanti sopra riportate, deve ritenersi corretto il comportamento dell'azienda convenuta, la quale, a fronte della delibera della Commissione di Garanzia, riteneva di non potersi esimere, se non rischiando le sanzioni previste dalla l. n. 146/1990, dal procedere contro i dipendenti.

Incoerente con l'impostazione prospettata, invece, è l'affermazione contenuta nella decisione secondo la quale il datore di lavoro potrebbe astenersi dall'assumere provvedimenti sanzionatori quando ciò sia imposto da ragioni di opportunità; analogamente, l'opinione secondo la quale il diritto del datore di punire singolarmente i propri dipendenti rimanga senz'altro disponibile e possa essere oggetto di rinuncia anche in sede negoziale.

La delibera della Commissione di Garanzia, infatti, alla luce del quadro interpretativo appena delineato, supera e prevale sull'accordo sindacale in cui era contenuto l'impegno datoriale a non applicare sanzioni disciplinari ai lavoratori scioperanti, in quanto imprime caratteri di doverosità all'azione del datore di lavoro: egli, in ottemperanza a tale delibe-

ra, non poteva fare altro che aprire il procedimento disciplinare nei confronti dei singoli lavoratori scioperanti in quanto membri del comitato spontaneo di sciopero, graduando poi l'entità della sanzione. In ciò conformandosi all'interpretazione più corretta dell'art. 13, lett. i), della l. n. 146/1990, secondo la quale l'espressione che impone alla Commissione di «prescrivere al datore di lavoro di applicare le sanzioni disciplinari» dev'essere intesa nel senso che una volta che la prescrizione della Commissione di Garanzia ha riguardato l'an della sanzione, il datore di lavoro potrà procedere, pur seguendo la direttiva di proporzionalità della sanzione alla gravità dell'infrazione, alla determinazione del *quantum* (P. PASCUCCI, *La riforma della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *GDA*, 755. Si veda sul punto anche A. ALAIMO, *op. cit.*, 411).

In tal modo, il datore di lavoro recupererebbe un margine di discrezionalità nel contesto del procedimento disciplinare, essendo l'unico soggetto in grado di compiere gli accertamenti di fatto, considerata anche l'inopportunità di accollare tale compito alla Commissione di Garanzia, «già oberata di mille funzioni, con intuibili conseguenze negative sul suo funzionamento» (G. GHEZZI, *Un'importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *RGL*, 1999, I, 694).

Inoltre, aderire all'opinione per cui il datore di lavoro, pur essendo tenuto ad applicare una sanzione in ottemperanza alle prescrizioni della Commissione di Garanzia, conserverebbe un margine di discrezionalità nel graduare la sanzione disciplinare, consentirebbe di salvaguardare la natura disciplinare del potere esercitato dal datore di lavoro, superando il dilemma circa la natura disciplinare o pubblicistica, di tale potere (P. PASCUCCI, *Le sanzioni*, cit., 104 ss.).

Eco di tale orientamento sembra peraltro riscontrarsi anche nella delibera della Commissione di Garanzia relativa al caso di specie, laddove si prescrive «alle società Sagat S.p.A., Sagat Handling S.p.A. e Aviaopartener S.p.A. l'apertura del procedimento disciplinare a carico dei lavoratori che hanno partecipato alla forma illegittima di sciopero [...], al fine dell'applicazione di sanzioni disciplinari proporzionate alla gravità dell'infrazione», e che parrebbe potersi interpretare nel senso di imporre al datore di lavoro l'applicazione delle sanzioni, consentendogli solo di graduarne l'entità.

Le conclusioni del decreto nel caso di specie, invece, nel momento in cui esautorano la Commissione di ogni potere nei confronti dei singoli scioperanti, non solo disattendono l'opinione dottrinale sopra riportata, ma non tengono neppure conto di quell'orientamento dottrinale che giunge a ritenere che la Commissione possa spingersi sino al punto di indicare preventivamente la sanzione ritenuta congrua e adeguata alla gravità delle colpe da accreditare (per una ricostruzione del dibattito, si veda M. MAGNANI, *op. cit.*, 80 ss.; A. PILATI, *op. cit.*, 117), auspicando un inasprimento delle sanzioni nei confronti dei singoli lavoratori, attraverso sanzioni pecuniarie comminate dalla Commissione di Garanzia con la finalità di evitare pericolosi episodi di scioperi spontanei irrispettosi di regole fondamentali (cfr. A. VALLEBONA, *op. cit.*, 155).

Ma a ben vedere le conclusioni contenute nella decisione non sono altro che il precipitato del mancato riconoscimento nel caso di specie della fattispecie del comitato spontaneo di sciopero.

Le argomentazioni contenute nel decreto, infatti, partono dal discutibile presupposto che manchi nel caso di specie un soggetto collettivo proclamante, nei confronti del quale la Commissione possa aprire un procedimento di valutazione ai sensi dell'art. 13, lett. i), della l. n. 146/1990, ritenendo di essere in presenza di condotte illegittime di singoli lavo-

ratori che, secondo la legge, in quanto svincolate dal comportamento di un soggetto collettivo, non possono essere oggetto di valutazione da parte della Commissione di Garanzia.

Maria Luisa De' Margheriti
Dottore di ricerca in Diritto del lavoro e delle relazioni industriali
Università degli Studi di Pavia

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Concertazione

- rapporto con la potestà parlamentare e governativa (1.1.)

Dimissioni

- dimissioni c.d. in bianco: fenomeno e meccanismi di tutela (2.1.; 2.8)
- dimissioni della lavoratrice madre (2.2. – 2.7.)

Farmaceutico

- contratti aziendali in deroga (presupposti e limiti) (3.1.)
- contratti aziendali in deroga (inquadramento teorico 3.2. – 3.3.)


Mercato del lavoro

- regolazione regionale (Lazio) (4.1.)
- organizzazione servizi per l'impiego (Lazio) (4.2.)
- disoccupazione (nozione e azioni di contrasto) (4.3. – 4.4.)

Partecipazione

- partecipazione finanziaria (inquadramento teorico e quadro comunitario) (5.1.)
- partecipazione finanziaria (quadro normativo) (5.2.)

*Nota per la lettura dell'Osservatorio di
legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva (*)*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

* La documentazione commentata nell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva è raccolta in collaborazione con ADAPT – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati in materia di lavoro e relazioni industriali e con Cisl – Dipartimento del mercato del lavoro, Confindustria – Servizio sindacale, Confindustria – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, Ires-Cgil, Uil – Dipartimento del mercato del lavoro.

1. Concertazione

Brevi considerazioni a proposito del difficile iter parlamentare del protocollo sul welfare del 23 luglio 2007

1.1. Le tormentate vicende del provvedimento legislativo di attuazione del protocollo sul welfare del 23 luglio 2007 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Concertazione*, a commento cfr. G. ZILIO GRANDI, *Un nuovo 23 luglio per il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane. Ritorno al passato o ponte per il futuro?*, in *q. Rivista*, 2007, n. 3, 787) hanno posto con forza al centro del dibattito politico e sindacale il tema, non nuovo, della difficile convivenza tra concertazione e democrazia parlamentare (si veda l'efficace ricostruzione di N. GUERZONI, *Il ruolo del Parlamento nella concertazione fra Governo e parti sociali*, in CAMERA DEI DEPUTATI (a cura di), *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Roma, Ufficio pubblicazioni e relazioni con il pubblico della Camera dei Deputati, 2001, 1, 413-430, anche in [📖](#) indice A-Z, voce *Concertazione*).

Nella storia delle relazioni industriali del nostro Paese non è la prima volta che il Parlamento interviene, modificandone punti tutt'altro che secondari, sui risultati della negoziazione triangolare tra Governo, sindacati e imprenditori. La memoria corre al pacchetto Treu del 1997 (in indice A-Z, voce *Riforma Biagi*), la cui attuazione parlamentare si è discostata, in più di un punto, dal protocollo di concertazione che lo sosteneva (in [📖](#) indice A-Z, voce *Concertazione*; cfr. T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, qui 26), senza che questo provocasse allarmi e tensioni con le parti sociali paragonabili a quelli che si registrano oggi. Lo stesso è accaduto con riferimento ai provvedimenti di attuazione del Patto di Natale del 1998 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Concertazione*, su cui cfr. N. GUERZONI, *op. cit.*), con cui pure si cercava di istituzionalizzare, proprio a livello parlamentare, il metodo concertativo.

Non è tuttavia la stretta attualità politica, che pure ci consegna l'immagine di una concertazione stravolta e mortificata (cfr. *Concertazione e Parlamento: opinioni a confronto*, contributi raccolti in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2007, n. 46), a dare oggi l'impressione di un preoccupante corto circuito tra concertazione sociale e democrazia parlamentare. La verità, piuttosto, è che il persistente ritardo nella modernizzazione del sistema di relazioni industriali (vedi i contributi raccolti nella sezione *Ricerche su Il rinnovamento delle relazioni industriali tra proposte di riforma e bilateralismo*, in *q. Rivista*, 2006, n. 4), nel sovraccaricare le funzioni del livello nazionale, acuisce le debolezze e il vuoto di progettualità di una classe politica che, soggiogata dai veti incrociati e dalle convenienze contingenti, pare aver smarrito la visione del bene comune e dell'interesse generale che anima ogni vera ipotesi di concertazione. Così come è vero che l'estrema politicizzazione delle materie del lavoro e della competitività comprime il contrattualismo, e cioè l'espressione culturale più moderna del sindacalismo italiano (cfr. G. GIUGNI, *La lunga Marcia della concertazione*, Il Mulino, Bologna, 2003), a vantaggio di un antagonismo fine a se stesso. E senza contrattualismo, in un sistema bipolare imperfetto come quello italiano, nessuna vera concertazione pare realisticamente praticabile.

Non è del resto un caso, a ben vedere, il fatto che la concertazione abbia vissuto la sua migliore stagione quando è stata condotta da governi tecnici e istituzionali, in funzione di supplenza di una classe politica delegittimata e paralizzata, per poi iniziare ad arenarsi clamorosamente alla guida di governi tornati pienamente politici. Prima con il Patto di Natale del 1998, fortemente voluto da Massimo D'Alema. Più recentemente con il Patto per l'Italia del luglio 2002 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Concertazione*), con cui Berlusconi dopo aver inutilmente tentato l'assalto a quello che aveva definito il «*bunker del consociativismo sindacale*», cercava faticosamente di ricomporre una profonda frattura con il movimento sindacale.

Rimasta senza seguito la proposta del Governo Berlusconi di sostituire la concertazione con un assai meno impegnativo dialogo sociale, è proprio la fallimentare esperienza del Patto di Natale del 1998 a dimostrare l'inutilità di ogni tentativo di formalizzare la cornice istituzionale e le procedure della concertazione. La soluzione per garantire una buona convivenza tra Parlamento e concertazione non può infatti che essere politica, non normativa, salvo ovviamente mettere mano alla Costituzione, ed è legata alla capacità degli attori coinvolti di recuperare il valore più autentico del metodo della concertazione. Perché, va detto chiaramente, in tutta questa vicenda del protocollo sul welfare è proprio la concertazione ad essere mancata e questo spiega lo scavalco e le tensioni in ambito parlamentare. Ognuno degli attori coinvolti si è infatti mosso in ordine sparso, complice una trattativa assai poco trasparente, che ha perso per strada pezzi importanti come il terziario e la piccola impresa e condotta attraverso più tavoli e diversi livelli di legittimazione. Non v'è da meravigliarsi, in questo contesto, se ognuno degli attori coinvolti abbia poi finito per enfatizzare il suo ruolo di parte, promuovendo e difendendo interessi parziali all'insegna del tutti contro tutti. E se esponenti della maggioranza hanno potuto concorrere alla messa in crisi del sacro principio della concertazione, che vuole il rispetto dei patti, in nome della sovranità del Parlamento, ciò è stato possibile solo per la debolezza politica del Governo, che si è infatti presentato al tavolo della trattativa senza una posizione di sintesi, al suo interno condivisa, che non fosse quella generica e ambigua del programma dell'Unione.

Attaccata da una parte della destra e dalla sinistra radicale, più volte dichiarata morta, la concertazione è stata in realtà la chiave di volta della storia delle relazioni industriali del nostro Paese degli ultimi trent'anni e mai ha dato luogo a un esproprio della sovranità e delle prerogative del Parlamento. E del resto ciò non sarebbe possibile una volta chiarito, come ha fatto la Corte Costituzionale nella sentenza n. 34 del 1985 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Concertazione*), che gli accordi concertativi non comportano limitazioni delle prerogative e delle responsabilità costituzionali del Governo e del Parlamento, i quali possono sempre riappropriarsi delle materie sulle quali sono state raggiunte intese con le parti sociali. Ciò ovviamente quando, nello scambio politico tra Governo e parti sociali, l'interesse al rispetto dei patti e alla legittimazione reciproca sia ritenuto un vincolo, o al più un obiettivo in sé, e non invece una opportunità rispetto alla autosufficienza – ma anche alla autoreferenzialità – della rappresentanza parlamentare. A dimostrazione del fatto che – come bene scriveva Massimo D'Antona sulle colonne de *Il Sole 24 Ore* all'indomani del Patto di Natale (*Il patto non sminuisce il ruolo delle Camere*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 gennaio 1999) – piuttosto che un segno di debolezza delle istituzioni parlamentari di fronte all'economia e ai suoi «poteri forti» la concertazione rimane ancora oggi una delle poche risorse disponibili, se non l'unica, per conservare alla politica nazionale un ruolo di effettivo governo e orientamento dei fatti economici interni (nello stesso G. GIUGNI, *La lunga Marcia della concertazione*, cit., spec. 96-98 per la questione dei rapporti tra concertazione e prerogative del Parlamento).

Michele Tiraboschi
Professore ordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

2. Dimissioni

La tutela del lavoratore in caso di dimissioni fra tradizione e recenti riforme

Sommario: 2.1. Il problema delle dimissioni «in bianco». – 2.2. La circolare del Ministero del lavoro n. 83/1995. – 2.3. La successiva circolare n. 164/1997. – 2.4. Il resoconto sommario della

Camera del 30 settembre 1997. – **2.5.** Il nuovo intervento ministeriale con la circolare n. 31/2001. – **2.6.** 4 giugno 2007: ultime istruzioni del Ministero del lavoro. – **2.7.** Analogie della convalida in esame con quella delle dimissioni entro l'anno dalla celebrazione del matrimonio. – **2.8.** In margine: la recente legge in materia di moduli e formulari per la comunicazione delle dimissioni.

2.1. Il problema delle possibili pressioni da parte dei datori di lavoro sulle lavoratrici (ed in parte anche sui lavoratori, avendo anch'essi la possibilità di usufruire di congedi parentali) per costringerle a rassegnare le dimissioni qualora in attesa di un bambino, o con un figlio piccolo da accudire, risale a tempi oramai lontani ma si presenta ancora oggi piuttosto spinoso.

La normativa italiana è ampiamente protettiva nei confronti delle donne in gravidanza rispetto ad altri Paesi europei (si pensi, ad esempio, alla vicina Confederazione Elvetica) ed espone, per converso e paradossalmente, le lavoratrici che si trovano in tali condizioni al rischio testé indicato. I datori di lavoro, infatti, nel momento in cui una dipendente si assenta a motivo dell'attesa di un figlio devono accollarsi l'onere di personale improduttivo per tutto il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro – cinque mesi – e per l'eventuale periodo facoltativo, oggi ricompreso nel congedo parentale previsto dalla l. n. 53/2000 confluita nel d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Testo Unico sulla maternità e paternità, in [📖](#) indice A-Z, voce *Maternità*). Non di rado, pertanto, avvalendosi del proprio potere, agiscono in maniera ricattatoria costringendo le lavoratrici a sottoscrivere dimissioni simulate, ovvero dimissioni c.d. «in bianco». Queste ultime sono fatte firmare già all'atto dell'assunzione su di un foglio nel quale la data delle stesse è lasciata in bianco (da qui l'appellativo); il datore le detiene poi per tutta la durata del rapporto, potendo così procedere *ad libitum* al licenziamento in tal modo mascherato.

Come recentemente rammentato dal Ministero del lavoro nella lettera circolare del 4 giugno 2007, prot. 26/1/0007001 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Maternità*, su cui *infra*, § 2.6.), per evitare, o almeno limitare, questa indebita ingerenza datoriale, il legislatore ha posto la norma – dapprima contemplata nell'art. 11 del d.P.R. n. 1026/1976 («Regolamento di esecuzione della l. n. 1204/1971»), ed ora trasfusa nel d.lgs. n. 151/2001, all'art. 55, comma 4 – secondo la quale «la richiesta di dimissioni presentata dalla lavoratrice, durante il periodo di gravidanza e dalla lavoratrice o dal lavoratore durante il primo anno di vita del bambino o nel primo anno di accoglienza del minore adottato o in affidamento, deve essere convalidata dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro, competente per territorio».

2.2. Più volte il Ministero si era espresso sull'argomento.

Nell'assai articolata circ. 8 luglio 1995, n. 83 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Maternità*), il Ministero notava in premessa che alcuni uffici avevano constatato un significativo aumento delle convalide richieste, e segnalava il ricevimento di denunce, spesso anonime, tali da far presumere una perdurante cospicua diffusione sul territorio nazionale delle dimissioni «in bianco».


Si rilevava quindi come necessario «sollecitare un intervento capillare» degli ispettorati «per verificare la portata del fenomeno ed attivare tutti gli strumenti necessari per constatare la violazione delle leggi di tutela delle lavoratrici madri».

Il documento proseguiva con un *excursus* normativo, da cui il Ministero traeva spunto per indicare «la necessità di un'opera capillare di vigilanza» contemplante «interventi a campione presso le zone particolarmente a rischio e un'azione di confronto e di informazione con le lavoratrici» e «una serie di iniziative per scoraggiare il ricorso a misure vessatorie nei confronti della manodopera femminile». La circolare poneva l'accento in particolare sulla sinergia con il consigliere di parità territorialmente competente, «in modo che le lavoratrici possano disporre di un ulteriore punto di riferimento».

Si rammentava, tra gli altri, anche il nono comma dell'art. 4 della l. n. 125/1991, in virtù

del quale, in caso di accertate discriminazioni ad opera d'imprenditori fruitori di benefici di legge e/o parti in contratti d'appalti pubblici, i servizi ispettivi sono tenuti a comunicare senza indugio i nominativi di tali datori di lavoro alle amministrazioni concedenti per la sospensione o revoca dei benefici.

Va aggiunto infine che il documento menzionava il parere positivo del Consiglio di Stato n. 1026/90 sul diritto della lavoratrice in gravidanza di essere avviata al lavoro anche per mansioni vietate dalla normativa di tutela della maternità, e pertanto temporaneamente non svolgibili.

2.3. Nel 1997 il Ministero prese nuovamente posizione (circ. 23 dicembre 1997, n. 164, in  indice A-Z, voce *Maternità*), allegando tra l'altro, per completezza, un resoconto parlamentare sull'argomento. La circolare prendeva le mosse dalle richieste di chiarimenti sulle sentenze della Cass. 15 novembre 1985, n. 5612 e 4 dicembre 1996, n. 11181) dichiaranti l'illegittimità dell'art. 11 del d.P.R. n. 1026/1976 (Regolamento di esecuzione della l. n. 1204/1971 sulla tutela delle lavoratrici madri). La Suprema Corte aveva infatti ritenuto che di volta in volta il giudice ordinario dovesse disapplicare il Regolamento laddove poneva il vincolo della convalida, in forza del fatto che tale vincolo non era presente nella l. n. 1204/1971.

Il Ministero, confidando nel prossimo inserimento dell'obbligo di convalida in un testo legislativo – il che è in effetti avvenuto, dopo tre anni, con la citata l. n. 53/2000 –, confermava il dovere, per gli ispettorati, di applicare comunque la norma regolamentare, stante la mancanza di un'esplicita disposizione abrogativa, e coglieva l'occasione per dettare una disciplina puntuale agli organi preposti alle convalide.

Si riteneva dunque opportuno richiedere ai servizi ispettivi:


- a) di verificare, durante il colloquio con la dimissionaria, che il datore avesse assolto gli obblighi previsti dagli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 645/1996 per la sicurezza e igiene del lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento; e, come anche sottolineato nell'ultima lettera circolare (cfr. *infra*, § 2.6.), di non considerare sufficiente, per la verifica dell'effettiva volizione riguardo alle dimissioni, il mero accoglimento «delle convalide» (meglio si sarebbe detto «conferme», in quanto la convalida è l'atto dell'amministrazione) inviate tramite il servizio postale.
- b) di comunicare all'ufficio le eventuali denunce sulle dimissioni «in bianco», oltre a quelle relative ad illegittimi accertamenti dello stato di gravidanza al momento dell'assunzione.

A questo proposito, il Ministero consigliava «di operare in stretto raccordo con le Consigliere di Parità, delegate per territorio» al fine di avere le corrette informazioni dalle lavoratrici interessate, comprensibilmente propense alla reticenza, nell'esposizione agli organi ispettivi, per paura di ritorsioni da parte dei datori di lavoro.

2.4. Come sopra accennato, alla circolare era allegato il resoconto sommario della Camera del 30 settembre 1997, concernente risposta, a cura del sottosegretario al lavoro on. Elena Montecchi, ad interrogazione parlamentare sulle situazioni lesive del diritto alla maternità.

Nella risposta, il sottosegretario ricordava che l'interrogazione era basata sulla sentenza di condanna, da parte della Pretura di Torino, dei vertici della multinazionale Michelin Italia per aver compiuto test preliminari all'assunzione volti ad accertare lo stato di gravidanza (in violazione dell'art. 5, l. n. 300/1970, e della l. n. 1204/1971 sulla tutela della maternità). Risultava che quello costituiva solo l'ultimo atto di una vicenda che aveva visto un susseguirsi d'inchieste svolte su denunce di lavoratrici obbligate alla firma delle dimissioni «in bianco». Il sottosegretario precisava dunque che il Ministero da tempo seguiva tali fenomeni ed aveva già inviato agli uffici ispettivi istruzioni per una vigilanza capillare con finalità di monitoraggio e di attivazione di tutti gli strumenti di contrasto delle violazioni delle norme di tutela delle lavoratrici madri. Rimarcava pure l'indispen-

sabilità della convalida, in caso di recesso volontario, «da parte degli uffici ispettivi, pena la nullità delle dimissioni»; e riferiva poi sulle istruzioni diramate dal Ministero agli organi periferici, tra le quali quella concernente lo svolgimento dei colloqui, idonei ad accertare eventuali pressioni di carattere psicologico o finanziario sulle lavoratrici, nei locali degli uffici o presso il domicilio delle stesse. Infine relazionava sull'impegno già profuso dagli organi istituzionali medesimi, anche per mezzo della creazione di una banca dati delle convalide e del coinvolgimento delle consigliere di parità, nonché sul futuro sviluppo delle attività di verifica, con la partecipazione *in primis* degli organi preposti al controllo.

2.5. Il Ministero tornò sull'argomento nella circ. 26 marzo 2001, n. 31 (in  indice A-Z, voce *Maternità*), relativa ai profili sanzionatori in materia di divieto di discriminazione e pari opportunità ed alle indicazioni operative per l'attività di vigilanza. Vi si raccomandava un'attenta indagine, nel corso delle verifiche ispettive, delle «posizioni professionali e delle condizioni ambientali nelle quali si trovano ad operare le lavoratrici al rientro dei periodi di astensione obbligatoria e/o facoltativa per maternità». E soprattutto vi si puntualizzava: «spesso esse vengono adibite a mansioni diverse e, in alcuni casi inferiori, rispetto a quelle precedentemente ricoperte o vengono private degli strumenti idonei per lo svolgimento della loro attività o, ancora, subiscono comportamenti vessatori. Ma non solo. Talora, al rientro in seguito a maternità, potrà risultare sospetto anche un mutamento dell'orario di lavoro: la lavoratrice potrà essere indotta al part-time come alternativa al licenziamento ovvero potrà esserle minacciato il licenziamento qualora richieda la fruizione di un orario ridotto».

2.6. Con lettera circolare del 4 giugno 2007, prot. 25/I/0007001, citata in apertura, la Direzione generale per l'attività ispettiva del Ministero è da ultimo intervenuta a ribadire la necessità di procedere all'audizione personale della lavoratrice, o lavoratore, per cui vige l'obbligo di convalida delle dimissioni presso la Direzione provinciale.

Nella lettera è evidenziata la conseguenza diretta dell'omessa convalida: la nullità assoluta dell'atto unilaterale di dimissioni. Si fa inoltre accenno al prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità, che da tale nullità fa discendere, insieme all'inidoneità dell'atto all'estinzione del rapporto lavorativo, la possibilità, per il soggetto tutelato, di vantare il diritto alla conservazione del posto e quello al risarcimento del danno *ex art.* 1223 c.c.

Altro aspetto della questione richiamato dalla lettera in commento è quello per cui le conseguenze della mancata convalida si determinano in maniera oggettiva, a prescindere dalla circostanza che il datore di lavoro sia al corrente della sussistenza di una situazione che richiede la convalida medesima: ciò, in quanto, come anche affermato da Cass. 20 maggio 2000 n. 6595 e Pret. Milano 23 dicembre 1996, il diritto alla conservazione del posto scatta per il mero fatto dell'essere in condizioni di gravidanza o puerperio o – andrebbe aggiunto rispetto alla menzione ministeriale – nelle altre condizioni a queste equiparate dall'art. 55 del d.lgs. n. 151/2001.

Il Ministero ricorda quindi la circ. n. 31/2001 (cfr. *supra*, § 2.5.) per confermare la necessità di valutare con «particolare attenzione [...] l'effettiva volontà del soggetto» quando presenta le proprie dimissioni alla Direzione provinciale del lavoro. Non basta infatti l'esame del documento cartaceo, stante la frequenza del fenomeno delle dimissioni «in bianco», ma è indispensabile il «colloquio diretto» col soggetto interessato dalle dimissioni.

La lettera prosegue con l'invito alla predisposizione – si suppone nel senso della «messa in opera» – degli «strumenti più idonei» per la verifica, da parte degli uffici periferici, «nel momento in cui ricevono la comunicazione delle dimissioni». Tali strumenti – si ritiene – potranno essere modelli di questionari dettagliati da far compilare e sottoscrivere di proprio pugno dal lavoratore o lavoratrice interessata in presenza del funzionario inca-

ricato dell'accertamento della volontarietà; e/o tracce per l'approfondimento, durante i colloqui individuali, dei diversi casi ipotizzabili. Si potrebbe pensare anche a brevi manuali di «buone prassi» ad uso interno degli uffici, eventualmente elaborati da gruppi di studio a livello di Direzioni regionali, come spesso, nel corso degli anni, è stato fatto su varie materie.

È da notare che il conclusivo invito a provvedere «sempre e comunque a convocare personalmente la lavoratrice o il lavoratore al fine di verificare l'effettiva e consapevole volontà di rassegnare le dimissioni» è l'unica proposizione in neretto nella lettera, a conferma dell'importanza cruciale attribuita all'audizione personale dell'interessato.

Non è sufficiente infatti – ribadisce infine, a costo di ridondanza, la Direzione generale – acquisire solo una conferma scritta delle dimissioni, senza procedere all'audizione personale del dimissionario o dimissionaria, per verificare la sussistenza di una libera volontà di cessazione del rapporto di lavoro: la *ratio* della norma *ex* art. 55 citato sta proprio nell'indispensabilità di una verifica che non lasci adito a dubbi e conduca a un risultato del tutto inequivoco.

Va peraltro puntualizzato che la prassi comune degli uffici, anche in considerazione di tutte le istruzioni diramate nel corso degli anni e sopra esaminate, è sempre stata ed è quella della constatazione *de visu* della volontà delle dimissionarie (o dimissionari), tenute quindi a confermare le dimissioni medesime sottoscrivendo la dichiarazione di proprio pugno, su apposito prestampato, in presenza di un ispettore del lavoro. L'omessa convocazione dell'interessato/a o la convalida in base a mere affermazioni scritte, fatte pervenire alla Direzione, restano occorrenze ipotetiche o comunque del tutto eccezionali, per quanto è a conoscenza della scrivente. Il senso di quest'ultima lettera appare dunque essere quello di un generale richiamo all'importanza peculiare della materia ed alla conseguente necessità d'indagini vieppiù accurate, piuttosto che di una rilevazione di vere e proprie omissioni da far cessare.

2.7. Si ritiene che il Ministero abbia perso l'occasione per emanare istruzioni di più largo respiro, capaci di uniformare sul piano della prassi degli uffici i procedimenti di convalida delle dimissioni quali quelli in esame e quelli riguardanti soggetti per i quali sia trascorso meno di un anno dalla celebrazione del matrimonio.

Rammentiamo qui in breve il contenuto dell'art. 1 della l. 9 gennaio 1963, n. 7 («Divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio e modifiche alla legge 26 agosto 1950, n. 860»). In esso era prevista la nullità delle clausole contrattuali di qualsiasi genere prevedenti la risoluzione del rapporto di lavoro delle lavoratrici – e dei lavoratori: cfr. sentenza Pret. Salerno 26 luglio 1989 menzionata in circ. n. 31/2001 – in conseguenza del matrimonio, nonché dei licenziamenti attuati per tale motivo; la presunzione che il licenziamento nel periodo compreso tra la richiesta delle pubblicazioni e un anno dopo la celebrazione delle nozze sia attuato per causa di matrimonio; la nullità delle dimissioni presentate dalla lavoratrice in tale periodo senza la successiva conferma entro un mese presso il competente ufficio (secondo l'assetto amministrativo dell'epoca) del lavoro. Oggi, del pari, l'art. 35, comma 4, d.lgs. n. 198/2006, recante il Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, stabilisce la nullità delle dimissioni presentate dalla lavoratrice nel periodo intercorrente dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, ad un anno dopo la celebrazione, salvo che siano confermate entro un mese alla Direzione provinciale del lavoro.

Continua a sussistere, dunque, dal punto di vista del diritto positivo, una certa difformità delle disposizioni relative alla convalida nelle situazioni afferenti lo stato di gravidanza e puerperio rispetto a quelle connesse ad uno stato di coniugio inferiore a 12 mesi: mentre infatti nel primo caso (norma del d.P.R. n. 1026/1976 trasfusa nel Testo Unico del 2001) si nominano gli «ispettorati/servizi ispettivi» del Ministero, nel secondo (norma della legge del 1963 riportata nel Codice del 2006) il riferimento è agli «uffici» del lavoro e al-

le «direzioni provinciali del lavoro».


Bisogna peraltro sottolineare che nella circolare ministeriale di commento del d.P.R. 25 novembre 1976, n. 1026 – la circ. 20 giugno 1977, n. 126 – si notava, ad esplicitazione dell'art. 11, che «si è posta l'opportunità, per evitare possibili abusi datoriali, della convalida delle dimissioni da parte dell'Ispettorato del lavoro, a cui è demandata la vigilanza sulla applicazione della legge in oggetto. La norma redatta *presenta analogie* con il disposto dell'articolo 1, quarto comma, della legge 9 gennaio 1963, n. 7, sul divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio, secondo il quale le dimissioni devono essere confermate dall'Ufficio del lavoro».

E la già citata circ. n. 83/1995 si spingeva ancora oltre, equiparando totalmente le due situazioni e dando per scontato in ambo i casi l'intervento di un organo dell'allora ispettorato del lavoro. Questa recitava infatti: «allo scopo di prevenire indebite pressioni sulle lavoratrici è richiesta, come è noto, la convalida di codesto Ispettorato, pena la nullità, delle dimissioni presentate durante il primo anno di matrimonio (artt. 1 e 2, legge 9 gennaio 1963, n. 7) e durante la gravidanza fino al compimento del primo anno di vita del bambino (D.P.R. n. 1026/1976 – art. 11)».

Sul piano amministrativo, dunque, poteva bene essere non certo imposta, ma consigliata, una volta di più, in tutti i casi in cui è prevista la convalida, la presentazione del lavoratore (o lavoratrice) dimissionario davanti ad un ispettore del lavoro – ciò, in un'ottica di efficienza e di snellimento procedimentale, così come di rafforzamento della tutela. L'ispettore, infatti, è l'unico funzionario della Direzione del lavoro idoneo a proporre direttamente le misure accertative del caso qualora sia rilevato un *fumus* di non spontaneità della richiesta di dimissioni o addirittura emerga decisamente il comportamento coercitivo del datore. Va inoltre considerata l'esperienza professionale dell'ispettore del lavoro, che gli consente una migliore modulazione dell'audizione con il dimissionario ed una migliore valutazione, rispetto al funzionario amministrativo, delle dichiarazioni rilasciate al fine del successivo eventuale intervento operativo.

D'altronde non va trascurato il fatto che se la circ. Min. lav. 31 marzo 1964, n. 45, sosteneva, per le dimissioni da convalidare *ex lege* del 1963, che le sezioni locali di collocamento avrebbero offerto «la possibilità di essere adite più facilmente e con minor disagio», queste ormai non esistono più. Né può sottacersi che la circ. n. 31/2001 (cfr. *supra*, § 2.5.), la quale richiama espressamente quella testé citata, *proprio al punto 3.2.2.2. dedicato alle dimissioni della lavoratrice per matrimonio* ricordi non solo che «la conferma alla direzione provinciale del lavoro deve avvenire per tutti gli atti unilaterali della lavoratrice che comunque siano efficaci ai fini della risoluzione del rapporto di lavoro», secondo Cass. 30 ottobre 1981 n. 5734, ma pure che:

- è necessario «indagare la reale volontà della donna dimissionaria»;
- che «in sede di accertamento ispettivo, per le ipotesi di nullità di licenziamento o di dimissioni, si dovrà accertare che il datore di lavoro abbia corrisposto alla lavoratrice allontanata dal lavoro, la retribuzione globale di fatto fino al giorno della riammissione in servizio»;
- che sussiste la «deprecabile prassi» delle dimissioni «in bianco» della lavoratrice onde congedarla immediatamente «*qualora dia notizia delle proprie nozze (ovvero venga a trovarsi in stato di gravidanza)*», e che pertanto l'*ispettore del lavoro* «avrà cura, nella propria ricerca, di prestare particolare attenzione alle indicate situazioni al fine di reprimere tali comportamenti denunziandoli, senza ritardo, all'Autorità Giudiziaria competente».

2.8. Per un completo esame della questione non si può infine tralasciare il fatto che è stata recentemente approvata una nuova legge volta ad affrontare in maniera generalizzata il problema delle dimissioni «in bianco» (cfr. la l. 17 ottobre 2007, n. 188, in  indice A-Z, voce *Dimissioni*).

Come riferito alla Camera nel marzo scorso dalla relatrice on. Titti Di Salvo, le dimissioni «in bianco» sono tuttora «utilizzate come arma di ricatto permanente nel corso del rapporto di lavoro» ed il fenomeno «ha un'ampiezza molto maggiore di quanto le statistiche a disposizione indichino» e «comunque stimabile per difetto in circa 18.000 casi all'anno». Emerge inoltre che a prescindere dal sesso esse sono largamente utilizzate anche allo scopo di aggirare il pagamento delle assenze dal lavoro dovute a malattie o infortuni. Pertanto, il legislatore con le nuove norme si propone di estendere l'ambito del controllo sulla veracità delle dimissioni a tutte le situazioni ipotizzabili – e, a dire il vero, anche oltre. La legge, che consta di un articolo unico, come indicato al comma 1 si applica infatti non solo alla generalità dei lavoratori e delle lavoratrici dipendenti, ma anche ai prestatori/prestatrici d'opera. Non è chiaro peraltro il senso di tale ulteriore ampliamento, dal momento che questi ultimi, non avendo vincoli di subordinazione, non sono nemmeno soggetti al rischio di licenziamento mascherato da dimissioni. E la medesima osservazione può farsi riguardo al comma 2, dove risultano coperti dalla tutela anche i contratti di collaborazione, sia occasionale che a progetto, e di associazione in partecipazione con lavoro dell'associato, così come quelli dei soci di società cooperative.

Sempre al primo comma si stabilisce – è questo il fulcro della legge – l'utilizzo obbligatorio di moduli gratuiti validi per un periodo di tempo molto limitato, ottenibili presso le Direzioni provinciali del lavoro, i centri per l'impiego e gli uffici comunali, da consegnare ai datori di lavoro ove s'intenda rassegnare le dimissioni.

Entro 3 mesi dall'entrata in vigore della legge dovrebbe emanarsi il decreto contenente le direttive – dei Ministri del lavoro e delle riforme nella PA – sull'elaborazione dei moduli; questi ultimi dovranno in ogni caso riportare un codice alfanumerico progressivo di identificazione e la data di emissione, ed inoltre comprendere spazi da compilarsi da parte del lavoratore/lavoratrice e volti alla sua identificazione ed all'individuazione del datore di lavoro, della tipologia di contratto e della data della stipulazione. I moduli avranno validità di 15 giorni dalla data di emissione (comma 3). Col medesimo decreto dovranno pure essere previste le modalità onde evitarne contraffazioni e falsificazioni (comma 4) – il che è argomento per nulla secondario: basti pensare alle situazioni spesso verificatesi per i permessi di soggiorno dei lavoratori stranieri. Inoltre, con lo stesso atto si definiranno le modalità mediante le quali i moduli saranno resi disponibili sul sito *web* del Ministero, in modo tale da assicurare la certezza dell'identità del richiedente, la riservatezza e l'individuazione della data di rilascio, ai fini della verifica del rispetto del termine di validità di 15 giorni.

Il sesto comma prevede la messa a disposizione gratuita della modulistica da parte di sindacati e patronati in base a convenzioni formulate secondo i criteri di un ulteriore apposito decreto del Ministro del lavoro, che dovrebbe vedere la luce entro 6 mesi dalla data di entrata in vigore della legge. Infine, nessun nuovo o maggiore onere è accollato al bilancio statale dall'attuazione della legge in commento, per la quale «si provvede nell'ambito delle risorse finanziarie già previste a legislazione vigente» (comma 7).

Per come la legge è formulata, sembra che la compilazione del modulo sia obbligatoria e non si consenta più di rassegnare dimissioni orali o per fatto concludente: in proposito si è aperto un dibattito, sia in sede parlamentare che non. Nel nostro ordinamento non è mai esistito obbligo giuridico di dimissioni per iscritto (è stato solo enunciato di recente in sede di proposta di riforma del processo del lavoro). Con l'introduzione di questo vincolo si potrebbe addirittura ipotizzare, Ccnl permettendo, un licenziamento disciplinare nei casi in cui il lavoratore intenzionato a dimettersi non abbia cura di munirsi del modulo – fermo restando che un giudice potrebbe sempre accogliere l'eventuale ricorso in base al non rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità (cfr. Cass. 2 novembre 2005 n. 21213); ma si sa che i tempi della giustizia sono piuttosto dilatati. Il problema qui trattato, pertanto, appare ancora lungi dall'essere risolto ed è meritevole senz'altro di ulteriori

approfondimenti.

L'argomento è peraltro, allo stato, oggetto comunque di grande attenzione: il che fa ben sperare in un progresso della complessiva attività di contrasto del fenomeno delle dimissioni «in bianco».

Isabella Spanò

Ispettore del lavoro coordinatore – Direzione provinciale del lavoro di Parma

3. Farmaceutico

I contratti aziendali in deroga: il caso del settore chimico-farmaceutico

Sommario: **3.1.** Linee guida per gli accordi aziendali in deroga al Ccnl: un caso nel settore chimico-farmaceutico. – **3.2.** Legittimità degli accordi in deroga: la normativa di diritto comune. – **3.3.** Legittimità degli accordi in deroga: lo scetticismo deriva dalle impostazioni a-contrattualiste.

3.1. Il tema dell'inderogabilità nell'ambito del diritto del lavoro è particolarmente attuale, essendo direttamente collegato ai propositi di riforma che mirano a rivisitare il raggio d'azione dell'autonomia individuale e collettiva nella regolazione del rapporto di lavoro.

A dare occasione a questo approfondimento è un recente accordo nel settore chimico-farmaceutico (in [Boll. Adapt](#), 2007, n. 27), molto contestato e discusso sulla stampa, il quale prevede una regolamentata forma di derogabilità della fonte collettiva nazionale ad opera di quella aziendale. Non si tratta certo della prima forma di contrattazione in deroga a quella nazionale, ma in questo caso il sistema derogatorio assume dei caratteri innovativi, soprattutto nelle sue modalità, appunto regolamentate, che sono degni di nota.

In data 29 giugno 2007, tra Federchimica, Farindustria e Filcem-Cgil, Femca-Cisl, Uilcem-Uil, a seguito degli impegni sottoscritti con il rinnovo contrattuale del maggio 2006 (art. 18, lett. b), punto 3, Ccnl 10 maggio 2006, in [indice A-Z](#), voce *Contrattazione collettiva, banca dati*) si sono convenute le linee guida per «agevolare la realizzazione a livello aziendale di accordi coerenti con lo spirito e con le finalità che hanno consentito alle Parti stesse di condividere una normativa particolarmente innovativa nel sistema contrattuale italiano». I sindacati aderenti mirano a modernizzare il sistema delle relazioni industriali, in particolare valorizzando la contrattazione aziendale al fine di rendere il sistema più adeguato a rispondere alle nuove esigenze delle imprese e dei lavoratori.

Al contratto aziendale è data infatti «la possibilità di derogare, per un periodo transitorio, alle norme del ccnl per consentire alle Parti aziendali di cogliere condivise, specifiche opportunità e esigenze, utili a sostenere e/o migliorare la competitività dell'impresa e la sua occupazione in situazioni di congiuntura particolari».

Gli accordi in deroga previsti dal contratto aziendale, per poter essere effettivamente operativi, dovranno ricevere il parere unanime di conformità della «Commissione Nazionale Contrattazione» costituita da rappresentanti dei sindacati stipulanti. Viene perciò ritenuta determinante la valutazione di una commissione paritetica, il cui giudizio costituirà il vaglio di legittimità delle clausole derogatorie. Si tratta di un organo di nuova costituzione, il quale ribadisce il ruolo strategico e fondamentale del contratto nazionale a fianco alla necessità di generalizzare e diffondere la contrattazione aziendale. È da interpretarsi in questo senso, crediamo, il carattere vincolante del parere della Commissione Nazionale sugli accordi derogatori. È interessante verificare come le parti sindacali abbiano conferito fiducia a un organo paritetico per lo svolgimento di un ruolo decisamente delicato, cioè di un organo di garanzia della coerenza dei neo-accordi aziendali rispetto alle linee ispiratrici delle politiche condivise. Si tratta del sintomo di un clima collaborativo e innovativo.

«Ai fini della valutazione di conformità dell'accordo la Commissione terrà in attenta considerazione l'equilibrio tra situazione dell'impresa, tipologia della deroga, durata degli interventi e funzionalità degli stessi al raggiungimento degli obiettivi condivisi». Si tratterà pertanto di un giudizio a carattere non meramente tecnico-giuridico, ma piuttosto capace di dare espressione alla generalità delle istanze che presiedono a questa forma di regolamentazione *ad hoc* e dettata per periodi determinati nel tempo. È interessante sottolineare come dovrà trattarsi di un parere *unanime*, che cioè non sia espressione degli interessi maggiormente rappresentati, ma bensì dell'intera comunità degli stessi soggetti rappresentati – collettivo dei lavoratori, *management* d'impresa, capitale.

I requisiti utili ai fini di un parere positivo e unanime della Commissione sono riconducibili principalmente ai contenuti della deroga in rapporto alle condizioni aziendali, tanto sotto un profilo di analisi diagnostico quanto sotto un profilo prospettico, ed in un'ottica di obiettivi compresi e condivisi dal collettivo dei lavoratori. Le linee guida specificano in dettaglio che si dovranno valutare punto per punto:

- a) la situazione e le prospettive dell'impresa;
- b) la tipologia della deroga;
- c) la durata dell'accordo;
- d) la coerenza tra la situazione dell'impresa, la tipologia della deroga e la durata dell'accordo;
- e) il percorso informativo preliminare all'accordo e successivo allo stesso, finalizzato alla piena conoscenza e condivisione dei lavoratori sulle finalità dell'accordo;
- f) la situazione e prospettive dell'impresa.

Le situazioni per le quali potranno ricercarsi le intese aziendali derogatorie sono essenzialmente riconducibili a due casi, quello della difficoltà congiunturale dell'impresa e quello della prospettiva di agevolare azioni di sviluppo e investimento con ricadute occupazionali. La dicitura delle linee guida in proposito è la seguente:

- 1) situazioni congiunturali di particolare difficoltà dell'impresa, nelle quali un accordo in deroga possa dare un contributo per il superamento della stessa e sia utile alla salvaguardia dell'impresa e della sua occupazione e/o al suo consolidamento e /o al suo sviluppo;
- 2) situazioni dell'impresa, anche non di criticità, nelle quali un accordo temporaneo in deroga possa favorire nuovi investimenti funzionali alla salvaguardia e/o al consolidamento e/o allo sviluppo dell'impresa stessa e della sua complessiva occupazione.

In sostanza, è non solo per salvaguardare l'impresa fornendo tutele sul piano occupazionale che potrà farsi ricorso all'accordo in deroga, ma, più in generale, esso viene concepito come uno strumento di promozione dell'imprenditorialità, cui comunque è legato il fattore lavoro nel suo destino non scindibile dall'impresa.

«L'accordo [in deroga] potrà riguardare deroghe a istituti normativi e/o retributivi disciplinati dal ccnl [...] così come istituti normativi e/o retributivi disciplinati da accordi aziendali. [...] tali accordi non possono comportare interventi in deroga sui minimi contrattuali di cui alla lettera a) punto 1) art. 15 del ccnl e sui diritti individuali irrinunciabili. Considerato che non è prevista una formale definizione normativa di diritto irrinunciabile, la irrinunciabilità del diritto individuale è desumibile nelle singole disposizioni di legge o di ccnl».

Il carattere non solo innovativo, quindi, ma soprattutto attento alle peculiarità del settore a dispetto del sistema generale, rigido e spesso obsoleto, delle contrattazioni sindacali, è ben apprezzabile in questa regola sui minimi. Le peculiarità del settore in oggetto sono del resto quelle proprie di qualsiasi altro settore ove sia coinvolto il fattore lavoro nelle sue determinazioni moderne, sempre più varie e articolate.

Le disposizioni che si sono appena riportate operano una distinzione sul piano dell'oggetto di deroga: esse presuppongono un nucleo di diritti individuati nel minimo, come tali

non modificabili quantitativamente in peggio, e presuppongono per altro verso dei diritti individuali irrinunciabili non predefiniti, ma invece ricavabili dalle disposizioni di legge e di contratto collettivo nazionale. I diritti minimi insomma sono una cosa (e sono quelli precisamente individuati dal contratto collettivo all'art. 15) e i diritti irrinunciabili individuali sono un'altra cosa (e questi verranno desunti in via prevalentemente interpretativa). È certamente apprezzabile lo sforzo normativo che emerge dall'impegno sindacale, che da un lato tipizza e rende individuabile a priori tutta una serie di diritti che integrano un livello di protezione appunto minimo, sia di tipo normativo sia di tipo retributivo, mentre dall'altro lato non manca di porre una clausola di inderogabilità altrettanto assoluta, ma a carattere generico, tale da coprire tutti gli altri diritti irrinunciabili, ritenuti tali essenzialmente in virtù di un ragionamento interpretativo-sistematico. Tanto i minimi, quanto i diritti individualmente irrinunciabili, sono soggetti alla medesima regola: assolutamente non derogabili dal contratto aziendale. Vale la pena di enfatizzare questo aspetto, poiché spesso si sente parlare di tendenze derogatorie come tendenze finalizzate alla riduzione delle tutele; è più corretto parlare di una destrutturazione delle tutele considerate troppo generiche e rigide, e perciò spesso controproducenti, a favore di un impianto di tutele nuove e soprattutto meglio distribuite.

Le parti stipulanti le linee guida hanno poi dettato una normativa specifica in tema di deroghe sul piano retributivo, essendosi stabilito che: «nel caso in cui, in particolari situazioni di difficoltà, l'accordo aziendale dovesse prevedere deroghe su voci retributive fisse mensili, eventuali politiche retributive discrezionali dell'impresa dovranno essere coerenti con la situazione aziendale. Tale verifica di coerenza sarà realizzata con modalità che saranno definite nell'accordo aziendale».

Questo punto è forse il più delicato e foriero di polemica nel ragionare di deroghe territoriali alla contrattazione collettiva nazionale. In primo luogo perché quello retributivo è l'elemento che più direttamente fa emergere l'inscindibile connessione tra la regolamentazione del rapporto di lavoro e la realtà economica aziendale e territoriale nella quale essa si impianta. In secondo luogo, sotto un profilo di politica del diritto, esso viene a confrontarsi direttamente con la più consolidata politica interpretativa giurisprudenziale italiana in virtù della quale la retribuzione sufficiente, proporzionata alla quantità e alla qualità della prestazione di cui parla l'art. 36 Cost. (ritenuto pacificamente dai nostri giudici una norma a precetto immediatamente vincolante), considera i livelli retributivi indicati nei contratti collettivi nazionali alla stregua di indicatori insostituibili e per lo più inderogabili del suddetto livello di sufficienza e proporzionalità. È ben vero che non sono mancati nella giurisprudenza più recente delle aperture alla considerazione di quegli stessi indicatori di provenienza sindacale nazionale in termini più relativi: in particolare si può ricordare Cass. 15 novembre 2001 n. 14211 (riferimenti alla quale anche in *ADL*, 2003, n. 1, 379), secondo cui la Corte si è detta possibilista, in materia di determinazione del livello di retribuzione sufficiente costituzionalmente vincolante, alla considerazione delle differenti realtà territoriali e aziendali. Per altro verso, sul fronte delle argomentazioni giuridiche che agganciano il livello retributivo individuale a quello del contratto collettivo nazionale, è utile rammentare qui quella parte della giurisprudenza che considera il giudizio di sufficienza e proporzionalità come un elemento *esterno* al contratto (anche al contratto collettivo), e quindi come un elemento scindibile da quest'ultimo (cfr. Cass. 17 maggio 2003 n. 7752, in *RFI*, 2003, n. 1318, *Lavoro (rapporto)*), secondo cui «nel rapporto di lavoro subordinato la retribuzione prevista dal contratto collettivo acquista, pur se solo in via generale, una «presunzione» di adeguatezza ai principi di proporzionalità e sufficienza, che investe le disposizioni economiche dello stesso contratto anche nel rapporto interno fra le singole retribuzioni ivi stabilite; ne consegue che, ai fini dell'accertamento della adeguatezza di una determinata retribuzione, non può farsi riferimento ad una singola disposizione del contratto che preveda un diverso trattamento retributivo per altri dipenden-

ti, l'eventuale inadeguatezza potendo essere accertata solo attraverso il parametro di cui all'art. 36 Cost., che è «esterno» rispetto al contratto).

Soprattutto questa parte dell'accordo potrebbe essere accusata di avere un carattere equivoco nella dicitura «eventuali politiche retributive discrezionali dell'impresa *dovranno essere coerenti con la situazione aziendale*», poiché sembra paventare una sconnessione dell'entità della retribuzione da lavoro dal suo carattere di sufficienza e proporzionalità, per rimetterla nel margine meramente unilaterale delle esigenze d'azienda. In realtà, a leggere con attenzione la disposizione in oggetto, e considerandola soprattutto nel suo contesto sistematico, quello cioè di un accordo mirato a una politica che possa avere la piena condivisione degli obiettivi da raggiungere da parte dei lavoratori, essa può esser colta nel suo porsi come norma di garanzia. I sindacati possono infatti averla prevista nel senso di affermare con essa, nella valutazione della reale situazione aziendale, non solo e non tanto il fondamento legittimante per il diritto alla retribuzione, ma piuttosto il varco oggettivo oltre il quale le riduzioni dei livelli retributivi non possono considerarsi legittime. Se poi, per altro verso, è vero che dovranno essere gli stessi accordi aziendali a dettare i criteri in base ai quali vagliare la coerenza delle riduzioni quantitative in oggetto rispetto alla realtà aziendale, ricordiamo che gli stessi accordi sottostaranno, al pari delle altre tipologie di accordi in deroga, al vaglio della Commissione che *in sede nazionale* ne valuterà la ragionevolezza globale – prescindendo, allora, dalle specifiche esigenze manageriali e aziendali che potrebbero avere prevalso a detrimento delle esigenze di tutela. Le rappresentanze sindacali di parte lavoratrice vedono, cioè, nella corrispondente rappresentanza nazionale un elemento diretto di appoggio e di resistenza ulteriore.

Le linee guida per il nuovo accordo collettivo fanno poi una ulteriore importante distinzione sul piano del riparto di competenza tra contrattazione nazionale e contrattazione aziendale: «il parere di conformità della CNC sarà necessario solo per gli istituti disciplinati dal ccnl. Nel caso, quindi, di accordi che contengano sia interventi su aspetti già regolamentati dal ccnl, sia interventi relativi a materie già oggetto di negoziazione aziendale, la CNC esprimerà il proprio parere esclusivamente sui primi». Viene insomma precisato che la contrattazione aziendale è da ritenersi libera di disciplinare qualsiasi aspetto, normativo o retributivo, che non sia già coperto dalle prerogative della contrattazione nazionale, e solo rispetto a quest'ultima si porrà la questione della coerenza e del conseguente giudizio di apprezzamento da parte della Commissione: su tutto ciò che non sia già disciplinato dal contratto collettivo, il contratto aziendale ha carta bianca (ovviamente, è da intendersi, nel rispetto dei principi inderogabili dell'ordinamento).

Gli accordi aziendali in deroga, essendo correlati a situazioni congiunturali particolari, hanno poi, come preannunciato, un carattere temporaneo. In particolare, le linee guida approvate attestano che «la durata temporale degli accordi dovrà essere strettamente correlata: alla situazione aziendale che ha determinato l'esigenza di un intervento in deroga e agli obiettivi che l'accordo intende raggiungere». Si precisa, poi, l'opportunità di restringere la durata dell'efficacia dell'accordo a un quadriennio, salve eventuali giustificate proroghe da concordare. L'elemento temporale dell'accordo, come sopra anticipato, è uno degli elementi da valutare nel giudizio complessivo sulla legittimità dello stesso, insieme alla situazione dell'impresa e alla tipologia della deroga (contenuto della stessa), specie nelle sue potenzialità.

Uno degli aspetti che ci sembrano più importanti, anche nel rispetto delle direttive comunitarie in tema di informativa dei lavoratori (si veda, in particolare, sul diritto generale di informazione e consultazione sindacale, la direttiva UE n. 14 del 2002), ma più in generale nella considerazione dei problemi di carenza informativa che molto spesso vengono additati dagli esperti come una delle maggiori cause delle disfunzioni del mercato del lavoro (ricorre il tema delle asimmetrie informative negli studi con approccio c.d. di *law and economics* di P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law*

and economics, Giuffrè, Milano, 2004, in part. 66 ss. sulla correzione degli effetti della asimmetria informativa sulla congiuntura e sull'andamento dell'azienda), è la previsione di un *adeguato* percorso informativo ritenuto come parte *essenziale* per la verifica della tenuta dell'accordo in deroga, non solo a priori ma anche nel momento successivo del collaudo e dell'efficacia sul piano economico-politico-aziendale. Esso, viene sottolineato testualmente, «nella fase preliminare alla negoziazione dell'accordo e nella fase di vigenza dell'accordo, è un presupposto essenziale per la realizzazione di un accordo aziendale in deroga. Alla scadenza dell'accordo le Parti aziendali realizzeranno una valutazione congiunta sui risultati raggiunti e informeranno in merito la CNC». La comunicazione sul piano sindacale, e perciò la tenuta delle relazioni sindacali, è pertanto non solo garantita a priori e successivamente al presupposto accordo, ma costituisce anche un preciso obbligo di rapporto al vertice, nel momento in cui i sindacati sono tenuti, a seguito di una valutazione che deve avere carattere congiunto, a informare la Commissione nazionale sui risultati, quindi sul grado di successo legato al progetto normativo derogatorio nella sua applicazione e nella sua tenuta rispetto alla realtà aziendale e occupazionale.

Infine, i sindacati del settore non hanno mancato di dettare linee guida anche per l'aspetto del rinnovo contrattuale, in merito al quale è stata pensata una sorta di clausola che potremmo dire di «tregua derogatoria». Viene affermato infatti che «in concomitanza con rinnovi del ccnl che intervengano su aspetti oggetto di accordo in deroga le Parti aziendali si incontreranno per valutarne l'impatto sull'accordo aziendale. Nel caso in cui le Parti aziendali valutassero la necessità di sottoscrivere un nuovo accordo, lo stesso sarà trasmesso alla CNC per un nuovo parere di conformità. Nei tre mesi antecedenti la scadenza del ccnl e fino al rinnovo dello stesso, fatti salvi casi di particolare urgenza che saranno portati all'attenzione delle Parti nazionali, non si ritiene opportuna la realizzazione di accordi in deroga su istituti contrattuali oggetto della trattativa nazionale».

Prima di procedere ad una proposta di lettura circa la tenuta di questo tipo di accordi nel sistema italiano di diritto del lavoro inderogabile, a fronte delle forti polemiche che da più parti sono state sollevate, sia consentita una riflessione generale circa l'opinione che ritiene l'accordo in deroga un segno della debolezza sindacale e la contrattazione su base paritetica una ipocrisia: se non sia altrettanto «ipocrita» «lasciar fare all'impresa» e pretendere trattamenti e tutele poco consapevoli della realtà e delle prospettive dell'azienda (cfr. il recente intervento di Pietro Ichino al convegno *Il contratto collettivo tra passato presente e futuro*, tenutosi a Verona il 1° giugno 2007 che ha ribadito l'opportunità di valorizzare la contrattazione aziendale anche dal punto di vista dei benefici che ne possono derivare in termini di innovazione e attrazione di investimenti stranieri).

3.2. Riportato come precede il contenuto delle linee guida predisposte a livello nazionale nel settore chimico-farmaceutico, è opportuno fare il punto sulla legittimità dei futuri accordi in deroga alla luce del principio di inderogabilità che ha sempre contraddistinto il nostro sistema di diritto del lavoro e che non sembra possa dirsi intaccato da questo tipo di disposizione da parte dell'autonomia collettiva.

Il tema della inderogabilità *in peius* è notoriamente foriero di fraintendimenti per essere, da un lato, un pilastro dell'intero settore del diritto del lavoro e, dall'altro, per il suo confondersi con una molteplicità di concetti giuridici altrettanto fondanti di questa materia, ma non esattamente definiti e definibili; pensiamo alle attigue tematiche del c.d. *favor* e alla non facile definizione dei rapporti tra autonomia collettiva e autonomia individuale in un sistema di relazioni industriali, quale il nostro, che non prevede una disciplina dell'efficacia del contratto collettivo.

Pensiamo anche, in particolare, tra i ragionamenti giuridici che fanno dell'inderogabilità un argomento particolarmente complesso, a quello della diversa collocazione dell'autonomia sindacale nel sistema delle fonti alla luce della compresenza di due filoni interpretativi che hanno fondato il sindacalismo ora nell'ordinamento sindacale in sé, ora nell'al-

veo del diritto statale. Facciamo solo un cenno minimo a questo tema, data l'impressione che possa tornare utile per comprendere meglio lo scetticismo che aleggia intorno ai contratti aziendali in deroga e possa quindi farci approdare a una opinione della loro legittimità alla luce del principio di inderogabilità. Il primo filone interpretativo si ricollega alla c.d. teoria della pluralità degli ordinamenti, per la quale anche i giuslavoristi sono tributari agli studi di S. ROMANO (*L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1977, III ed.; vedi in particolare G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960): secondo questo orientamento non sarebbe esatto parlare del rapporto di lavoro come di un rapporto fondato sul contratto, derivando quello le sue integrazioni da una fonte esterna all'ordinamento statale, quale può appunto essere vista la normativa di fonte sindacale (per posizioni rigorose in questo senso a-contrattualista si vadano G. MAZZONI, *I rapporti collettivi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, 87 ss., nonché F. MAZZIOTTI, *Nozioni di diritto del lavoro sindacale e della previdenza*, ES, Napoli, 2005). Il filone interpretativo alternativo, invece, prevalente (vedi tra gli altri S. MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1973, XXIII; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000, 41; G. FERRARO, *Il rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, 2), è quello secondo cui, malgrado la mancanza di una regolamentazione legale del processo di normazione sindacale, l'autonomia sindacale deve considerarsi come una parte non aliena all'ordinamento statale, il quale la definisce, sul piano del soggetto, come una associazione non riconosciuta, e sul piano del rapporto come una contrattazione tra privati, che come tale è vincolante ai sensi della normativa codicistica sui contratti tra privati. Notoriamente si ricollega la diffidenza sociale, e di riflesso anche giuridica, del sindacalismo italiano a rimettersi nei ranghi dell'ordinamento statale al timore di vedersi disconosciuta la più ampia possibilità di manovra e di azione di fronte agli strumenti dello Stato (e del suo diritto civile), tacciati di essere tradizionalmente costruiti su un modello individualista e borghese.

La contrapposizione tra le teorie a matrice a-contrattualista a quelle a matrice contrattualista, o, in altre parole, la questione dell'origine del rapporto di lavoro, è stata comprensibilmente centrale nella dottrina italiana, anche perché un altro dei temi di fondo ad essa sottesi, insieme a quello della rivendicazione della maggiore autonomia per il sindacato, è quello attiguo della delimitazione del potere delle parti contraenti rispetto ad una entità garante di un livello minimo di tutela (infatti, anche nella letteratura giuridica di Paesi con un sistema sindacale profondamente diverso dal nostro si è posta la stessa problematica, seppur da una angolatura diversa: in Gran Bretagna, dove la – potenziale – operatività del sindacato, la sua competenza normativa e la relativa efficacia sono stati meticolosamente disciplinati dalla legge, alla nozione di 'contratto' di lavoro si può preferire quella di 'status' di lavoratore, dove i diritti di quest'ultimo possono derivare appunto da un accordo contrattuale o piuttosto dal riconoscimento statutario, cioè statale, di cui l'accordo è ammantato (cfr. S. DEAKIN, G.S. MORRISON, *Labour law*, Hart Publishing, Oxford, 2005, 121 ss.).

Ebbene, la connessione tra queste tematiche e quella dell'inderogabilità (e degli accordi in deroga ai Ccnl) è perciò da cogliersi nel senso che, ove si rimane assolutamente ancorati al dato codicistico, accogliendo cioè la teoria contrattualista, si conclude in maniera non equivoca con l'affermazione che anche il contratto collettivo aziendale, in quanto contratto di diritto comune ai sensi del nostro codice civile, non possa che avere l'efficacia oggettiva del contratto comune, e come tale debba sottostare alle regole civili che disciplinano detto profilo oggettivo di efficacia. È forse utile sottolineare, ad argomento di questa conclusione, che il concetto di derogabilità qui coinvolto concerne l'area dell'efficacia *oggettiva* del contratto collettivo (in questo caso si tratta del rapporto di derogabilità tra fonti collettive di diverso livello), il che ci allontana dalle motivazioni – legate piuttosto alla tematica dell'efficacia *sogettiva* del contratto collettivo – che co-

me si è accennato sopra hanno fondato in Italia il filone interpretativo c.d. a-contrattualista o della pluralità degli ordinamenti (sul tema dell'efficacia oggettiva dei contratti collettivi si veda anche M. GRANDI, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in *Atti delle giornate di studio AIDLASS*, maggio 1981, Giuffrè, Milano, 1982; AA.VV., *Contrattazione decentrata e rapporto di lavoro*, Centro di studi Domenico napoletano, Convegno del 28-29 novembre 1986, Giuffrè, Milano, 1988; più recentemente A. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, Milano, 2001).

I limiti all'efficacia oggettiva (anche) del contratto collettivo (compreso quello aziendale) sono quindi quelli stabiliti dagli artt. 1418 c.c. e 1419, comma 2, c.c., in virtù dei quali il contratto è nullo se contrario a norme imperative (art. 1418, comma 1, c.c.), mentre singole clausole illegittime non ne comportano la nullità quando siano sostituite di diritto dalle corrispondenti norme imperative (art. 1419, comma 2, c.c.); ed è pertanto l'inquadramento sistematico dell'accordo in deroga entro detto quadro normativo che ce lo consegna adeguato e consona con il nostro sistema di inderogabilità.

Il sistema degli accordi aziendali, sia in conformità che in deroga al contratto collettivo, si pone come un sistema aggiunto di contrattazione di diritto comune, avente pari efficacia oggettiva rispetto al sistema degli accordi a livello nazionale. La possibilità degli accordi anche peggiorativi è giuridicamente legittima negli stessi limiti posti dalle norme codicistiche richiamate ed entro il rispetto delle norme imperative rinvenibili nel nostro ordinamento – comprese quelle di contenuto prettamente lavoristico (cfr., da ultimo, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2406, in *RFI*, 2004, n. 1723, voce *Lavoro (rapporto)*), secondo cui «con riferimento al rapporto lavorativo privatizzato [...] dei dipendenti dell'ente poste italiane, stante la tipicità e tassatività delle fattispecie di estinzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, è illegittima, per violazione di norme imperative, la clausola contenuta nell'accordo integrativo del contratto collettivo 26 novembre 1994, secondo la quale il rapporto di lavoro si risolve automaticamente al raggiungimento della massima anzianità contributiva [...]» e anche App. Milano 14 gennaio 2004, in *D&L*, 2004, 159, là dove precisa che «[l]art. 14, 3° comma, del c.c.n.l. enti locali, nella parte in cui prevede l'estinzione del rapporto di lavoro in ipotesi di mancata ripresa del servizio allo scadere del periodo di aspettativa, è da ritenersi nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c., dovendosi escludere che l'autonomia privata possa introdurre cause di risoluzione del rapporto di lavoro diverse e ulteriori rispetto a quelle legali». Perciò, anche ove si ponessero delle clausole derogatorie (nel caso *de quo* ritenute compatibili dalla Commissione paritetica nazionale) che però fossero in contrasto con norme imperative del nostro ordinamento, dettate dalla legge o da fonti di pari grado, il lavoratore interessato sarebbe legittimato ad adire le vie giudiziarie, nei termini previsti dalla normativa codicistica richiamata (l'azione sarà imprescrittibile e anche il giudice potrà rilevarla d'ufficio ai sensi degli artt. 1421 e 1422 c.c.).

A questo punto si aprirebbe il nodoso tema che circonda l'area, in termini di contenuto, della norma imperativa: quali sono, cioè, le norme imperative assolutamente inderogabili? Non è questa la sede per un approfondimento sul punto, oggetto, come noto, delle più aperte disquisizioni dottrinali (sull'individuazione di un nucleo intangibile di tutele per il rapporto di lavoro diversi spunti sono stati dati dalle analisi di ispirazione internazionale: recentemente S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 2006, n. 109, 1, 39; più in generale, sul fondamento giuridico della assoluta inderogabilità di certe tutele si rinvia, oltre che al classico R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, anche a M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *DL*, 2003, 509).

Qui ci si limita a richiamare la meritevolezza, già sottolineata sopra, della definizione, posta dallo stesso contratto collettivo, alla stregua di norma invalicabile delle c.d. fasce di di-

ritti assolutamente inderogabili, date dai minimi richiamati nell'art. 15 Ccnl, oltre che dai c.d. diritti individuali definibili (in via interpretativa, ricostruendoli dal tenore del contratto e della legge) come irrinunciabili.

Quanto al caso di conflitti tra contratti di diverso livello, ove il ragionamento interpretativo non portasse a una lettura coerente delle clausole pattuite in azienda rispetto a quelle pattuite a un livello superiore, il relativo contrasto deve essere risolto sulla base del criterio cronologico, quale principio generale di diritto comune sulla successione di contratti stipulati dagli stessi soggetti.

Altri criteri sono stati indicati dalla dottrina e dalla giurisprudenza lavoristiche, ma nessuno appare appagante pienamente. Non è appagante il criterio del *favor*, specialmente considerata la linea evolutiva di politica sindacale, e non solo sindacale, che lo relega ad un ruolo non più determinante nell'individuazione della normativa applicabile, specie in tutti quei casi in cui il trattamento peggiorativo, data la precarietà della realtà aziendale che non consenta prospettive occupazionali di lungo periodo, è accolto nel contratto collettivo dei lavoratori come il minore dei mali, con la prospettiva di dare maggiore potere all'autonomia collettiva che voglia operare appunto per obiettivi di medio-lungo periodo (sullo sfumare del rilievo del *favor* anche O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005; la giurisprudenza non ha peraltro accolto pacificamente questa tendenza, affermando per esempio, sul piano del rapporto derogatorio tra Ccnl e contratto individuale, che il contratto collettivo non può prevedere dei trattamenti peggiorativi e che trattamenti simili, per essere efficaci, devono avere il consenso espresso del lavoratore; così Cass. 17 marzo 2003 n. 3898, in *D&G*, 2003, 13, 28, con nota di S. BELLOMO; a favore della centralità di questo principio si veda ancora L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2005, 24). Neppure appare appagante il criterio di specialità, che, seppur utilizzabile in via interpretativa, e quindi in supporto a un ragionamento che portasse ad una valutazione di coerenza tra le disposizioni apparentemente contrastanti, non offre per altro verso sufficiente fondamento normativo per costituire il criterio di scelta tra una clausola e l'altra, cosa che peraltro non sarebbe coerente neppure con i principi di tutela sindacale a livello costituzionale perché l'art. 39 Cost. presuppone una libertà e una sostanziale parità di forza tra le diverse singole associazioni, e quindi per le loro determinazioni normative, salva la proporzione della loro rappresentatività. Del resto, si ritiene che le norme c.d. strutturali, solitamente predisposte al livello superiore verso il livello inferiore, siano tali da poter dirimere i contrasti che possono insorgere (così anche A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, 114 e 115). La medesima circostanza si verifica, con specifico riferimento al contratto nazionale del settore chimico-farmaceutico in esame là dove nelle linee guida sono indicati i criteri per la legittimità degli accordi in deroga; sarebbe a dire che l'efficacia *soggettiva* dell'accordo nazionale può vincolare l'efficacia *oggettiva* dell'accordo aziendale, poiché le parti dell'accordo aziendale sono soggettivamente vincolate al rispetto di quelle linee guida in virtù dei rapporti di affiliazione sindacale. Per non enfatizzare questo argomento, occorre però ricordare che i soggetti stipulanti a livello aziendale sono soggetti giuridicamente diversi da quelli stipulanti al livello superiore, e come tali non sono direttamente vincolati dall'accordo (*ex art. 1372 c.c.*); nondimeno, l'affiliazione sindacale, anche quando non espressa in precisi accordi confederativi e associativi, è di per sé tale da indurre il sindacato di livello inferiore a non discostarsi dalla politica e dagli orientamenti del suo referente di livello superiore. Bisogna dire che la situazione del sindacalismo in Italia è notoriamente in una fase non florida, che viene denunciata inefficace non solo dalla decrescente adesione dei lavoratori (difetto di rappresentatività), ma anche, a valle, da casi di contrasti interni alle confederazioni e agli stessi gruppi sindacali che portano a una completa paralisi del sistema di relazioni industriali; è questo il caso, non isolato, della confederazione CSA (Coordinamento Sindacale Autonomo Regioni ed Enti Locali), all'interno della quale sussiste da anni (al-

meno sul fronte delle rappresentanze territoriali per la Regione Campania) un contenzioso interno tra le OO.SS. aderenti che di fatto paralizza il sistema di relazioni industriali nel suo insieme.

3.3. Lo scetticismo sui contratti aziendali in deroga, dunque, fatte le premesse teoriche che precedono (che non sono che accenni a temi degni di approfondimenti e osservazioni più ampie) è difficilmente spiegabile se rimaniamo fermi a una impostazione contrattualista/statalista. Rimangono perciò, per comprendere meglio la diffidenza verso la contrattazione aziendale in deroga, da rievocare quelle teorie che, al di là della legittimazione statalista imperniata sul codice e ispirata dalla struttura del negozio sinallagmatico, connettono l'evoluzione del diritto del lavoro, e del diritto sindacale in particolare, piuttosto «allo stato dei fatti» e in particolare alla casistica giurisprudenziale che ha creato, a dispetto (e in ragione) del carattere lacunoso e precario – eppure, potremmo dire, ormai così «istituzionalizzato» – della disciplina sull'efficacia del contratto collettivo, una legittimazione *in sé* dell'autonomia collettiva. Le teorie a-contrattualistiche, altrimenti dette della pluralità degli ordinamenti (quelle che hanno trovato nella dottrina di Giugni il proprio maggiore esponente in ambito lavoristico, richiamando una costruzione dogmatica in virtù della quale l'autonomia della materia si fonda in maniera indipendente da quella dell'ordinamento statale), hanno avuto il fine dichiarato di impedire che l'impianto formalista di tradizione civilista da un lato, nonché l'evoluzione della materia ad opera del potere legislativo statale dall'altro – specialmente sul punto dei necessari interventi per l'attuazione dei principi sindacali costituzionalmente garantiti –, potessero costituire un attentato alla libertà e al raggiungimento delle finalità garantiste che costituiscono l'essenza delle norme di tutela e sindacali. Al di là degli appunti tecnico-formalistici che potrebbero fondarle, queste teorie sono state e sono ancora l'espressione dell'esigenza di attribuire un ruolo politicamente più forte e indipendente, sulla scorta dell'ideologia dominante, alle manifestazioni del sindacalismo. Non si capirebbe insomma la polemica sugli accordi in deroga, da un punto di vista non solo e non tanto politico, quanto di più stretta politica interpretativa, se non enfatizzando l'influsso di questa impostazione culturale, e il modo in cui essa continua ad influenzare dottrina e giurisprudenza.

A ben vedere, senza certo potersi liquidare una impostazione, con tutta la sua tradizione e le sue motivazioni, a scapito dell'altra, un accordo come quello del settore chimico-farmaceutico ci sembra attestare il fatto che il ruolo portante del sindacalismo potrebbe, lungi dall'essere affievolito, viceversa essere molto più riconosciuto e valorizzato dall'impianto di diritto positivo che lo legittima e lo accoglie e che, nondimeno, porta con sé l'istanza prima di riconoscere le peculiarità della contrattazione in materia di rapporti di lavoro rispetto alla contrattazione commerciale-civile.

A testimonianza di quanto la corrente a-contrattualista esercita oggi il suo influsso, basti ricordare che è ancora in virtù di quelle interpretazioni creative e di adattamento che la norma sulla prevalenza del contratto collettivo su quello individuale, cioè l'art. 2077 c.c. (norma altrimenti collocata nel sistema – abrogato – del diritto sindacale corporativo) è invocabile e ritenuta fonte dell'inderogabilità *in peius* dell'accordo collettivo, in contrasto con la normativa di diritto comune (in questo senso, tra le tante, Cass. 7 gennaio 2003 n. 41, in *RFI*, 2003, n. 735, voce *Lavoro (rapporto)*, sull'automaticità della sostituzione della clausola collettiva rispetto a quella peggiorativa inserita nel contratto individuale, in tutti i casi in cui sia provata la possibilità di applicazione del contratto collettivo invocato da parte lavoratrice).

Infine, a testimoniare il carattere inevitabilmente equivoco della diversità di regime applicato in caso di violazione di una «norma inderogabile» che derivi dal contratto collettivo, rispetto alla violazione di una norma di legge, si consulti Cass. 8 novembre 2001 n. 13834 (in *MFI*, 2001), secondo cui «in caso di rinuncia all'incidenza dell'anzianità maturata ad una certa data del rapporto di lavoro sui diritti, derivanti da norme inderogabili di


legge o di contratto collettivo, ancora non acquisiti nel patrimonio del rinunciante, la rinuncia viene ad assumere il valore di un atto diretto a regolamentare gli effetti del rapporto di lavoro in maniera diversa da quella fissata inderogabilmente dalle norme di legge o di contratto collettivo, e ciò ne determina la nullità a norma dell'art. 1418 c.c. o l'invalidità o l'inefficacia a norma dell'art. 2077 c.c.». La massima fa derivare cioè un regime di nullità in capo alla clausola contraria alla legge, e/o, al tempo stesso, un regime generico di invalidità o inefficacia ai sensi dell'art. 2077 c.c. – in caso di clausola contraria al Ccnl.



Barbara Grandi
Avvocato del Foro di Napoli





4. Mercato del lavoro


Il regolamento della Regione Lazio in materia di incontro tra domanda e offerta di lavoro

Sommario: **4.1.** Premessa. – **4.2.** Il sistema misto pubblico-privato. – **4.3.** La nuova nozione di disoccupazione. – **4.4.** Le azioni di contrasto alla disoccupazione di lunga durata.

4.1. Con notevole ritardo rispetto alle altre Regioni (per una panoramica sulle delibere giuntali approvate si veda D. GAROFALO, *Lo status di disoccupazione tra legislazione statale e provvedimenti regionali*, in *q. Rivista*, 2006, 637, e, volendo, M. MAROCCO, *I regolamenti regionali in materia di incontro tra domanda ed offerta di lavoro. Prime indicazioni sul nuovo status di disoccupazione*, in *RGL*, 2005, 641), anche il Lazio è intervenuto, mediante la deliberazione della Giunta regionale 31 ottobre 2006, n. 778 (in *BUR Lazio*, 9 dicembre 2006, n. 34, parte I, in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*) dettando «Indirizzi operativi in ordine ai servizi per l'impiego e all'incontro tra domanda ed offerta di lavoro in attuazione del decreto del Presidente della Repubblica n. 442/2000 e dei decreti legislativi n. 181/2000 e 297/2002». Proprio la perdurante assenza di tale intervento aveva addirittura indotto tutte le Province laziali ad anticiparne gli effetti, con l'intento di fornire comunque agli uffici provinciali «direttive» uniformi in ordine alla applicazione della riforma della procedura del collocamento (si veda, ad es., per le Province di Roma e Frosinone, rispettivamente, la circ. n. 2/C/2004 e la deliberazione della Giunta provinciale n. 213/2006).


Peraltro, l'amministrazione regionale nell'ultimo periodo ha dimostrato un certo attivismo. Difatti, è stata di recente approvata anche la l.r. 18 settembre 2007, n. 16, contenente «Disposizioni dirette alla tutela del lavoro, al contrasto e all'emersione del lavoro non regolare» (in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*). Si conferma così la tendenza delle istituzioni locali (si veda infatti anche la l.r. Liguria 13 agosto 2007, n. 30, in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*) ad ampliare lo spettro della potestà legislativa regionale concorrente alla materia della «sicurezza e la qualità del lavoro». A tal fine non solo vengono ri-modellati alcuni istituti già esistenti nell'ordinamento regionale, ma sono individuate anche apposite politiche attive (incentivi alle imprese, responsabilità sociale delle imprese, stabilizzazione occupazionale, ecc.). Tornando alla delibera n. 778/06, come altrove si è avuto modo di spiegare nel dettaglio (si veda M. MAROCCO, *Il regolamento della Regione Abruzzo in materia di incontro tra domanda ed offerta di lavoro*, in *q. Rivista*, 2005, 1162), solo a partire dall'inizio del 2003, le amministrazioni regionali hanno cominciato a disciplinare la materia, grazie alle «integrazioni e modifiche» del d.lgs. n. 181/2000 ad opera del d.lgs. n. 297/2002 ed in particolare alla definitiva, ed espressa, abrogazione di gran parte della alluvionale normativa relativa all'avviamento al

lavoro (entrambi in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*). Si è cioè intervenuti non sul momento organizzativo (cui si è provveduto, in prima istanza, con le leggi regionali di attuazione del d.lgs. n. 469/1997, in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), ma sul *modus operandi* delle istituzioni pubbliche di controllo dei mercati del lavoro locali. A quanto consta, solo Calabria, Molise e Valle D'Aosta mancano ancora all'appello, mentre le restanti amministrazioni hanno tutte approvato appositi atti normativi – in genere nella forma di delibere di Giunta, con l'unica rilevante eccezione della l.r. pugliese n. 4/2006 (in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), sulla quale pende tuttavia il ricorso n. 55/2006 presso la Corte Costituzionale – con l'intento di regolamentare in maniera esaustiva la materia. Si tratta di veri e propri Testi Unici, relativi a tutti gli istituti di cui al d.P.R. n. 442/2000 (in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*) e al d.lgs. n. 181/2000, attraverso i quali si è risolta quella frattura logico-sistematica, prodotta dal legislatore nazionale, una volta abbandonata la via dell'emanazione di un unico regolamento di semplificazione della procedura del collocamento.

Va inoltre ricordato che tale intervento è stato favorito da un importante patto «politico» raggiunto tra centro e periferia, che, chiarendo a livello nazionale alcuni nodi interpretativi posti dallo stesso d.lgs. n. 297, ha ulteriormente agevolato i legislatori regionali. Difatti, il 10 dicembre 2003, presso la c.d. Conferenza Unificata, è stato sottoscritto l'«Accordo tra il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, le Province, i Comuni e le Comunità montane» (in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*). Mediante tale «intesa interistituzionale» sono stati individuati e condivisi alcuni «indirizzi interpretativi», che appariva necessario definire in ambito nazionale – si affermava – «per ragioni connesse alla mobilità dei lavoratori».

4.2. Ad un primo sguardo d'assieme, il regolamento del Lazio conferma la già segnalata tendenza alla uniformità disciplinare della normativa regionale in materia, non discostandosi, anche dal punto di vista sistematico, da quanto disposto dalle altre amministrazioni. Come in molti altri enti (in particolare Basilicata, Emilia Romagna, Liguria, Lombardia, Marche, Piemonte, Puglia, Umbria, Veneto), la scelta è stata nel senso di allegare alla delibera un documento tecnico che, in forma di *prosa*, tipica della prassi amministrativa, disciplina nell'ordine: gli strumenti di controllo e conoscenza della offerta e domanda di lavoro a disposizione dei «servizi competenti» (elenco anagrafico e scheda professionale); le procedure per l'accertamento e la verifica dello stato di disoccupazione; le comunicazioni obbligatorie dei datori di lavoro; la forma, le modalità e la tempistica per l'erogazione delle misure di contrasto alla disoccupazione di lunga durata; le discipline speciali (mobilità, disabili e stranieri) e, tra queste, la procedura per l'avviamento a selezione presso la pubblica amministrazione.

Va subito segnalato che il Lazio, sottolineando «il ruolo centrale dei servizi pubblici competenti nella lotta alla disoccupazione di lunga durata e nella gestione del sistema complessivo di governo del mercato del lavoro», si iscrive tra quegli enti locali che hanno deciso di interpretare la nozione di «servizi competenti» fornita dal citato d.lgs. n. 297, comunque limitando l'approccio neutrale, da essa implicitamente ricavabile, circa una gestione *in house* ovvero *in outsourcing* dei servizi all'impiego. Risulta infatti esplicitata un'area di preferenzialità accordata all'attore pubblico attraverso l'individuazione di talune attività di stretta pertinenza di quest'ultimo. Tuttavia, diversamente da altri enti territoriali, il riferimento non è solo ad istituti ed attività squisitamente amministrative (elenco anagrafico; scheda professionale; stato di disoccupazione; obblighi di comunicazione ai servizi pubblici; avviamento a selezione presso le pubbliche amministrazioni; discipline speciali), ma si estende anche alle misure proattive di lotta alla disoccupazione di lunga durata di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 181/2000, o comunque propedeutiche alle stesse (colloquio di orientamento; piano individuale di inserimento lavorativo; monitoraggio del mercato del lavoro; iniziative mirate con l'utilizzo delle risorse FSE, regionali e provin-

ciali). Ulteriori conferme, circa gli indirizzi di politica del diritto che la Regione intende perseguire in materia di costruzione del sistema «misto» pubblico-privato locale, sembrano ricavarsi dal «Piano pluriennale per le politiche attive del lavoro 2007-2009», adottato con la deliberazione del Consiglio regionale n. 36 dell'8 marzo 2007 (vedila in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*, con anche il *Piano* allegato).

In tale ambito, si afferma che, proprio «l'atto d'indirizzo sull'applicazione dei decreti legislativi 181/00 e 297/02» in commento, «dovrà essere completato», tra l'altro, con «l'elaborazione dell'atto d'indirizzo relativo all'accreditamento delle strutture che operano nel mercato del lavoro ex art. 7 d.lgs. 276/03». In particolare, l'obiettivo è quello di promuovere «l'integrazione tra le strutture pubbliche e quelle private», al fine di «garantire la copertura dell'insieme delle aree d'intervento previste, con una particolare attenzione per quelle dove i servizi privati appaiono “meno vocati” (disbrigo delle pratiche amministrative, presa in carico dei problemi delle componenti più svantaggiate del mercato, obbligo formativo e colloqui di orientamento)». Insomma, onde evitare il rischio di una segmentazione dei mercati serviti dagli operatori – quelli pubblici adibiti «alla gestione delle incombenze amministrative, delle fasce deboli del mercato e dei servizi preventivi» e quelli privati dedicati alla gestione del *matching* – l'intervento regionale sarà volto a favorire «l'adozione di una *mission* e di adempimenti comuni tra attori pubblici e privati». Ciò posto, si ritiene pur sempre indispensabile per taluni servizi peculiari («fasce deboli e a rischio») una gestione *in house* «dell'intero processo che porta all'incontro tra domanda e offerta», nonché la garanzia che, lo stesso sistema dei CPI, sia in grado di «offrire servizi specialistici per le diverse categorie di utenza».

4.3. Come anticipato, il regolamento in primo luogo disciplina – per la verità limitandosi a richiamare quanto prescritto dalla norma nazionale – l'attivazione degli strumenti introdotti dal citato d.P.R. n. 442/2000, in sostituzione delle liste del collocamento ordinario e del libretto di lavoro, abrogate dal d.lgs. n. 297.

Di maggiore interesse appare il paragrafo dedicato allo «stato di disoccupazione», anche se le scelte compiute dal legislatore laziale appaiono in linea con quanto concordato in sede di Conferenza Unificata e poi con il contenuto dei regolamenti successivamente adottati dalle altre amministrazioni regionali.

Allo stesso modo, è stabilito che la condizione di disoccupato «è sussistente» al ricorrere delle condizioni soggettive e oggettive, precisate sin dal d.lgs. n. 297/2002, vale a dire: l'essere privo di lavoro, immediatamente disponibile ad una occupazione e alla ricerca attiva della stessa. Appaiono «recepte», però, le indicazioni ricavabili dall'Accordo all'inizio citato.

È riconosciuto il ricorrere della prima condizione, infatti, anche nel caso di svolgimento di una «attività lavorativa subordinata o autonoma che consenta un reddito, su base annua, non superiore al reddito minimo personale, escluso da imposizione fiscale». Se ne deve dedurre così implicitamente accolto quanto concordato nel patto del dicembre 2003, e vale a dire che lo *status* di disoccupato sia acquisito – e non solo conservato, come prevede il nuovo testo del d.lgs. n. 181/2000 –, oltre che dai soggetti effettivamente «privi di lavoro», anche da parte di coloro che, al contrario, siano impegnati in un rapporto di lavoro, purché quest'ultimo si presenti, per così dire, marginale, quanto al reddito prodotto.

Quanto alla immediata disponibilità è chiarito che essa consiste nella «disponibilità ad accettare una proposta di lavoro avente i requisiti minimi» di congruità fissati dalla legge (vedi *infra*), mentre l'ultima condizione si realizza con la disponibilità «a elaborare un Piano individuale di ricerca del lavoro di concerto con i servizi pubblici competenti, concordando le modalità di tale ricerca attiva con i suddetti servizi».

Merita un inciso l'individuazione dei «servizi pubblici competenti» in materia, oltre ai Centri provinciali per l'impiego. Difatti, coerentemente con l'originale previsione della legge regionale di attuazione del d.lgs. n. 469/1997, che dispone la delega ai Comuni del-

le «funzioni amministrative per l'orientamento al lavoro» (art. 2, comma 4, l.r. n. 38/1998) è disposta la condivisione di tale incombenza amministrativa tra uffici provinciali e comunali. Si tratta, in quest'ultimo caso, dei «Centri di orientamento al lavoro» (art. 30) – ovvero dei «Centri di iniziativa locale per l'occupazione», destinati a sopravvivere fino alla costituzione dei primi – «strutture operative per la gestione e la erogazione dei servizi connessi alle funzioni amministrative» delegate ai Comuni stessi.

Anche nel Lazio pertanto, come nella maggioranza delle Regioni, il requisito della «ricerca attiva», che modifica la posizione del lavoratore di «semplice attesa», tipica del precedente sistema a quella proattiva del nuovo impianto normativo (F. LISO, *Appunti sulla trasformazione del collocamento da funzione pubblica a servizio*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004, 380), risulta formalizzato nell'adozione di un «Patto» da stipularsi fra utente e «servizio competente». Tuttavia, dalla lettura della delibera sembrerebbe acquisire perlomeno pari rilevanza strumentale, proprio ai fini della acquisizione dello *status*, il colloquio di orientamento (vedi anche *infra* in tema di perdita dello stato di disoccupazione). È ivi affermato infatti che: «La terza condizione (e cioè quella della ricerca attiva) è verificata dall'aver dichiarato la propria disponibilità a concordare modalità di ricerca attiva di lavoro con i servizi competenti *attraverso il colloquio di orientamento*».

D'altro canto, in un ulteriore allegato della delibera n. 778/2006, contenente gli «standard minimi per la definizione del Piano individuale di ricerca del lavoro», si dispone che «Il piano impegna il servizio e l'utente a perseguire quello che nello stesso viene previsto» e che, a tal scopo, è «redatto in duplice copia, firmato dall'operatore e dall'utente e conservato nella base dati del SIL provinciale». Particolare rilievo, ai fini di tracciare i confini di detto «impegno», assumeranno pertanto le informazioni relative alle misure concordate per migliorare l'occupabilità e per la ricerca attiva del lavoro, incluse tra gli elementi necessari del Piano, così come l'indicazione di «disponibilità o indisponibilità a particolari tipologie e/o condizioni di lavoro, aspettative in termini di retribuzione».

Resta ambiguo, come già segnalato (sia consentito rinviare nuovamente a M. MAROCCO, *I regolamenti regionali in materia di incontro tra domanda ed offerta di lavoro. Prime indicazioni sul nuovo status di disoccupazione*, cit., 668 ss., in particolare), anche nel caso del Lazio – scontata tuttavia una certa genericità altrove non riscontrabile – l'inquadramento giuridico di tale documento. Se, come nella maggioranza delle Regioni, è assente una perfetta individuazione del diritto di credito alla prestazione dell'utente e, di conseguenza, appare di difficile inquadramento la situazione giuridica di quest'ultimo, nell'evenienza della mancata erogazione del servizio, nel caso della Regione in esame si riscontra un'ulteriore incertezza. Difatti, pur potendosi desumere dalla delibera n. 778/2006 un onere in capo al disoccupato in ordine alla sottoscrizione del «Piano», neppure dal lato dell'utente risultano espressamente enucleate le conseguenze giuridiche della sua sottoscrizione. Tra le cause, infatti, di decadenza dello «stato di disoccupazione» non ricorre né il mancato rispetto delle misure ivi concordate, né, tantomeno, il rifiuto di sottoscrivere lo stesso (vedi *infra*).

Non sono poi da segnalare peculiarità in materia di verifica e accertamento dello stato di disoccupazione, limitandosi la delibera a ribadire quanto già previsto a livello nazionale (vedi art. 2, comma 3, d.lgs. n. 181/2000): i «servizi competenti» effettueranno «indagini, anche a campione, sulla veridicità delle dichiarazioni rese dai lavoratori», richiedendo anche l'intervento delle DPL, ed inoltre verificheranno l'effettiva permanenza della condizione di disoccupazione, utilizzando le fonti di informazioni disponibili (comunicazioni dei datori di lavoro, informazioni fornite dagli organi di vigilanza), nonché accertando il rispetto delle modalità e delle misure concordate con il disoccupato.

Nel paragrafo dedicato alla *Conservazione dello stato di disoccupazione in costanza di attività lavorativa*, invece, risulta meramente «recepto» quanto concordato in sede di

Conferenza Unificata, facendo propri gli stessi limiti di reddito ivi previsti (7.500 euro annui per rapporti di lavoro dipendente e assimilati e 4.500 euro annui per rapporti di lavoro autonomo), che garantiscono, appunto, il mantenimento dello *status*, nonostante la prestazione di un'attività lavorativa.

È comunque in tema di «conservazione» che il legislatore laziale ha mostrato maggiore capacità «integrativa» della disciplina nazionale.

In primo luogo, va segnalata l'introduzione di una ulteriore ipotesi di mantenimento della anzianità di disoccupazione, del resto prevista anche da altre Regioni (Marche, Toscana e Veneto), nell'evenienza di risoluzione del rapporto di lavoro durante il periodo di prova. Del tutto originali nel panorama nazionale sono invece gli effetti sulla condizione occupazionale accordati in caso di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo e di dimissioni per giusta causa. Nel caso si tratti di rapporti a tempo indeterminato e «a condizione che il reddito annuo percepito sia inferiore al reddito non soggetto ad imposizione fiscale», infatti, il licenziato, ovvero dimissionario, può addirittura richiedere, entro 60 giorni dalla cessazione del rapporto, il recupero dell'anzianità precedentemente maturata. Il legislatore laziale – se bene si comprende – avrebbe cioè introdotto un'ulteriore ipotesi di conservazione dello *status*, potenzialmente giustificabile in caso di recesso del lavoratore per giusta causa in un'ottica allargata di protezione dell'interesse di quest'ultimo, ma comunque espressiva delle eredità della vecchia disciplina, segnalate dalla dottrina più attenta (F. LISO, *op. cit.*, 377). Insomma, risulta confermato – e nel caso specifico esaltato – che lo «lo stato di disoccupazione [...] viene considerato come un “bene” da salvaguardare perché consente al lavoratore di maturare la condizione di “disoccupato di lunga durata” e quindi l'accesso ad una serie di benefici – in primo luogo l'avviamento con precedenza al pubblico impiego – senza alcuna connessione con l'obiettivo prevalente di selezionare i soggetti interessati a fruire delle politiche attive erogate dagli uffici per l'impiego».

Si è più volte fatto cenno al tema della perdita dello stato di disoccupazione. La disciplina laziale sul tema si dimostra in parte laconica su taluni pur rilevanti aspetti, senza prendere spunto dai precedenti regolamenti approvati dalle altre Regioni.

In primo luogo la delibera n. 778 fa proprie le cause di decadenza così come previste dal novellato d.lgs. n. 181, e vale a dire: la mancata presentazione al colloquio di orientamento, entro il «termine fissato da ogni singola Amministrazione Provinciale», ovvero ai «successivi colloqui eventualmente disposti dai servizi competenti, ed il rifiuto, senza giustificato motivo, di una congrua offerta di lavoro.

Il regolamento, ribaditi gli «standard minimi» nazionali circa l'offerta di lavoro, in ordine alla tipologia contrattuale ed alla durata del rapporto (contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e per una durata indeterminata ovvero per una durata minima legale), precisa la congruità geografica, professionale e reddituale di detta offerta, la quale funziona così da vera e propria deroga al requisito della «immediata disponibilità al lavoro».

Quanto al primo parametro è stabilito che la «sede di lavoro sia comunque raggiungibile in un tempo massimo di 60 minuti con i mezzi pubblici o sede di lavoro ubicata nel raggio di 50 km», mentre per il secondo ci si affida alle risultanze del colloquio di orientamento («proposta professionalmente congrua, in quanto coerente a qualifica, mansioni, competenze ed obiettivi coerenti con quelli espressi dal lavoratore nel colloquio di orientamento»).

Parametro ulteriore è la congruità del lavoro offerto rispetto ai livelli retributivi raggiunti nel corso della eventuale precedente esperienza lavorativa. Come altre Regioni (ad es. Emilia Romagna) è fissata una percentuale massima di tollerabilità delle offerte al ribasso rispetto al pregresso, al contempo prevedendo un aumento progressivo della detta soglia di tollerabilità, al trascorrere del tempo («l'offerta di lavoro [...] deve prevedere un trattamento economico onnicomprensivo, al lordo delle ritenute fiscali, non inferiore del

10% rispetto a quello percepito immediatamente prima dell'acquisizione dello stato di disoccupazione; trascorsi sei mesi dall'inizio dello stato di disoccupazione, la soglia del 10% di cui sopra viene elevata al 15%»).

Diversamente da altre Regioni non vengono enucleati i «giustificati motivi» che consentono di non applicare la perdita dello *status*, in quanto è affidato al «servizio competente» il compito di valutare la loro sussistenza, mentre è, fin dall'inizio, regolata l'ipotesi della mancata presentazione al colloquio, ammessa se giustificata entro 15 giorni, «salvo impedimento dovuto a causa di salute, opportunamente certificato».

Piuttosto appariscente è invece il silenzio sugli effetti della perdita della condizione di disoccupato. A parte l'assenza di qualsiasi indicazione circa possibili «proiezioni» nell'ambito della disciplina degli ammortizzatori sociali del concetto di disoccupazione – alla stregua peraltro delle altre Regioni –, va segnalato difatti che non vengono neppure chiariti gli effetti del venir meno dello *status* sull'accesso alle misure di occupabilità erogate dai servizi competenti. In sostanza non risulta espressamente affermato, al contrario di quanto avviene nella maggior parte dei regolamenti regionali approvati, che detta perdita si traduce nella mera impossibilità temporanea di accedere ai servizi all'impiego.


In tema poi di «sospensione», la delibera n. 778 accoglie quanto previsto dalla Intesa interistituzionale del dicembre 2003, e cioè che, ove dal rapporto di lavoro consegua un reddito sotto soglia, prevale comunque l'interesse del lavoratore alla maturazione dell'anzianità di disoccupazione anche in costanza del rapporto di lavoro, escludendo il prodursi dell'ordinario effetto giuridico della sospensione del decorso della anzianità, per un periodo di durata pari a quello della stessa prestazione. Sicché detto effetto di sospensione si produce solo «previa verifica dei presupposti della conservazione dello stato», e vale a dire in caso di accettazione di una offerta di lavoro di durata non superiore a 8 o 4 mesi, a seconda dell'età anagrafica del disoccupato, il quale produca lo «sfondamento» della ricordata soglia reddituale.

La disoccupazione, invece, continua a decorrere ove si tratti di «attività non costituente rapporto lavorativo (tirocini di formazione e orientamento, piani di inserimento professionale, cantieri scuola, ecc.)». Si tratta pertanto di una ulteriore ipotesi di conservazione della disoccupazione, d'altro canto prevista anche da altre Regioni (ad es. Veneto).

Poiché strettamente connessa con le tematiche sopra trattate, merita qui un cenno la disciplina relativa al c.d. avviamento a selezione presso la pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 16 della l. n. 56/1987. Anche in questo caso nella delibera n. 778 risulta accolto il principio concordato in sede di Conferenza Unificata, che, interpretando estensivamente l'avvenuta soppressione «di ogni lista ordinaria e speciale presso gli uffici di collocamento», ne ha ricavato l'implicita abrogazione del «sistema delle liste e connesse procedure di punteggio con premio per l'anzianità». Ne consegue l'adozione anche nel Lazio di parametri di selezione (i dati ISEE) che privilegiano, a scapito del criterio dell'anzianità, le condizioni reddituali e familiari. Piuttosto va segnalato che, come in altre Regioni (Emilia Romagna, Marche, Puglia e Veneto), non si è deciso di attribuire alle pubbliche amministrazioni la facoltà di procedere autonomamente alla selezione, pur nel rispetto dei principi e delle forme stabilite dalla Regione.

Segue, nella delibera, la disciplina relativa alle c.d. comunicazioni obbligatorie dei datori di lavoro/committenti, peraltro largamente ripresa dall'ormai, in parte, superato art. 6 del più volte citato d.lgs. 297/2002. Difatti, la Legge Finanziaria per il 2007 (comma 1180, art. 1, l. n. 296/2006, in *Boll. Adapt*, 2007, n. 1) è intervenuta nuovamente sull'art. 9-bis, comma 2, d.l. n. 510/1996, da una parte confermando il ruolo del CPI quale «sportello unico» in materia di obblighi informativi, nonché l'estensione di detti obblighi «oltre» il rapporto di lavoro subordinato; ma, dall'altra, introducendo il nuovo criterio della «informazione preventiva» (si veda P. RAUSEI, *Valori e criticità della «mini riforma» del collocamento italiano*, in *q. Rivista*, 2007, 250).

4.4. La delibera n. 778 dedica ampio spazio alla disciplina delle azioni di prevenzione e contrasto della disoccupazione di lunga durata.

In primo luogo va rilevata l'adozione, apparentemente ai fini della definizione del *target* dei destinatari delle politiche attive, dell'ampia nozione comunitaria di «lavoratori svantaggiati» (regolamento CE n. 2204/2002 della Commissione del 12 dicembre 2002, art. 2, lett. *f*), in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), richiamata, come è noto, anche dal d.lgs. n. 276/2003 (art. 2, lett. *k*). Si tratterebbe di una estensione, ma anche di una precisazione, della platea ricavabile dall'art. 1, comma 2, lett. *a*) e *f*), del d.lgs. n. 181.

Tuttavia va rilevato che al momento della precisazione delle «azioni mirate» in cui si sostanziano dette politiche preventive, nonché della loro tempistica, riemergono le «categorie» di cui al decreto da ultimo citato. Tali azioni «dovranno comunque garantire almeno 2 interventi»: il colloquio di orientamento (da realizzarsi «possibilmente» entro 3 mesi dall'inizio dello stato di disoccupazione), nonché, adottando la terminologia comunitaria, un *new start* (una proposta di adesione ad iniziative di inserimento lavorativo o di formazione/riqualificazione od altra misura che favorisca l'integrazione professionale del disoccupato), entro gli standard temporali e la platea soggettiva fissati a livello nazionale.

Al fine di una maggiore precisazione delle attività richieste agli uffici pubblici, la delibera quindi definisce sia il «colloquio di orientamento», «prevalentemente finalizzato alla verifica dell'effettiva condizione del soggetto sul mercato del lavoro», sia il «colloquio di inserimento», diretto invece ad accertare «le effettive disponibilità e risorse del lavoratore in relazione alle opportunità offerte dal mercato del lavoro e a valutare anche le possibilità di avvalersi dei servizi competenti per la ricerca attiva del lavoro» (corsivo dell'A.). Alla realizzazione di tali due tipologie di colloquio segue la stipula del «Piano individuale di ricerca del lavoro» sopra analizzato.

È interessante sottolineare, infine, che la delibera contiene quindi una sorta di «decalogo comportamentale» cui debbono «obbligatoriamente» attenersi gli operatori. Dette «regole comportamentali», in realtà non sembrano solo finalizzate a garantire il generale obiettivo di instaurare un «rapporto di fiducia» con l'utente (ad es.: «rispetto della persona»; «accoglienza adeguata; correttezza e completezza dell'informazione fornita»; «manifestazione di attenzione, partecipazione e disponibilità all'ascolto»), ma intervengono anche sul momento organizzativo in quanto impongono «preparazione e professionalità adeguate alle varie esigenze e situazioni» ed «ambienti adeguati alle esigenze di riservatezza e rispetto della persona, nonché sufficientemente confortevoli».

Manuel Marocco

Ricercatore Isfol – Area «Ricerche sui sistemi del lavoro»

5. Partecipazione

Modelli di partecipazione finanziaria dei lavoratori in azienda

Sommario: **5.1.** Nozione e modelli di partecipazione finanziaria dei lavoratori nelle imprese. – **5.2.** Il ruolo dei governi nazionali.

5.1. Il tema della partecipazione finanziaria dei lavoratori nelle imprese, sia nella forma della partecipazione agli utili, sia in quella della partecipazione al capitale, è oggetto di numerosi dibattiti, più o meno intensi, che coinvolgono organi legislativi, parti sociali e dottrina.



Una prima esperienza di partecipazione agli utili si realizza già nel 1795 negli Stati Uniti (in M. BIAGIOLI, *Partecipazione agli utili*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, VI, Roma, 1996, 493-494) e altre forme si diffondono, nel XIX secolo, anche in Francia e nel

Regno Unito, dove sono altresì istituiti enti a sostegno di questa pratica (A. RONCAGLIA, *La ricchezza delle idee. Storia del pensiero economico*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 185). In tempi molto più recenti, ed in particolare a partire dai primi anni Novanta del secolo scorso, il dibattito è stato notevolmente alimentato dal particolare interesse istituzionale che gli organismi comunitari hanno mostrato verso la tematica, a partire dalla raccomandazione del Consiglio del luglio 1992 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Partecipazione finanziaria*), sino alla comunicazione della Commissione Europea del luglio 2002, in cui la partecipazione finanziaria è stata addirittura considerata «una *priorità politica* in tutta l'UE». Ciò dimostra come, a livello comunitario, sia forte la convinzione che la partecipazione finanziaria dei lavoratori, oltre ad essere utile per l'economia europea, possa, altresì, contribuire alla realizzazione degli obiettivi del Trattato, specie quelli in materia di occupazione e di politiche sociali.

La Commissione, in particolare, dà risalto al collegamento esistente tra l'interesse verso la questione della partecipazione finanziaria e le politiche sociali e dell'occupazione dell'UE, nel momento in cui pone in relazione la propria iniziativa con gli obiettivi dichiarati nel vertice del Consiglio Europeo di Lisbona del marzo 2000, dove l'Unione si è prefissa di giungere ad una «economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale». Secondo la Commissione, «i regimi di partecipazione finanziaria possono contribuire anche al raggiungimento di obiettivi della politica sociale, in quanto promuovono una partecipazione più ampia alla creazione di ricchezza e una maggiore coesione sociale», come sarebbe dimostrato da diversi studi empirici, che osservano peraltro effetti positivi «sulla motivazione e sulla soddisfazione personale». È indiscutibile, infatti, che esiste uno stretto legame tra il fatto di rendere i lavoratori titolari di parte dei profitti delle imprese e la realizzazione di un determinato modello di società, se è vero che la partecipazione finanziaria dei lavoratori può costituire un'importante tecnica di bilanciamento degli effetti più negativi del capitalismo a livello sociale, ossia uno strumento di democrazia economica (D.M. NUTI, *Cosa intendiamo per democrazia economica*, in *PE*, 1991, n. 7 e 8, 49 ss.; M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *RGL*, 1998, II, 324).

Nello specifico, la regolamentazione comunitaria della partecipazione dei lavoratori alla attività di impresa e, quindi, innanzitutto dei diritti di informazione e consultazione, ha dovuto tener conto sia degli aspetti sociali (con riferimento ai lavoratori), sia di quelli economici (con riferimento alle imprese), creando così un sistema che in parte introduce riforme del diritto societario, ed in parte esprime, con norme vincolanti ed atti di indirizzo, diritti sociali fondamentali.

Il tema della partecipazione dei lavoratori alla gestione d'impresa in questi anni ha acquistato, altresì, nuova linfa e nuovi stimoli per effetto della congiunta approvazione, da parte del Consiglio CE, di alcune direttive comunitarie sul coinvolgimento dei lavoratori nella società europea (direttiva n. 2001/86/CE, in [📖](#) indice A-Z, voce *Partecipazione alla gestione dell'impresa*), sui diritti all'informazione e consultazione (direttiva n. 2002/14/CE, in [📖](#) indice A-Z, voce *Partecipazione alla gestione dell'impresa*) e sulla società cooperativa europea (direttiva n. 2003/72/CE, in [📖](#) indice A-Z, voce *Partecipazione finanziaria*). Tali normative completano lo statuto dei rispettivi modelli societari generali di riferimento, introducendo l'imprescindibile tassello costituito dalle regole per l'eventuale ingresso dei rappresentanti dei lavoratori negli organi di governo societari, e si saldano in un reticolo normativo più stabile con le precedenti direttive comunitarie in materia di licenziamenti collettivi (n. 1977/77/CEE, in [📖](#) indice A-Z, voce *Licenziamento collettivo*) e riconoscimento dei diritti di informazione e consultazione sindacale in eventi traumatici che mettono in pericolo l'incolumità dei lavoratori (n. 1989/391/CEE) (in [📖](#) indice A-Z, voce *Partecipazione finanziaria*).

In realtà, il fulcro delle direttive comunitarie in esame e il *fil rouge* che le lega è rappresentato dalle norme sulla partecipazione organica dei lavoratori alla gestione dell'impresa (T. TREU, *Informazione, consultazione, partecipazione. Prospettive comunitarie e realtà italiana*, in *DLRI*, 1991, n. 10, 50 ss.; G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna, 1987, 122 ss.). In tale contesto si inserisce la direttiva n. 2002/14/CE istitutiva di un quadro generale relativo all'informazione ed alla consultazione dei lavoratori (in  indice A-Z, voce *Partecipazione alla gestione dell'impresa*, per approfondimenti, F. ALIAS, *L'attuazione della Direttiva 2002/14/CE: il quadro europeo e il caso italiano*, in *q. Rivista*, 2007, n. 3): essa amplia notevolmente il campo di intervento della direttiva n. 1994/45/CE (in  indice A-Z, voce *Partecipazione alla gestione dell'impresa*), in quanto è applicabile, a livello nazionale, alle imprese che impiegano in uno Stato membro almeno 50 addetti o agli stabilimenti che impiegano in uno Stato membro almeno 20 addetti.

Il modello europeo di partecipazione si articola così in due sistemi normativi: il primo disciplinato dalle norme nazionali (da armonizzare) e il secondo costituito dalla normativa comunitaria (armonizzante).

Proprio l'esigenza di armonizzazione di questi due sistemi, unitamente alle resistenze di alcuni Stati membri, hanno imposto, come detto, l'utilizzazione di strumenti giuridici diversi (direttive e regolamenti), con diversa influenza sui sistemi nazionali.

In tal senso le parti sociali, sia con i vari accordi tesi a promuovere il dialogo sociale (G. CELLA, T. TREU, *Le nuove relazioni industriali «l'esperienza italiana nella prospettiva europea»*, Il Mulino, Bologna, 1998), sia con le varie direttive comunitarie e con l'esperienza dei CAE, hanno dimostrato di volere superare, con un forte dinamismo negoziale, le difficoltà che ancor oggi si frappongono alla piena configurabilità di un sistema di relazioni industriali su scala continentale, in una logica di progressiva comunitarizzazione che pone al centro la logica partecipativa.

Il tema della partecipazione finanziaria è comunque un concetto abbastanza ampio che, nel generale mutamento dello scenario economico italiano ed europeo, in cui si è assistito ad una evoluzione dei sistemi di gestione delle relazioni aziendali e alla diffusione di nuovi modelli organizzativi di gestione del personale, ha avuto diverse chiavi di lettura.

Nel suo significato più generale l'espressione «partecipazione finanziaria dei lavoratori» comprende tutte le ipotesi in cui i lavoratori, con diverse modalità, siano coinvolti – in quanto lavoratori e in ragione dell'attività lavorativa svolta – nei risultati economici dell'impresa.

Più specificamente, si fanno normalmente rientrare nella nozione di partecipazione finanziaria:

a) sia le fattispecie in cui la partecipazione ai benefici sia «diretta», ossia in cui venga assegnata al dipendente una somma di denaro variabile in ragione degli utili conseguiti dall'impresa (partecipazione agli utili; *profit-sharing*) o di altri indici di redditività e/o produttività (*gain-sharing*);

b) sia le fattispecie in cui la partecipazione ai benefici sia «indiretta», in quanto il dipendente viene ammesso a partecipare al capitale della società, potendo così divenire titolare dei benefici economici connessi alla titolarità della partecipazione, ovverosia dividendi, plusvalenze, ecc. (azionariato dei dipendenti; *share ownership*).

Nel caso di partecipazione agli utili o *profit-sharing*, il lavoratore percepisce una remunerazione variabile in aggiunta ad una remunerazione fissa. Si è dunque in presenza, tenuto conto dei diversi termini in cui si è espressa la dottrina, di una particolare forma di salario (E. GHERA, *L'azionariato dei lavoratori dipendenti*, in *ADL*, 1997, n. 6), di una componente «partecipativa» della retribuzione complessiva (sul punto, L. ANGIELLO, *La retribuzione*, in P. SCHLESINGER (fondato e già diretto da), F.D. BUSNELLI (continuato da), *Il codice civile. Commentario (Artt. 2099-2102)*, Giuffrè, Milano, 2003, II ed., 229 ss.), di

una partecipazione economica di tipo salariale che trova causa e si realizza nell'ambito del rapporto di lavoro (A. PENDLETON *ET AL.*, *Employee share ownership and profit-sharing in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2001, 10) e di una forma di partecipazione economica facilmente suscettibile di essere incorporata in via definitiva nel contratto di lavoro, e dunque di divenire retribuzione fissa, e che, per tutte queste ragioni, finisce per essere di competenza esclusiva del diritto del lavoro non comportando, di per sé sola, alcuna conseguenza a livello organizzativo (E. POUTSMA, *Recent trends in employee financial participation in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2001, 15, 17).

Il fatto che il lavoratore sia remunerato mediante conferimento di utili è contemplato dal codice civile italiano agli artt. 2099, comma 3 («Il prestatore di lavoro può anche essere retribuito in tutto o in parte con partecipazione agli utili [...]»), e 2102 (che si occupa della nozione di utile rilevante ai fini del calcolo della retribuzione). In giurisprudenza e in dottrina si ritiene, peraltro, che anche la modalità retributiva partecipativa sia soggetta all'art. 36 Cost., di talché il lavoratore ha, in ogni caso, «diritto ad una retribuzione sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa».

Il Paese di riferimento, ai fini della individuazione delle più interessanti esperienze in tema di partecipazione agli utili, è la Francia (vedi A. PENDLETON *ET AL.*, *op. cit.*), dove essa è particolarmente sviluppata nelle due forme dell'*intéressement* e della *participation*, obbligatoria, quest'ultima, per tutte le imprese con più di 50 dipendenti (E. GHERA, *op. cit.*, 5, 11; C. ANGELICI, *Le azioni*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario (Artt. 2346-2356)*, Giuffrè, Milano, 1992, 89, n. 13. Distingue A. ALAIMO, *Retribuzione e azionariato dei lavoratori*, in *DLRI*, 1996, 569 ss.).

Nel caso invece di azionariato dei dipendenti o *share ownership*, non sarebbe possibile instaurare un collegamento tra partecipazione finanziaria e retribuzione; la partecipazione, infatti, trova in essa solo occasione, ma non la propria causa. Dalla prestazione lavorativa e dal contratto di lavoro va dunque tenuta distinta, fondandosi sulla (titolarità di diritti di) proprietà e muovendosi sul terreno del diritto societario. Tale forma di partecipazione, a differenza della precedente, presenta poi di per sé evidenti conseguenze a livello organizzativo.


All'azionariato dei dipendenti sono dedicate, all'interno del codice civile italiano, alcune disposizioni del diritto delle società per azioni.

L'art. 2349 c.c. regola l'assegnazione ai lavoratori dipendenti di speciali categorie di azioni, mentre l'art. 2358, comma 3, c.c., prevede, in favore dell'azionariato dei dipendenti, un'eccezione al divieto per la società di accordare a terzi prestiti o concedere garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di proprie azioni. L'ultimo comma dell'art. 2441, sempre in un'ottica di *favor* verso l'azionariato dei dipendenti, contempla poi la possibilità che un certo numero di azioni di nuova emissione (previa delibera con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria) siano offerte in sottoscrizione ai dipendenti con esclusione del diritto d'opzione in favore dei soci.


Quanto alla Costituzione italiana è dubbio, invece, se l'art. 46 – che riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende – comprenda o meno l'azionariato dei dipendenti in sé considerato (in senso affermativo T. TREU, *La partecipazione dei lavoratori alla economia delle imprese*, in *GComm*, 1988, I, 786-787; L. GUAGLIANONE, *Individuale e collettivo nell'azionariato dei dipendenti*, Giappichelli, Torino, 2003, 26-27).

Il modello partecipativo della *share ownership* è particolarmente diffuso negli Stati Uniti (soprattutto nella forma degli ESOP, ovvero *Employee Stock Ownership Plans*) e nel Regno Unito (che ha conosciuto sia gli ESOP, mutuati dall'esperienza statunitense, sia ades-

so i più originali AESOP, ovvero *All Employee Stock Ownership Plans*), Paesi in cui, peraltro, è ampiamente diffuso anche il *profit-sharing*.

I due fenomeni, *profit-sharing* e *share ownership*, entrano però in contatto allorché l'istituzione di un piano di *profit-sharing* preveda l'assegnazione di utili non già in forma monetaria, bensì «in natura» (art. 2099, comma 3, c.c.), ossia mediante attribuzione di azioni o quote della società datrice di lavoro (conferite gratuitamente sul piano del diritto societario, ma che in realtà costituiscono retribuzione sul versante contrattualistico e lavoristico). Si parla in tal caso di «partecipazione agli utili su base azionaria» (vedi COMMISSIONE EUROPEA (a cura di), *Report from the Commission. Pepper II. Promotion of participation by employed persons in profits and enterprise results (including equity participation) in Member States*, COM(1996)697, 8 gennaio 1997, in  indice A-Z, voce *Partecipazione finanziaria*).

In verità, se dal punto di vista della sua genesi la partecipazione è qui sicuramente associabile alla tipologia partecipativa del *profit sharing*, nel momento operativo e funzionale è sicuramente di tipo azionario. Sul piano dell'analisi sistematica del complessivo fenomeno della partecipazione finanziaria, pertanto, tale ipotesi non dovrebbe essere trattata come un caso di partecipazione del tipo *profit-sharing*, bensì come un caso di *share ownership* cui si giunge attraverso una modalità, che si concretizza nella assegnazione di azioni o quote da parte dell'impresa.

Alle medesime conclusioni sembrerebbe più corretto pervenire anche con riguardo a quelle ipotesi in cui la corresponsione di somme ai dipendenti sia differita (*deferred profit-sharing*) e tali somme – prima della loro definitiva appropriazione da parte del dipendente – siano impiegate per la sottoscrizione di azioni della società datore di lavoro per conto del lavoratore e dunque con sopportazione del rischio dell'investimento a carico del lavoratore, come ad esempio accade ai sensi del d.lgs. 17 agosto 1999, n. 299, sulla *trasformazione in titoli del trattamento di fine rapporto* (in  indice A-Z, voce *Partecipazione finanziaria*). Diversamente, invece, nel caso in cui il differimento serva solo ad accantonare somme con finalità non di investimento finanziario, ma di gestione conservativa nell'interesse dei lavoratori, titolari alla scadenza di un diritto di credito alla loro restituzione.

Nel rapporto PEPPER II della Commissione Europea si individuano diverse forme di partecipazione finanziaria:

- BPS *bond-based profit-sharing* (partecipazione agli utili su base obbligazionaria);
- CPS *cash-based profit-sharing* (partecipazione agli utili mediante pagamenti in contante);
- ESO, *employee share-ownership* (azionariato dei dipendenti);
- SO, *stock-options* (diritto di opzione su azioni);
- DSO, *discretionary share options* (opzioni discrezionali su azioni);
- ESOP, *employee share-ownership plans* (piani di azionariato dei dipendenti);
- EBO, *employee buy-outs* (acquisizione del pacchetto di maggioranza da parte dei dipendenti).

Ebbene, tale classificazione non sembrerebbe essere pienamente condivisibile sotto il profilo del supporto che può offrire alla corretta comprensione e diffusione del dibattito tra i Paesi membri. Essa, infatti, pone sullo stesso livello aspetti che si collocano su piani diversi (in particolare forme di partecipazione finanziaria e loro modalità di attuazione).

Pertanto parrebbe più appropriato uno schema semplificato del tipo che segue:

1) PS (CPS; BPS).

La partecipazione agli utili (PS) può realizzarsi o mediante pagamenti in contante (CPS), o mediante obbligazioni (BPS): l'emissione di obbligazioni, invece della previsione di un versamento in denaro, non cambia infatti la natura della partecipazione (invece di riceve-

re un pagamento, il lavoratore diventa titolare infatti di un diritto di credito, quello incorporato nel titolo obbligazionario).

2) ESO (SPS; DPS; SO; DSO; ESOP).

La partecipazione agli utili su base azionaria (SPS) o l'investimento azionario di utili differiti (DPS), le *stock-options* (SO), le *discretionary share options* (DSO), e i piani di azionariato dei dipendenti (ESOP) sono tutte diverse modalità per pervenire ad un unico risultato, l'azionariato dei dipendenti (ESO).


In particolare, i piani di *stock-options* sono una forma di retribuzione variabile che si differenzia dalla distribuzione di azioni ai dipendenti in quanto l'obiettivo principale non è quello del mantenimento delle azioni, ma quello della loro realizzazione, direttamente legata all'azienda (infatti la struttura del piano prevede l'esercizio del diritto di opzione per l'acquisto di azioni entro un determinato periodo e, quindi, un guadagno derivante dalla differenza di prezzo tra il valore di mercato e il prezzo di acquisto fissato al momento dell'acquisto dell'opzione).

Se l'obiettivo della maggior parte delle aziende che offrono azioni ai propri dipendenti è quello di aumentare la creazione di valore dell'impresa coinvolgendo le risorse umane, la formulazione di un piano di *stock-options* va considerata come punto di partenza per una ridefinizione più profonda dei sistemi retributivi a lungo termine e dei parametri da adottare per misurare le performance dei dipendenti e quindi la creazione di valore per l'azionista.

Inoltre, mentre la *stock-option* «classica» è tipica per le aziende che mirano ad incrementare la creazione di valore partendo da una presenza stabile e consolidata sul mercato, le aziende in fase di piena maturità, con ottimi livelli di redditività e con un sistema retributivo articolato, optano generalmente per la *stock grant*, regalando azioni ai manager che vogliono premiare e legare a sé.

Fuori dallo schema dei modelli generali di partecipazione finanziaria dovrebbe invece restare l'acquisizione del pacchetto di maggioranza da parte dei dipendenti (EBO), posto che il tema dell'impresa di proprietà dei lavoratori esula da quello della partecipazione finanziaria dei dipendenti, se è vero che quest'ultimo presuppone l'alterità soggettiva tra proprietari dell'impresa e lavoratori. Il collegamento con il sistema PEPPER può giustificarsi solo nella misura in cui si precisi che la partecipazione finanziaria dei dipendenti può preludere (per volontà dei precedenti proprietari o per la naturale forza dei fatti eventualmente sollecitata dalla legislazione) a forme di trasferimento della proprietà ai lavoratori.

5.2. La Commissione Europea insiste particolarmente sul ruolo dei governi nazionali nella diffusione e realizzazione di forme di partecipazione finanziaria dei lavoratori, ritenendo che essi dovrebbero predisporre un *corpus* giuridico chiaro e dettagliato e prevedere incentivi fiscali per la partecipazione finanziaria. Francia e Gran Bretagna, che hanno una dettagliata legislazione in materia, risultano – non a caso – i Paesi dove la partecipazione finanziaria è maggiormente diffusa. Recenti studi hanno infatti dimostrato che esiste una relazione positiva tra introduzione di un quadro legislativo e sviluppo della partecipazione finanziaria (A. PENDLETON *ET AL.*, *op. cit.*, 30 ss.; sul tema, anche A. PENDLETON, E. POUTSMA, *Financial participation. The Role of Governments and Social partners*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2004). In Italia manca un intervento legislativo generale sulla partecipazione finanziaria dei lavoratori nelle imprese, anche se l'interesse verso il tema, e soprattutto verso il modello *share ownership*, è crescente.

Ciò è dimostrato dal fatto che nel *Libro Bianco* sul mercato del lavoro, presentato dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali nell'ottobre del 2001 (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*), è inserita una sezione, la III.3, in cui – preso atto dell'esistenza di un *deficit* culturale dell'Italia con riguardo al tema e della mancanza di una disciplina orga-

nica – il Governo manifesta la propria intenzione di verificare modalità di partecipazione finanziaria e di sostenere questi strumenti con opportuni incentivi di carattere economico e fiscale.


Diversi progetti di legge sull'azionariato dei dipendenti sono stati depositati alle camere e altre proposte legislative sono state presentate da studiosi della materia (a partire dalla proposta Ruini-Vivante del 1922, per un inquadramento vedi C. VIVANTE, *La partecipazione dei lavoratori agli utili delle società per azioni*, in *RDComm*, 1918, I, 258 ss.; vedi anche, negli anni Novanta, la proposta di Marco Biagi con la collaborazione di Michele Tiraboschi per il Ministero dei trasporti, in attuazione di quanto stabilito nel *Patto sulle politiche di concertazione e sulle nuove regole delle relazioni sindacali per la trasformazione e l'integrazione europea del sistema dei trasporti*, dicembre 1998, reperibile in *q. Rivista*, 2000, n. 1, 109 ss.).

Della legislazione sostanziale vigente possono dunque richiamarsi unicamente le disposizioni già citate del codice civile in materia di retribuzione (art. 2099, comma 3; art. 2102) e di attribuzione di azioni di società per azioni ai dipendenti (art. 2349; art. 2358, comma 3; art. 2441, ultimo comma), che si limitano a consentire pratiche di partecipazione finanziaria senza però regolamentarle in un quadro unitario e disciplinarne gli aspetti più problematici. Vanno poi richiamati gli artt. 132, comma 3, e 137, comma 3, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Partecipazione finanziaria*), con esclusivo riguardo però alle società quotate: il primo esclude che l'acquisto di azioni proprie debba effettuarsi per il tramite di offerta pubblica di acquisto o di scambio ovvero sul mercato qualora le azioni proprie siano possedute da dipendenti della società emittente, di società controllate o della società controllante; il secondo consente invece agli statuti di prevedere disposizioni dirette a facilitare la raccolta delle deleghe di voto presso gli azionisti dipendenti.

Un incentivo fiscale all'azionariato dei dipendenti è presente anche nell'art. 51, comma 2, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, secondo cui non concorrono a formare il reddito di lavoro dipendente: «il valore delle azioni offerte alla generalità dei dipendenti per un importo non superiore complessivamente nel periodo d'imposta a euro 2.065,83, a condizione che non siano riacquistate dalla società emittente o dal datore di lavoro o comunque cedute prima che siano trascorsi almeno tre anni dalla percezione [...]» (lett. g); nonché (con evidente riguardo al meccanismo delle *stock-options*): «la differenza tra il valore delle azioni al momento dell'assegnazione e l'ammontare corrisposto dal dipendente, a condizione che il predetto ammontare sia almeno pari al valore delle azioni stesse alla data dell'offerta», prevedendosi tuttavia che «se le partecipazioni, i titoli o i diritti posseduti dal dipendente rappresentano una percentuale di diritti di voto esercitabili nella assemblea ordinaria o di partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 10 per cento, la predetta differenza concorre in ogni caso interamente a formare il reddito» (lett. g-bis).

Il legislatore fiscale italiano, dunque, promuove la partecipazione finanziaria sotto forma di azionariato dei dipendenti (cui si acceda anche mediante *stock-options*), entro certi limiti quantitativi (nessun limite invece in caso di acquisizione per esercizio di opzione), sempre che le azioni siano mantenute per un certo periodo di tempo (ma ciò non vale per quelle acquistate, ancora una volta, tramite esercizio di opzione), e purché tale partecipazione finanziaria non attribuisca eccessivo potere partecipativo al dipendente (ma ciò vale, al contrario, solo nel caso di partecipazione azionaria acquisita tramite esercizio di opzione).

Quanto agli altri incentivi, va richiamato il Fondo speciale per l'incentivazione della partecipazione dei lavoratori nelle imprese, istituito dall'art. 4, comma 112, della l. 24 dicembre 2003, n. 350 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Partecipazione finanziaria*). Per quest'ultimo era stata prevista una dotazione iniziale di 30 milioni di euro, che avrebbero dovuto

essere gestiti da un comitato paritetico composto da 10 membri, di cui 2 in rappresentanza del Ministero del lavoro e 8 in rappresentanza delle associazioni sindacali di datori di lavoro e di lavoratori maggiormente rappresentative a livello nazionale (comma 113). Esso avrebbe dovuto essere impiegato a sostegno di programmi predisposti per l'attuazione di accordi sindacali o statuti societari, finalizzati a valorizzare la partecipazione dei lavoratori ai risultati o alle scelte gestionali delle imprese medesime (per approfondimenti F. PASQUINI, *Partecipazione dei lavoratori: costituito il Comitato paritetico per la gestione del fondo speciale*, in *q. Rivista*, 2005, n. 2, 544 ss.). La Corte Costituzionale, però, con sentenza n. 231/2005 (in  indice A-Z, voce *Partecipazione finanziaria*) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'istituto in questione, relativamente all'art. 4, commi 113 e 114, della l. n. 350/2003, in quanto non era stato previsto alcuno strumento volto a garantire la leale collaborazione tra Stato e Regioni. Fermo restando che tale *principio* – secondo la Corte – *può essere diversamente modulato poiché nella materia in oggetto non si riscontra l'esigenza di specifici strumenti costituzionalmente vincolati di concretizzazione del principio stesso, deve essere rimessa alla discrezionalità del legislatore la predisposizione di regole che comportino il coinvolgimento regionale*. In particolare, la Consulta ha sostenuto che i progetti concernenti il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione delle aziende finiscono per riguardare, da un lato, le strategie ed alcuni profili strutturali delle imprese, con l'attribuzione, dall'altro lato, ai lavoratori appartenenti a determinati organi di garanzie assimilabili a quelle riconosciute ai rappresentanti sindacali. Le disposizioni in esame si collocano, quindi, all'incrocio di materie rispetto alle quali la competenza legislativa è diversamente attribuita dalla Costituzione: esclusiva dello Stato e concorrente in materia di tutela del lavoro. Se la prima giustifica la legittimazione dello Stato a dettare norme primarie e, quindi, l'emanazione del decreto attuativo e di quelli successivi (comma 114) sotto il profilo dell'esigenza di un progetto unitario di disciplina della società europea, l'esistenza della seconda rende illegittima, anche ai sensi dell'art. 119 Cost., l'esclusione delle Regioni da ogni coinvolgimento, in violazione del principio di leale collaborazione.

In assenza di un quadro legislativo adeguato, però, la realizzazione di pratiche di partecipazione finanziaria è demandata all'esercizio dell'autonomia privata e collettiva e si scontra con le tradizionali diffidenze delle parti sociali; né è possibile che tale predisposizione negativa possa essere vinta, a meno che una legge non risolva nodi problematici della materia che continuamente la alimentano (sul punto, cfr. M. BIAGI, *La partecipazione azionaria dei dipendenti tra intervento legislativo e autonomia collettiva*, in *RIDL*, 1999, I, 283 ss.).

Roberta Caragnano

Scuola internazionale di Dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
di Adapt e Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO


Flexicurity e Libro Verde

- *Libro Verde: posizioni dei governi (quadro di sintesi) (1.1. – 1.4.)*
- *Libro Verde: posizioni delle*

parti sociali (quadro di sintesi) (1.5. – 1.7.)

- *flexicurity: quadro di sintesi e prospettive di evoluzione (1.8. – 1.9.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio di
giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Flexicurity e Libro Verde

Lo scorso 24 ottobre, la Commissione Europea ha presentato i risultati della consultazione pubblica avviata dal Libro Verde del novembre 2006 sul tema della modernizzazione del diritto del lavoro per affrontare le sfide del XXI secolo (Outcome of the Public Consultation on the Commission's Green Paper «Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century», COM(2007)627 def., in [📖](#) indice A-Z, voce Flexicurity e Libro Verde).

Nel documento di follow up, la Commissione si è dichiarata pienamente soddisfatta del livello e della qualità del dibattito generato dalla pubblicazione del Libro Verde, essendo pervenute oltre 450 risposte da tutte le parti interessate: governi nazionali, amministrazioni regionali, parlamenti nazionali, parti sociali a livello UE e nazionale, ONG, singole imprese, accademici, esperti giuridici e privati cittadini (l'intera documentazione è pubblicata in [📖](#) indice A-Z, voce Flexicurity e Libro Verde). Indubbiamente i governi nazionali, le parti sociali e gli altri stakeholders hanno mostrato una consapevolezza profonda delle sfide poste dal nuovo mercato del lavoro europeo, caratterizzato da una maggiore mobilità dei lavoratori e da un'attività transnazionale delle aziende; da questa consapevolezza essi prendono le mosse per analizzare i sette grandi temi della consultazione pubblica.

Tale documento fa seguito peraltro alla comunicazione sulla flexicurity, pubblicata nel mese di giugno scorso dalla Commissione Europea con l'intento di individuare le componenti fondamentali della nuova strategia comunitaria e di indicare agli Stati membri possibili percorsi per metterla in atto.

Nelle pagine che seguono pubblichiamo – a cura di Maria Rita Gentile, Francesco Monticelli e ad integrazione dei saggi sul Libro Verde pubblicati nella sezione Ricerche di questo fascicolo – due rassegne ragionate delle posizioni espresse rispettivamente dai governi nazionali e dalle parti sociali europee e – a cura di Anna Maria Sansoni – una nota a commento dei principali documenti comunitari in materia di flexicurity.

1.1. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Risultati della consultazione pubblica sul Libro Verde della Commissione «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo»*, COM(2007)627 def., 24 ottobre 2007 (in [📖](#) indice A-Z, voce Flexicurity e Libro Verde).

1.2. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento Europeo dell'11 luglio 2007 su «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo»*, 11 luglio 2007 (in [📖](#) indice A-Z, voce Flexicurity e Libro Verde).

1.3. COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo»*, COM(2006) 708 def., 22 novembre 2006 (in [📖](#) indice A-Z, voce Flexicurity e Libro Verde).

1.4. M. TIRABOSCHI (con la collaborazione di F. PASQUINI), *Nota bibliografica comparata sul futuro del diritto del lavoro*, 2007 (in [📖](#) indice A-Z, voce Flexicurity e Libro Verde).

(1.1. – 1.4.) Le posizioni dei governi nazionali sul Libro Verde

Sommario: **1.** Un mercato del lavoro flessibile ed inclusivo. – **2.** Agevolare il passaggio al mercato del lavoro. – **3.** Incertezza rispetto alla definizione del rapporto di lavoro. – **4.** Rapporti di lavoro triangolari. – **5.** Organizzazione dell'orario di lavoro. – **6.** Mobilità dei lavoratori. – **7.** Applicazione del diritto del lavoro e lotta al lavoro sommerso. – **8.** *The better regulation agenda.*

1. Obiettivo del presente contributo è quello di offrire un quadro ragionato e di sintesi delle posizioni espresse dai 25 governi nazionali (Cipro ed Ungheria non hanno fatto pervenire alcun documento) che hanno preso parte al dibattito sul Libro Verde avviato dalla Commissione Europea nel novembre 2006.

Il punto da cui prendere le mosse della nostra rassegna è senza dubbio l'obiettivo del raggiungimento degli obiettivi posti dalla Strategia di Lisbona: migliori e maggiori posti di lavoro. La quadratura del cerchio consisterebbe nel trovare il giusto equilibrio tra la flessibilità richiesta sempre più frequentemente dalle imprese e la sicurezza del lavoro. Presoché tutti gli Stati membri si sono dichiarati consci del fatto che i mezzi per ottenere l'equilibrio tra flessibilità e sicurezza non possono che essere diversi da Stato a Stato; essi si sono mostrati, tuttavia, favorevoli ad uno scambio di esperienze e buone pratiche, che consenta a ciascun Paese di giungere ad un concetto più chiaro circa la portata ed i caratteri delle sfide comuni, poste dal nuovo mercato globale, in materia di regolamentazione dei contratti di lavoro.


Nonostante questa comune premessa, le posizioni cui sono giunti i governi nazionali sono le più contrastanti. La Francia, ad esempio, ha sottolineato la necessità di riempire di significato effettivo il concetto di «sicurezza» ed ha messo in evidenza il ruolo chiave che deve essere giocato dalla legislazione nel facilitare la transizione tra contratto a tempo determinato e contratto a tempo indeterminato. Al contrario, l'Austria ha cercato di opporsi alla tendenza a considerare la flessibilità come un'esigenza di parte esclusivamente datoriale, sostenendo la sua utilità anche per i lavoratori che desiderano bilanciare vita lavorativa e vita privata o familiare.

Non vi è stato accordo nemmeno circa il grado di flessibilità utile per l'implementazione delle politiche del lavoro nazionali e comunitarie. Su questo specifico punto risultano per esempio in antitesi le posizioni di Italia e Danimarca. La prima ha, infatti, affermato che il diritto del lavoro dovrebbe essere modernizzato nel senso di creare una serie di tutele che renda sostenibile la flessibilità; la seconda ha, invece, invocato un aumento di flessibilità nella legislazione da attuarsi tramite il ricorso alla contrattazione collettiva.


2. Un elemento che ha accomunato tutti i contributi pervenuti riguarda la formazione e la riqualificazione professionale, intesa come mezzo indispensabile per facilitare l'accesso al mondo del lavoro. Tutti i governi nazionali hanno cercato di precisare come sia possibile promuovere, sviluppare ed attuare azioni di formazione e di *life long learning* che consentano di garantire una maggiore sicurezza del posto di lavoro nel corso della vita attiva. Essi hanno ravvisato nella legge e nella contrattazione collettiva due strumenti complementari per promuovere l'accesso alla formazione e per facilitare il passaggio tra forme contrattuali diverse, al fine di consentire una mobilità verso l'alto nel corso della vita lavorativa. Questi due strumenti si rivelano indispensabili anche per la delimitazione dei loro rispettivi ambiti di operatività: da un lato la legge, e quindi la pubblica autorità, deve predisporre mezzi di formazione ed aggiornamento professionale, dall'altro le parti sociali, tramite la contrattazione collettiva, devono consentire effettivamente ai lavoratori di accedere a queste forme di *training*.

Casi interessanti sono rappresentati dalla normativa austriaca e da quella svedese, che prevedono a favore dei lavoratori la possibilità di fruire di un congedo per un periodo limitato, senza interruzione del rapporto di lavoro, allo scopo di concentrarsi sulla forma-

zione e l'aggiornamento professionale. Ci sono, poi, alcuni Stati membri, come ad esempio la Finlandia, in cui i datori di lavoro sono obbligati dalla legge o dal contratto collettivo ad assicurare ai loro dipendenti l'accesso a forme di riqualificazione professionale, laddove le mansioni originariamente svolte dal lavoratore non siano più previste dall'organigramma aziendale.

3. Punto nodale – ma estremamente problematico – è quello della definizione dei concetti di lavoratore dipendente e lavoratore autonomo. La maggioranza dei governi nazionali ha evidenziato la necessità di far ricorso al diritto nazionale ed alle procedure sperimentate per risolvere tali problemi definitivi; essi sono, dunque, d'accordo sul fatto che la definizione di lavoratore rimanga sottoposta alla piena ed unica autorità statale. Tuttavia alcuni Stati – tra cui Belgio, Finlandia, Germania, Irlanda e Spagna – hanno fatto riferimento alla raccomandazione dell'OIL n. 198/2006 (OIL, *Raccomandazione sulle Relazioni di lavoro, adottata nella VC sessione della Conferenza Internazionale sul lavoro*, tenutasi nel giugno 2006, in  indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*), definendola una valida base per l'instaurazione di un dialogo a livello comunitario sul se e sul come gli Stati membri possano aiutarsi reciprocamente per sviluppare dei criteri per distinguere tra lavoro dipendente ed autonomo. In particolare, secondo la Germania, tale scambio di esperienze potrebbe consentire agli Stati membri di sviluppare un'idea comune su come meglio combattere il fenomeno del falso lavoro dipendente.

Occorre, ciò nonostante, sottolineare come taluni governi nazionali si siano opposti alla possibilità di riformare il diritto del lavoro per introdurre nella normativa vigente una terza categoria intermedia tra lavoro autonomo e lavoro subordinato.

Il Governo spagnolo ha da poco emanato una speciale normativa sul lavoro autonomo, che costituisce al momento attuale un esempio unico in tutta Europa di regolamentazione sistematica ed uniforme di tale tipologia di lavoro. La legislazione spagnola riconosce, tuttavia, oltre alla classica bipartizione lavoro autonomo/dipendente, una sorta di area grigia, costituita dalla categoria dei c.d. lavoratori economicamente dipendenti, cui lo Stato riconosce il diritto di fruire di determinati diritti e tutele, a condizione che non vengano oltrepassati limiti prestabiliti che lascino presumere l'esistenza di un falso lavoro autonomo. La legislazione austriaca prevede, invece, una nuova categoria, quella dei *quasi-freelancers*, oltre alcune altre categorie non adeguatamente protette dalla normativa vigente in molti Paesi europei, ponendole alla pari con la fattispecie lavoro subordinato soprattutto per ciò che concerne la sicurezza sociale ed i sistemi di sussidi di disoccupazione ed incentivi all'occupazione. Il diritto tedesco si avvicina molto a quello austriaco, prevedendo la categoria dei *quasi-subordinati*. Non si tratta, a ben guardare, di una terza categoria posta a metà strada tra lavoro dipendente e lavoro autonomo; si tratta, invece, di veri e propri lavoratori autonomi, cioè non sottoposti a dipendenza personale nei confronti del datore di lavoro. La legislazione tedesca garantisce a questi lavoratori le stesse tutele riservate ai lavoratori subordinati (possibilità di concludere o aderire a contratti collettivi, minimi tariffari, ammortizzatori sociali e possibilità di adire l'autorità giurisdizionale a tutela dei propri diritti) qualora essi siano economicamente dipendenti da un datore di lavoro; un elemento, questo, che lascia presupporre un bisogno reale di protezione sociale proprio della subordinazione. Si tratta, dunque, di una sorta di legge *case by case*, nel senso che l'appartenenza alla categoria dei *quasi-subordinati* verrà valutata caso per caso, in base alla sussistenza, o meno, di alcuni parametri e criteri prestabiliti dal legislatore (si veda  indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

Un ultimo elemento da analizzare riguarda la possibilità di creare una soglia minima di diritti per tutti i lavoratori, a prescindere dalla tipologia di contratto di lavoro, che garantisca loro una protezione sociale essenziale. Dalla maggioranza di risposte date, si evince che gli Stati membri ritengono che una tale importante previsione normativa dovrebbe essere stabilita solo a livello nazionale, non essendo di competenza comunitaria. Tuttavia

alcuni governi nazionali – segnatamente Belgio e Lussemburgo – hanno sostenuto che da un lato lo sviluppo di un ordine sociale europeo, previsto dall'art. 137 del Trattato UE, e dall'altro l'approvazione comune dei parametri stabiliti dall'OIL circa il *decent work* autorizzino l'Unione Europea a creare dei principi comuni applicabili ad ogni lavoratore, come ad esempio il divieto di discriminazione, la libertà di espressione, la possibilità di avere accesso alla contrattazione collettiva e quella di adire l'autorità giurisdizionale in caso di violazione dei propri diritti.

Occorre, da ultimo, evidenziare che, nonostante le tante proposte avanzate dagli Stati membri ed i differenti punti di vista sostenuti, è emersa dai contributi nazionali una generale e diffusa volontà di chiarire la natura del rapporto di lavoro, al fine di promuovere una migliore comprensione e facilitare in tale ambito una maggiore cooperazione a livello comunitario.


4. Altro tema critico è quello dei rapporti di lavoro triangolari, probabilmente perché si tratta della materia in cui più spesso ricorrono abusi o elusioni delle normative vigenti in tema di tutela dei lavoratori.

L'adozione di una direttiva comunitaria sulla somministrazione di lavoro è vista come una priorità assoluta nella modernizzazione del diritto del lavoro per moltissimi Stati membri, quali ad esempio Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Grecia e Repubblica Ceca. Occorre, tuttavia, sottolineare come anche su questo punto si siano registrate opinioni fortemente discordanti. È il caso di Bulgaria ed Estonia, che ritengono il mercato della fornitura professionale di manodopera una materia di esclusiva competenza statale. Questo è, però, un dato che non deve sorprendere, considerando che la necessità di rafforzare il profilo statale ed il riconoscimento della competenza nazionale esclusiva in diversi settori è un elemento comune a molti dei nuovi Stati membri.

Il problema che si pone con maggiore evidenza è quello di stabilire norme univoche e trasparenti in materia di responsabilità e, quindi, in caso di lesione dei diritti dei lavoratori. La via per giungere all'elaborazione di tali norme, tuttavia, viene individuata in modo differente da Paese a Paese. Agli antipodi le posizioni di Francia e Spagna. La prima, infatti, auspica la definizione comunitaria di norme che stabiliscano la responsabilità solidale di utilizzatore e datore di lavoro per far fronte agli abusi a livello di sub-appalto o esternalizzazione. Per il governo francese tale iniziativa sarebbe utile per agevolare un approccio economico e sociale integrato a sostegno del mercato interno. Di tutt'altro avviso la Spagna, che sottolinea la complessità e la delicatezza della normativa circa la responsabilità imprenditoriale, sostenendo che una normativa europea in tal senso potrebbe addirittura distruggere la «pace sociale» a livello nazionale. Il governo spagnolo suggerisce, pertanto, di adottare qualsiasi decisione a livello europeo solo con raccomandazioni, linee guida o MCA (metodo di coordinamento aperto).

Molti governi nazionali hanno descritto, nel documento, la propria normativa, nella parte in cui prevede forme di responsabilità solidale o sussidiaria di datore di lavoro effettivo ed utilizzatore della prestazione lavorativa (si tratta prevalentemente di Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Italia, Olanda e Spagna).

Il caso più recente e, forse, più interessante sembra essere quello della Finlandia, la cui legislazione ha puntato sulla trasparenza sia della normativa riguardante la responsabilità del datore di lavoro e dell'utilizzatore, sia di quella concernente le garanzie riservate ai lavoratori. Dal 1° gennaio 2007 è entrata, infatti, in vigore la normativa sugli «obblighi e responsabilità dell'imprenditore nel caso di lavoro dissociato (*contracted out*)», che si applica ogni qualvolta la durata della somministrazione cui l'imprenditore fa ricorso sia superiore a 10 giorni, o il valore complessivo della retribuzione superi i 7.500 euro. La legge stabilisce un obbligo gravante sulle imprese, che intendano far ricorso a relazioni di lavoro triangolari, di controllare la affidabilità della controparte contrattuale che dovrà fornire manodopera temporanea. Il controllo mira a verificare che l'impresa fornitrice di

lavoro rispetti effettivamente tutte le tutele e gli obblighi prescritti dalla legge finlandese circa i diritti dei lavoratori. In caso di controllo negligente, l'imprenditore utilizzatore sarà sottoposto ad una sanzione pecuniaria che varia da un minimo di 1.500 euro ad un massimo di 15.000 euro, in base al grado di trascuratezza (per un approfondimento della normativa finlandese, si veda  indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*). Si tratta di un buon tentativo di garantire effettività al dettato legislativo, considerando che, con una simile normativa si può raggiungere da un lato l'obiettivo di promuovere una competizione equa tra imprese e dall'altro quello di assicurare una tutela sostanziale dei diritti dei lavoratori.

5. L'organizzazione dell'orario di lavoro nei singoli Stati membri è stata profondamente modificata dalla trasposizione delle direttive n. 1993/104/CE e n. 2000/34/CE, che hanno disciplinato non solo l'orario normale di lavoro, ma anche le ferie, il riposo, il lavoro straordinario, il lavoro notturno, il lavoro a turni, il lavoro mobile ed il lavoro *offshore*.

A tale riguardo, la Commissione ha chiesto agli Stati un parere circa la possibilità di modificare i requisiti minimi in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, al fine di offrire una maggiore flessibilità ai datori di lavoro e ai lavoratori, garantendo allo stesso tempo un elevato livello di protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori. Si registrano disaccordi anche su questo punto. Si contrappongono, infatti, due differenti correnti di pensiero. Alcuni Paesi, in particolar modo Belgio, Finlandia, Grecia e Repubblica Ceca, hanno sostenuto la necessità che l'azione comunitaria si concentri su regole comuni circa l'organizzazione dell'orario di lavoro, essendo prioritaria la revisione delle direttive sull'orario di lavoro. Alcuni dei «nuovi» Stati membri, quali ad esempio Bulgaria ed Estonia, ritengono, invece, non necessarie né utili ulteriori iniziative adottate a livello comunitario, ribadendo la sovranità esclusiva statale in tale ambito.

Altri Stati, vale a dire Austria, Danimarca ed Irlanda, propongono di lasciare che siano i contratti collettivi aziendali a modificare l'organizzazione dell'orario di lavoro in base alle esigenze specifiche di ciascuna impresa; in tal modo le parti sociali giocherebbero un ruolo di primo piano, cercando di bilanciare i bisogni dei lavoratori e dei datori di lavoro, con un maggior margine di flessibilità.

Bisognerà vedere come pareri ed esigenze tanto diverse troveranno spazio nella prospettiva di un'eventuale azione a livello comunitario.

6. Dubbi circa la necessità di un'azione comunitaria vengono espressi anche riguardo al tema delle prestazioni di lavoro in contesti transnazionali. La Commissione si domanda se, delineando un'unica definizione di lavoratore in tutte le direttive comunitarie, si possa garantire una tutela effettiva ai lavoratori a prescindere dallo Stato in cui effettuano la propria prestazione. Alcuni Stati membri, quali, ad esempio, Danimarca ed Inghilterra, ritengono questa soluzione non pratica né necessaria; a loro parere, spetterebbe agli Stati membri la competenza esclusiva ad intervenire in tale settore. Di tutt'altro avviso Italia e Francia, che auspicano la definizione di norme minime applicabili ai prestatori di lavoro transfrontalieri, nell'ottica di favorire la libera circolazione dei lavoratori. La raccomandazione OIL n. 198/2006 potrebbe costituire una valida base per dare chiarezza giuridica e facilitare in tal modo una più ampia mobilità dei lavoratori nei Paesi europei.

Nonostante la migliorata cooperazione tra autorità statali sulla normativa in materia di distacco dei lavoratori, è stata evidenziata la difficoltà che le imprese europee frequentemente riscontrano qualora distacchino alcuni dei propri dipendenti dalla Nazione della sede principale in altri Stati membri. Diffuso è stato l'auspicio per un intervento comunitario in tale ambito; tuttavia, alcuni Stati (si veda per esempio il contributo danese), non favorevoli ad accordi multilaterali, hanno proposto di far ricorso esclusivamente ad accordi bilaterali tra Paesi confinanti o tra aree geografiche coinvolte da flussi migratori.

7. La necessità di una migliore cooperazione tra Nazioni a livello comunitario ed un migliore scambio di informazioni e buone pratiche sono gli unici obiettivi che accomunano

tutti gli Stati. Si tratta, in effetti, di un'esigenza avvertita da tutti i Paesi indistintamente e, probabilmente, l'unico modo per sostenere un'azione efficace contro il lavoro sommerso. Sembra che ci si renda sempre più conto del carattere sovranazionale che sta assumendo tale fenomeno, soprattutto a seguito dell'emanazione della direttiva servizi n. 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein).

I modi e le vie per raggiungere tale obiettivo, però, sono tutt'altro che pacifici, e vanno da risoluzioni del Consiglio fino ad accordi bilaterali o multilaterali tra Stati. Occorre sottolineare che una larga maggioranza di Paesi, tra cui Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Italia, Polonia e Spagna, si è dichiarata a sostegno di una cooperazione amministrativa rinforzata, soprattutto tra autorità ed enti competenti, come ispettorati del lavoro, uffici fiscali ed organismi di sicurezza sociale. Altri Stati, tuttavia, pur enfatizzando azioni comuni a livello europeo e maggiore cooperazione, hanno sostenuto che il rafforzamento delle tutele dei lavoratori e le relative sanzioni in caso di lesione dei diritti loro riconosciuti sono argomenti che devono essere trattati a livello nazionale.

Un altro elemento su cui tutti i governi nazionali hanno concordato è il ruolo chiave che deve essere rivestito dalle parti sociali nella lotta al lavoro sommerso, nonostante le profonde differenze tra le varie normative nazionali (si veda, ad esempio, l'enorme rilevanza che il sindacato assume nella legislazione dei Paesi scandinavi a confronto con il ruolo quasi marginale attribuitogli dalla legge tedesca).

8. Così sintetizzate le risposte offerte dai governi nazionali alla consultazione pubblica, risulta opportuno, a questo punto, valutare quali siano le tappe suggerite in concreto per raggiungere il tanto dibattuto obiettivo della modernizzazione del diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo.

Sicuramente le soluzioni più diffuse hanno riguardato consultazioni con le parti sociali (o più in generale con gli *stakeholders*), valutazioni circa l'impatto delle normative comunitarie e nazionali, atti di interpretazione autentica e semplificazione della legislazione vigente, in modo da contribuire a dare chiarezza agli operatori del settore ed ai destinatari ultimi delle norme.

Un ampio numero di Stati membri, quali ad esempio Austria e Portogallo, ha individuato nell'introduzione di codici del lavoro o, più in generale, nella codificazione della normativa nazionale frammentata, un modo utile per poter valutare se i carichi amministrativi e burocratici, gravanti in particolar modo sulle imprese, possano essere ridotti, senza per questo perdere di vista gli obiettivi e le tutele fondamentali. Sulla stessa lunghezza d'onda si è posto il contributo francese, evidenziando il bisogno di semplificazione e di adozione di strumenti e misure adeguate che, riducendo gli oneri fiscali e legislativi, disincentivino le diffuse pratiche di elusione della legge. Anche Svezia ed Irlanda hanno puntato sulla riduzione dei carichi amministrativi, ed hanno portato ad esempio propri piani nazionali sviluppati in linea con la *Better Regulation Agenda* per semplificare la legislazione vigente; entrambi i Paesi programmano una riduzione di tali carichi, in ambito di normativa giuslavoristica, di circa il 25% entro il 2010.

Gli Stati si dividono, poi, in due grandi categorie: quelli che si schierano a favore dell'emanazione di ulteriori normative a livello nazionale o a livello comunitario (come ad esempio Estonia e Polonia), e quelli (Paesi Bassi, per esempio) che si dichiarano favorevoli ad un'opera di deregolamentazione, specialmente nell'interesse delle piccole e medie imprese (PMI).

Occorre, poi, soffermarsi sulla proposta del Regno Unito il cui sistema si sviluppa attraverso quattro strumenti principali. Il primo è un «*one-stop shop*» *on-line*, cioè una sorta di sportello unico disponibile sul web, che offre una fonte unica di informazioni per cittadini, imprenditori e lavoratori (si veda il sito internet www.direct.gov.uk/Employment/fs/en). Il secondo strumento è l'ACAS (*The Advisory, Conciliation and Arbitration Service*), un ente con lo scopo dichiarato di migliorare l'organizzazione e la vita profes-

sionale, tramite migliori relazioni di lavoro. Esso fornisce informazioni sempre attuali e costantemente aggiornate tramite un servizio di assistenza telefonica, sia a datori di lavoro che a lavoratori. Il Governo inglese sostiene che la richiesta di assistenza presentata all'ACAS è in costante aumento, come anche l'aiuto fornito da questo ente nella risoluzione di problemi e nel miglioramento delle *performances* delle imprese (si veda il sito www.acas.org.uk). Il terzo elemento consiste nell'opera costante della TUC (*Trade Union Confederation*), che distribuisce volantini e materiale informativo contenente i principali diritti dei lavoratori e cura il sito «workSMART», che aiuta in particolar modo coloro i quali sono fuori dal mondo del lavoro (si veda il sito www.worksmart.org.uk). L'ultimo strumento è il «Business Link» che fornisce informazioni, in particolar modo agli imprenditori, sull'impiego sia a livello nazionale che a livello regionale, aggiornando gli utenti sulle novità in tema di legislazione (www.businesslink.gov.uk).

Come si vede, il punto di forza dell'esperienza inglese consiste nell'aver messo a disposizione non solo degli operatori del settore, ma anche di tutti i cittadini, una serie di informazioni dettagliate e facilmente accessibili, con due obiettivi principali: da un lato assicurare l'effettività del sistema e dall'altro rafforzare la responsabilità degli imprenditori e la tutela dei diritti.

Dalla Finlandia viene, infine, un interessante interrogativo: ma è davvero la legge (statale o comunitaria che sia) lo strumento più idoneo per il raggiungimento degli obiettivi della Strategia di Lisbona? O bisogna piuttosto indirizzare le scelte di politica legislativa verso altri strumenti più efficaci, come ad esempio la contrattazione collettiva o i regolamenti amministrativi?

Maria Rita Gentile

Scuola internazionale di Dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
di Adapt e Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

1.5. BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP, ETUC (a cura di), *Key challenges facing European labour markets: a joint analysis of European Social Partners*, 18 ottobre 2007 (in [Boll Adapt](#), 2007, n. 45).

1.6. ETUC (a cura di), *Consultation of the European Social Partners on the European Commission's Green Paper, COM (2006) 708 final, Modernising and strengthening labour law to meet the challenges of the 21st century*, Roma, 20-21 marzo 2007 (in [indice A-Z](#), voce *Flexicurity e Libro Verde*).

1.7. BUSINESSEUROPE (a cura di), *Green Paper modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, 6 marzo 2007 (in [indice A-Z](#), voce *Flexicurity e Libro Verde*).

(1.5. – 1.7.) Le posizioni delle parti sociali europee sul Libro Verde

Sommario: **1.** Un mercato del lavoro flessibile ed inclusivo. – **2.** Agevolare il passaggio al mercato del lavoro. – **3.** Incertezza rispetto alla definizione del rapporto di lavoro. – **4.** Rapporti di lavoro triangolari. – **5.** Organizzazione dell'orario di lavoro. – **6.** Mobilità dei lavoratori. – **7.** Applicazione del diritto del lavoro e lotta al lavoro sommerso. – **8.** *The better regulation agenda*.

1. Un dato di fatto incontestabile emerge dalle numerose risposte al Libro Verde: l'enorme divergenza fra le posizioni delle parti sociali sul modo di far evolvere il diritto del lavoro nei mercati del lavoro europei. Non si riteneva di certo che il quadro analitico

prospettato dalla Commissione Europea suscitasse un consenso generale, né che rappresentasse la base per un programma di intervento legislativo. Ha sorpreso tuttavia la enorme distanza che ancora separa le parti sociali europee nella costruzione di un moderno diritto del lavoro. Quello proposto dalla Commissione Europea non è stato tuttavia un esercizio inutile. Riflettere sulle risposte fornite dalle parti sociali europee aiuta anzi a comprendere quali siano le istanze di riforma o conservazione del diritto del lavoro a livello europeo e anche nazionale.

In questo contributo una attenzione particolare verrà posta alle posizioni di Etuc e Businessseurope in quanto associazioni rappresentanti la prima i più importanti sindacati dei lavoratori, la seconda le maggiori imprese di livello europeo.

In via generale va detto che le associazioni dei datori di lavoro hanno accolto assai favorevolmente il richiamo del Libro Verde ad una maggiore flessibilità per la realizzazione di un mercato più inclusivo. Businessseurope in particolare ha sostenuto l'adozione della *flexicurity* come paradigma per i mercati del lavoro europei, affermando l'importanza di rimuovere le rigidità che impediscono la creazione di nuovi posti di lavoro. Secondo tale impostazione piuttosto che imporre restrizioni alla possibilità di assumere e licenziare, o all'utilizzo di forme flessibili di lavoro, i nuovi interventi dovrebbero andare nel senso di supportare i lavoratori e le imprese nei cambiamenti attraverso una maggiore attenzione alla formazione e alla istruzione. Le perplessità delle imprese riguardano solamente il ruolo che le istituzioni dell'Unione dovrebbero svolgere per andare in questa direzione. Esse infatti, secondo Businessseurope, dovrebbero limitarsi alla diffusione di buone pratiche e ad un semplice coordinamento delle legislazioni nazionali.

La confederazione europea dei sindacati ha adottato invece un documento che si propone di confutare completamente le modalità, indicate nel Libro Verde, per arrivare ad un mercato del lavoro più flessibile ed inclusivo. La considerazione della Commissione che la segmentazione dovrebbe essere affrontata con l'innalzamento della flessibilità per i lavoratori standard a tempo indeterminato porta l'Etuc all'individuazione di priorità di riforma che sono per molti aspetti agli antipodi rispetto a quelle degli imprenditori. I sindacati, infatti, criticano l'assunto secondo cui il tradizionale modello di rapporto di lavoro a tempo indeterminato è da considerarsi superato perché circondato da eccessive tutele e che di conseguenza forme alternative di lavoro dovrebbero essere maggiormente sviluppate. Pur concordando sulla necessità di dare particolare attenzione alla formazione dei lavoratori e alle politiche attive, l'Etuc ritiene che si debba innanzitutto partire dall'innalzamento delle tutele per gli *outsiders* attraverso una riconsiderazione del campo di applicazione del diritto del lavoro. In questo modo si arriverebbe ad un'estensione delle tutele anche a quei lavoratori che ne sono sprovvisti.

2. La scelta della *flexicurity* come modello per i mercati del lavoro europei pone il problema di come facilitare l'accesso al mondo del lavoro. Nelle posizioni delle principali parti sociali europee sul tema, si riflette quel contrasto di fondo che caratterizza la differente visione sulle priorità di riforma.

Le organizzazioni imprenditoriali ritengono infatti che un alleggerimento delle norme di tutela del lavoro (*Employment protection legislation* – EPL) avrebbe sicuramente effetti positivi sui livelli occupazionali. L'innalzamento della flessibilità dovrebbe essere però accompagnato all'introduzione o al miglioramento dei sistemi di formazione ed assistenza per tutti coloro che si trovano ad affrontare un cambiamento professionale. Businessseurope non manca tuttavia di dimostrare le sue perplessità sul fatto che la legge rappresenti lo strumento adeguato per influenzare l'atteggiamento dei lavoratori rispetto alla formazione. Gli accordi fra le parti sociali invece potrebbero essere veramente utili nel promuovere il *life long learning* (apprendimento permanente lungo tutto l'arco della vita) secondo il modello della *flexicurity*. D'altronde l'esperienza di negoziazione fra le parti sociali nel campo dimostra che è possibile trovare un approccio comune alla formazione

permanente. La posizione di Etuc può definirsi in linea con quella degli imprenditori almeno nel sottolineare l'importanza della formazione, anche se nell'opinione dei sindacati è importante agire anche sulle politiche passive e quindi sui *benefits* per i disoccupati. È necessario inoltre che si introducano normative per promuovere il passaggio dai contratti di lavoro a tempo determinato o a tempo parziale all'impiego a tempo pieno.

3. Un rilevante problema su cui il Libro Verde chiede un parere a coloro che partecipano al dibattito è relativo alla complessità di definizione del concetto di lavoratore autonomo e di lavoratore dipendente. Difficoltà che è ovviamente l'effetto della crescente diversificazione dei modelli organizzativi del lavoro e della estensione della zona grigia tra lavoro dipendente e lavoro autonomo. Ciò che chiede la Commissione è se le definizioni nazionali di autonomia e subordinazione abbiano bisogno di essere meglio chiarificate o anche superate.

Dalla parte datoriale si ritiene che le esistenti definizioni legali nazionali siano sufficientemente chiare per stabilire lo *status* del lavoratore. Definizioni convergenti a livello comunitario sul punto sarebbero quindi da respingere. Ci sono importanti differenze dal punto di vista fiscale e della sicurezza sociale che riguardano l'autonomia e la subordinazione. Le distinzioni tra le due categorie riflettono d'altronde le differenti problematiche che caratterizzano un'attività commerciale ed un rapporto di lavoro subordinato. Businessseurope è contro l'introduzione al livello europeo di alcuni diritti minimi a prescindere dallo *status* dei lavoratori. D'altronde le attuali normative dell'Unione, che proteggono i lavoratori contro le discriminazioni, già andrebbero in questa direzione. Anche su questo aspetto gli imprenditori ritengono che sia meglio lasciare libertà di azione agli Stati membri e che si debba evitare una eccessiva regolazione dell'UE.

In linea con quanto sostenuto in relazione ai precedenti temi, i sindacati invece invitano la Commissione a sviluppare linee guida, ispirate dalla giurisprudenza comunitaria e da buone pratiche nazionali, che possano favorire la tutela dei lavoratori atipici. La Commissione, sostiene Etuc, dovrebbe promuovere un quadro giuridico europeo costituito da una combinazione di regole del gioco e di standard minimi e certi per tutti i lavoratori. Anche se, ad avviso dei sindacati le definizioni dovrebbero essere lasciate agli Stati membri l'Etuc vede positivamente la possibilità di trovare un nucleo di diritti valido per tutti i lavoratori.

4. Un tema specifico, su cui la Commissione ha chiesto una risposta, è quello dei rapporti di lavoro triangolari, rispetto al quale le parti sociali sono intervenute ribadendo le proprie posizioni in merito alla proposta di direttiva sul lavoro interinale.

Etuc ricorda come da tempo stia chiedendo un intervento europeo diretto a porre degli standard minimi per i lavoratori a completamento della direttiva sul distacco e della cosiddetta «direttiva servizi». La constatazione che la situazione dei lavoratori interinali di alcuni Paesi, come l'Inghilterra e l'Irlanda, sia ancora ambigua, porta i sindacati ad incorporare nel dibattito la necessità di una chiarificazione del loro *status*. All'opposto le associazioni degli imprenditori ritengono che la situazione di tali lavoratori sia definita in modo sufficiente dal diritto nazionale.

La disparità di vedute d'altronde verte anche sull'eventualità di una regolamentazione della c.d. «responsabilità a catena». I sindacati infatti sono per una iniziativa comunitaria diretta ad affrontare il problema della responsabilità delle imprese utilizzatrici e degli intermediari nel caso del lavoro interinale e dei subappalti. Tale responsabilità dovrebbe estendersi non solo al pagamento delle tasse e dei contributi, ma anche ai salari.

Businessseurope, cosciente delle difficoltà che uno strumento del genere potrebbe creare agli imprenditori, ritiene che la responsabilità sussidiaria rappresenti un onere eccessivo. Le imprese utilizzatrici dovrebbero invece, poter contare sul fatto che i subappaltatori hanno obblighi da rispettare in materia di diritto del lavoro.

5. Riguardo alla questione dell'orario di lavoro l'attenzione del dibattito si è focalizzata

sulla revisione della direttiva sull'orario di lavoro. La Commissione ha chiesto come si possa garantire una maggiore flessibilità, offrendo allo stesso tempo una migliore protezione della sicurezza e della salute. Etuc si mostra sorpresa del fatto che tale questione sia stata posta nel Libro Verde e ribadisce le proprie posizioni. La salute e la sicurezza, afferma, nella normativa sull'orario di lavoro devono essere protette per l'interesse della società: sia per i terzi che potrebbero subire pregiudizi dalla cattiva salute altrui (si pensi all'autista esausto che potrebbe causare incidenti stradali), sia in un senso più ampio per assicurare che una popolazione in salute possa riprodursi e formare una generazione sana. Ogni ripensamento della normativa è conseguentemente da escludere.

L'attenzione si focalizza per questo anche sulla clausola di non partecipazione (*opt out*). Quest'ultima è ovviamente contrastata dai sindacati e sostenuta dagli imprenditori che la definiscono uno strumento utile per arrivare ad una maggiore flessibilità del mercato del lavoro.

Le associazioni dei lavoratori hanno anche criticato, in via generale, la regolamentazione comunitaria sostenendo che le norme UE siano state mal concepite e che sia necessario, come sempre affermato, che siano gli Stati membri ad intervenire ciascuno secondo le proprie esigenze e specificità.

6. Con riferimento al tema della mobilità si pone soprattutto il problema della tutela dei lavoratori transfrontalieri. Le posizioni si sono concentrate in particolare su possibili interventi comunitari per dare maggiore coerenza alle definizioni di lavoratore. Anche su questo punto si riscontrano differenti considerazioni. I datori di lavoro laconicamente nel loro documento ricordano che i cittadini di uno Stato membro, che lavorano in un'altra Nazione sono soggetti per ciò che attiene alla loro relazione di lavoro alla legge e agli accordi collettivi del Paese in cui sono occupati. Per quanto riguarda i lavoratori distaccati in un altro Stato, la direttiva sul distacco invece stabilisce per quali materie essi siano soggetti alla normativa del Paese di origine e per quali alla legge del luogo in cui lavorano. Nella posizione di *Businessseurope* si riscontra una contrarietà a qualsiasi tentativo di portare ad una armonizzazione delle definizioni nazionali.

Diametralmente opposta è la posizione di Etuc. I sindacati credono che interventi comunitari diretti a porre delle linee guida potrebbero giovare ad una migliore coerenza ed effettività nell'implementazione della direttiva sul distacco, in cui è evidente la mancanza di chiarezza relativamente al concetto di lavoratore distaccato. D'altronde l'adozione di tali linee guida andrebbe nella direzione della raccomandazione dell'OIL del 2006 che invita a stabilire dei criteri per determinare l'esistenza di una relazione di lavoro.

8. Dalle risposte delle due principali parti sociali a livello europeo alle questioni poste dal Libro Verde emerge la profonda divergenza tra le posizioni dei sindacati dei lavoratori e delle associazioni imprenditoriali, anche se non sembra essere messa in dubbio la possibilità di dialogo su certi temi. Certo le sfide poste dall'economia globalizzata sono notevoli ed è l'Europa in tutte le sue componenti che dovrà affrontarle. Etuc e *Businessseurope* hanno dato un ottimo apporto, individuando quali siano a loro avviso gli strumenti più opportuni per arrivare a degli obiettivi di riforma importanti. Sicuramente il loro coinvolgimento ad un livello più elevato ha portato e porterà ad ottime soluzioni. Da questo punto di vista è stata proprio l'Etuc a lamentare nella sua risposta al Libro Verde il mancato ricorso, ai sensi dell'art. 138 del Trattato, ad un dibattito che coinvolgesse in maniera più intensa datori di lavoro e lavoratori.



Occorre però sottolineare che il contrasto totale su quello che dovrebbe essere il ruolo dell'UE non aiuta di certo ad individuare la strada da percorrere. *Businessseurope* d'altronde si dimostra molto intransigente, non appoggiando alcun intervento forte delle istituzioni comunitarie.


Nonostante le divergenze tuttavia Etuc e *Businessseurope* hanno presentato, in occasione del vertice sociale Tripartito di Lisbona del 18 ottobre 2007 un'analisi congiunta delle

sfide più importanti per i mercati del lavoro europei: insufficienti progressi nell'occupazione, perdita di competitività sulla scena internazionale ed invecchiamento della popolazione. Tale documento è frutto di una lunga negoziazione che ha portato all'individuazione della *flexicurity* come un modello di mercato del lavoro positivo, se applicata in tutti i suoi elementi fondamentali e accompagnata ad una attenzione al fattore della qualità.

Francesco Lucrezio Monticelli

*Scuola internazionale di Dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
di Adapt e Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

1.8. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, COM(2007)359 def., 27 giugno 2007 (testo inglese in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 26; testo italiano in  indice A-Z, voce *Flexicurity e Libro Verde*).

1.9. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Towards Common Principles of Flexicurity – Council Conclusions*, 16201/07 SOC 523 ECOFIN 503, 6 dicembre 2007 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 47).

(1.8. – 1.9.) Le politiche comunitarie in tema di *flexicurity*

Sommario: **1.** Le origini della *flexicurity*: il modello danese. – **2.** Il dibattito sulla *flexicurity* nel quadro della rinnovata Strategia di Lisbona. – **3.** La comunicazione della Commissione: componenti, percorsi e buone pratiche di *flexicurity*. – **4.** I principi comuni di *flexicurity*: quale direzione per la Strategia di Lisbona?

1. L'espressione *flexicurity*, ormai ampiamente utilizzata sia nel dibattito accademico che sui *media*, nasce dalla contrazione tra i termini *flexibility* e *security* per indicare una strategia di politica che unisce flessibilità in entrata ed in uscita dal mercato del lavoro e sicurezza nelle transizioni tra un impiego e l'altro.

Tradizionalmente, le origini della *flexicurity* si fanno risalire alle riforme adottate in Danimarca a partire dalla metà degli anni Novanta.

Nel 1993 – a fronte di un tasso di disoccupazione pari al 10,2% e di una accentuata dipendenza dalle prestazioni di sostegno del reddito – il governo danese varò infatti una riforma del mercato del lavoro volta a rafforzare il legame tra l'erogazione degli ammortizzatori sociali e l'attivazione dei disoccupati. A tale elemento si accompagnava una notevole facilità di assunzione e di licenziamento per i datori di lavoro e un efficace sistema di formazione permanente in grado di sostenere l'occupabilità di coloro che erano alla ricerca di un impiego, il tutto nel quadro di un ampio ricorso al dialogo sociale, che ancora oggi lascia all'intervento legislativo dello Stato un ruolo meramente residuale (sul punto, cfr. E. PISANO, M. REITANO, *Flexicurity*, in *La Rivista delle Politiche Sociali*, 2007, vol. 2, n. 4, 233-248).

Nacque così il cosiddetto «triangolo d'oro danese» (sull'utilizzo di questa espressione, cfr., tra i tanti, la COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, COM(2007)359 def., 27 giugno 2007, in epigrafe), basato su alta flessibilità contrattuale (elemento questo che consente agli im-


prenditori di adattare la forza-lavoro alle mutevoli condizioni economiche), un generoso sistema di sicurezza sociale, condizionato però alla ricerca attiva di un nuovo impiego da parte dei disoccupati e, infine, politiche attive concentrate sulla formazione continua. A questo proposito, può essere utile ricordare alcuni dati: nel 2005 la Danimarca destinava alle politiche per il mercato del lavoro circa il 4% del PIL (l'1,4% per le politiche attive e il 2,5% per quelle passive), a fronte di una media europea (UE-27) pari a circa il 2% del PIL, composto rispettivamente dallo 0,5% per le politiche attive e dall'1,4% per quelle passive (per questi e per gli altri dati di seguito riportati, cfr. il sito internet <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>; la comunicazione della Commissione Europea, COM(2007)359 def., cit.; COMMISSIONE EUROPEA, *Employment in Europe 2007*, in [Boll. Adapt](#), 2007, n. 45; B. AMOROSO, *Luci ed ombre del modello danese*, Relazione tenuta presso l'Università degli Studi Roma Tre, Facoltà di Economia Federico Caffè, in [indice A-Z](#), voce *Flexicurity e Libro Verde*; M. ANDERSEN, M. SVARER, *Flexicurity – Labour Market Performance in Denmark*, Cesifo Working Papers, 2007, n. 18, anch'esso in [indice A-Z](#), voce *Flexicurity e Libro Verde*; E. PISANO, M. REITANO, *op. cit.*).

Nel corso di poco più di un decennio, il mercato del lavoro danese è stato capace di raggiungere *performances* invidiabili: nel 2006, il tasso di occupazione complessivo era pari al 77,4%, il tasso di occupazione femminile si attestava al 73,4% e quello dei lavoratori anziani (tra i 55 e i 64 anni) al 60,7% (si noti che tutti e tre i valori sono già ampiamente superiori agli obiettivi di Lisbona individuati per il 2010). Non solo. Il tasso di disoccupazione è sceso al 3,9% e la disoccupazione di lunga durata è ferma allo 0,8%. Si registra inoltre un'elevata partecipazione all'apprendimento permanente (27,4%), che si accompagna peraltro ad alti livelli di *turnover* (un quarto dei lavoratori danesi è impiegato presso lo stesso datore di lavoro per meno di un anno). È questo un ulteriore elemento-chiave del cosiddetto modello danese: le misure di politica del lavoro non mirano più alla sicurezza del *posto* di lavoro, quanto piuttosto alla sicurezza nel *mercato*. Sicurezza acquisita grazie ad ammortizzatori sociali e percorsi formativi in grado di «traghetare» agevolmente il lavoratore tra un impiego e l'altro.


2. Tali risultati hanno attirato l'attenzione delle istituzioni comunitarie, Commissione *in primis*, che hanno iniziato ad interrogarsi sulla trasferibilità non tanto del modello danese in quanto tale (che sembra infatti strettamente legato a condizioni socio-economiche difficilmente replicabili in gran parte degli altri Stati europei), quanto piuttosto di una strategia integrata capace di combinare flessibilità e sicurezza sul mercato che, pur nel rispetto delle peculiarità dei contesti nazionali, potesse informare la rinnovata Strategia di Lisbona (per approfondimenti, cfr. [indice A-Z](#), voce *Strategia di Lisbona*).

A questo proposito, si noti che, se già gli orientamenti per l'occupazione adottati nel 2003 nel quadro della Strategia Europea per la occupazione (vedili in [indice A-Z](#), voce *Strategia Europea per la occupazione*) invitavano a raggiungere il «giusto equilibrio tra flessibilità e sicurezza», è solo con le linee guida 2005-2008 (anche in questo caso, cfr. [indice A-Z](#), voce *Strategia Europea per la occupazione*) che l'obiettivo della *flexicurity* diventa oggetto di uno specifico orientamento. L'orientamento n. 21 recita infatti la necessità di «favorire al tempo stesso flessibilità e sicurezza occupazionale e ridurre la segmentazione del mercato del lavoro, tenendo debito conto del ruolo delle parti sociali [...]».

A partire da allora, la *flexicurity* è diventata l'elemento centrale del dibattito comunitario sulla modernizzazione dei mercati del lavoro ai fini del raggiungimento degli obiettivi di Lisbona, tanto è vero che il Consiglio Europeo di marzo 2006 da un lato ha invitato gli Stati a portare avanti, in accordo con le rispettive situazioni nazionali, le riforme nel mercato del lavoro e nelle politiche sociali in base ad un approccio integrato di *flexicurity* e, dall'altro, ha chiesto alla Commissione, di concerto con gli Stati membri e con le parti sociali, di esaminare lo sviluppo di una serie di principi comuni (cfr. CONSIGLIO DELL'U-

NIONE EUROPEA, *Consiglio Europeo di Bruxelles 23/24 marzo 2006 – Conclusioni della Presidenza*, in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 26). Non solo. Il Libro Verde sul futuro del diritto del lavoro adottato dalla Commissione Europea alla fine di novembre 2006 ha segnato l'avvio di una consultazione pubblica e di un ampio dibattito sulla opportunità di una modernizzazione del diritto del lavoro che sia coerente con la nuova strategia integrata di flessibilità e sicurezza (cfr. i contributi di M.R. GENTILE e F. MONTICELLI, che precedono, in *q. Osservatorio*).

Tuttavia, è la comunicazione in epigrafe, pubblicata alla fine di giugno 2007, che ci apprestiamo ora ad analizzare, ad avere rappresentato il punto di arrivo della elaborazione teorica della Commissione sul significato della *flexicurity* a livello europeo e, in prospettiva, a livello nazionale.

3. La comunicazione parte da una considerazione di fondo: troppo spesso le politiche nazionali mirano ad accrescere o la flessibilità per le imprese o la sicurezza per i lavoratori e di conseguenza, ponendo i due elementi in reciproco contrasto. Al contrario, secondo la Commissione, è necessario promuovere l'idea che flessibilità e sicurezza non sono l'una in opposizione all'altra quanto piuttosto esigenze complementari sia per i lavoratori che per i datori di lavoro. Esse non rappresentano quindi un *trade-off* ma, al contrario, possono rafforzarsi vicendevolmente, come sostenuto anche nel rapporto del Gruppo di esperti appositamente costituito dalla Commissione per studiare le implicazioni della *flexicurity* (cfr. EUROPEAN EXPERT GROUP ON FLEXICURITY, *Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones*, in  indice A-Z, voce *Flexicurity e Libro Verde*).

Perché questa nuova visione possa essere accettata, è però fondamentale, continua la Commissione, liberarsi dagli stereotipi che tendono ad accomunare la flessibilità alla pura deregolamentazione dei mercati e la sicurezza alle rigidità che imbrigliano i mercati stessi. Da un lato, infatti, la flessibilità non implica solo una maggiore libertà delle imprese di assumere e licenziare; essa riguarda anche le transizioni sul mercato del lavoro, una organizzazione più efficace del lavoro, una migliore conciliazione tra vita professionale e vita privata. Flessibilità significa anche, e questo è un punto centrale della comunicazione, garantire ai lavoratori posti di lavoro migliori, secondo un processo di cosiddetta «mobilità ascendente». D'altro canto, la sicurezza non può più essere considerata semplicemente la sicurezza del posto di lavoro, tenuto conto specialmente dei cambiamenti intercorsi nei mercati del lavoro europei; essa deve essere collegata in primo luogo alla facilità di affrontare con successo le transizioni grazie ad adeguati ammortizzatori sociali e opportunità formative.

Una volta esplicitato il significato di *flexicurity*, la Comunicazione si snoda lungo quattro direttrici principali: gli elementi che la costituiscono, l'individuazione di quattro possibili percorsi, la descrizione di alcune «buone pratiche» già adottate in alcuni Stati europei e, infine, la proposta di alcuni principi di *flexicurity* che possano essere validi per tutti i Paesi europei.

Per quanto riguarda le componenti fondamentali della *flexicurity*, secondo la Commissione, esse sono quattro: *forme contrattuali flessibili e affidabili* (nell'ottica del datore di lavoro e del lavoratore, degli *insiders* e degli *outsiders*) mediante una normativa del lavoro, contrattazioni collettive e un'organizzazione del lavoro moderne; *strategie integrate di apprendimento lungo tutto l'arco della vita* per assicurare la continua adattabilità e occupabilità dei lavoratori, in particolare di quelli più a rischio di esclusione dal mercato; *efficaci politiche* che aiutino le persone a far fronte a cambiamenti rapidi, riducano i periodi di disoccupazione e agevolino la transizione verso nuovi posti di lavoro; *sistemi moderni di sicurezza sociale* che forniscano un adeguato supporto al reddito, incoraggino l'occupazione e agevolino la mobilità sul mercato del lavoro. Tali componenti non sembrano però essere sufficienti: per far sì che la *flexicurity* si ponga effettivamente come una modalità di gestione condivisa dei rischi presenti sul mercato, e possa andare a vantaggio sia

dei datori di lavoro che dei lavoratori, appare fondamentale il coinvolgimento attivo delle parti sociali, che dovrebbero contribuire alla elaborazione e alla successiva attuazione delle politiche di *flexicurity*.


Individuati gli elementi centrali della *flexicurity*, la Commissione suggerisce agli Stati membri quattro possibili percorsi che, adottati singolarmente o anche in combinazione tra loro, potrebbero rivelarsi utili per rendere effettivamente più flessibili e al contempo più sicuri i mercati del lavoro nazionali.

Il primo percorso mira ad *affrontare la segmentazione contrattuale*. A tal fine appare necessario in primo luogo aumentare le tutele connesse ai contratti atipici e, in secondo luogo, riformulare i contratti a tempo indeterminato, prevedendo in particolare che la protezione ad essi associata aumenti nel tempo, iniziando da un livello «base» fino ad arrivare ad una protezione «piena». Tale percorso dovrebbe inoltre includere una migliore attenzione alla formazione dei lavoratori temporanei, un rafforzamento dei servizi pubblici per l'impiego e della loro collaborazione con le agenzie private e, infine, la garanzia per i lavoratori atipici dell'accumulo dei diritti connessi allo svolgimento delle prestazioni lavorative e della loro portabilità da un'occupazione all'altra.

Il secondo percorso intende *sviluppare la flexicurity all'interno dell'impresa e offrire la sicurezza nella transizione*. In questo caso la Commissione insiste sull'importanza di forme contrattuali che riconoscano una maggiore flessibilità dell'orario di lavoro e soluzioni atte a conciliare vita professionale e vita familiare; chiede inoltre alle imprese di aumentare gli investimenti nell'apprendimento lungo tutto l'arco della vita, ai servizi pubblici per l'impiego di concentrarsi sulle transizioni professionali e alle autorità pubbliche di garantire che le prestazioni di sostegno del reddito siano collegate alla effettiva ricerca attiva di una nuova occupazione.

Il terzo percorso si concentra sulla necessità di *affrontare le carenze di competenze e opportunità tra la manodopera*. Elemento centrale di questo percorso sono, ovviamente, le politiche di apprendimento lungo tutto l'arco della vita, volte a contrastare la dispersione scolastica, e le politiche attive che dovrebbero concentrarsi non solo sulla erogazione di una formazione adeguata a sostegno della mobilità ascendente ma anche sulla offerta di un aiuto personalizzato alla ricerca di lavoro.

Il quarto percorso, infine, dovrebbe porsi come obiettivo quello di *migliorare le opportunità per coloro che ricevono prestazioni sociali e i lavoratori sommersi*. A questo proposito, si dovrebbe incoraggiare la regolarizzazione del lavoro sommerso, favorire la creazione di nuove opportunità lavorative per i percettori di sussidi e contrastare la dipendenza prolungata dai sussidi pubblici.

Come anticipato, la Commissione non si è però limitata ad un mero esercizio definitorio e ha invece individuato anche cinque casi nazionali che appaiono come buone pratiche di *flexicurity*: il già citato «triangolo d'oro» danese; la riforma austriaca delle indennità di licenziamento, avviata nel 2003, importante per la mobilità interaziendale; la Legge olandese del 1999 sulla flessibilità e la sicurezza, incentrata sulla limitazione del numero di contratti a tempo determinato consecutivi, sulla eliminazione degli ostacoli al funzionamento delle agenzie di somministrazione e sul riconoscimento di standard minimi di protezione e retribuzione per i contratti a tempo determinato e di somministrazione; l'Accordo spagnolo per il miglioramento della Crescita e dell'Occupazione del 2006, che ha introdotto incentivi per favorire la diffusione di contratti a tempo indeterminato; infine, l'accordo tripartito irlandese *Towards 2016*, che promuove l'aumento degli investimenti formativi, specialmente sul luogo di lavoro (per ulteriori approfondimenti, cfr. M.R. GENTILE, F. LUCREZIO MONTICELLI, F. SAMMARCO, A.M. SANSONI (a cura di), *Flexicurity: lavori in corso*,  Dossier Adapt, 2007, n. 32).

Infine, la Commissione ha proposto alcuni principi comuni che nelle sue intenzioni dovrebbero costituire un riferimento per le politiche degli Stati membri. Essi, tuttavia, sono

stati parzialmente modificati dal Consiglio Occupazione e Politica Sociale riunitosi all'inizio di dicembre 2007. Ed è dunque sull'analisi delle Conclusioni di tale Consiglio (cfr. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Towards Common Principles of Flexicurity – Council Conclusions*, in epigrafe) che intendiamo ora concentrarci.

4. Il fatto che i principi comuni adottati dai Ministri del lavoro dei 27 Stati membri, e successivamente dai Capi di Stato e di Governo in occasione del Consiglio Europeo del 14 dicembre 2007, presentino differenze di non poco conto rispetto alla proposta della Commissione è un elemento sicuramente interessante, perché dimostra come il concetto di *flexicurity* non sia affatto «cristallizzato» a livello comunitario, ma piuttosto ancora in evoluzione.

Tali principi meritano di essere analizzati separatamente, poiché saranno essi a poter incidere maggiormente sulla possibile, nuova direzione della Strategia di Lisbona. Ricordiamo infatti che, nel corso del 2008, saranno adottati i nuovi orientamenti triennali per l'occupazione che presumibilmente cercheranno di dare nuovo slancio alla strategia comunitaria per la crescita e l'occupazione, in vista dell'approssimarsi del 2010, anno in cui ci si dovrà confrontare con il probabile mancato raggiungimento degli ambiziosi obiettivi di Lisbona.

A parere di chi scrive, la nuova direzione della Strategia di Lisbona potrebbe essere duplice. Da un lato, essa potrebbe riconoscere la *flexicurity* come fattore imprescindibile per la crescita europea, tenuto conto del fatto che i principi comuni considerano la *flexicurity* lo strumento-principe per il rafforzamento della Strategia di Lisbona. Dall'altro, essa potrebbe insistere maggiormente sulle dimensioni della sicurezza, della inclusione sociale, della qualità del lavoro e del coinvolgimento della società civile, almeno se i nuovi orientamenti triennali si porranno in linea di continuità con quanto affermato dalle Conclusioni del Consiglio Occupazione e Politica Sociale (cfr. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Towards Common Principles of Flexicurity – Council Conclusions*, cit.).

Effettivamente, dal punto di vista della sicurezza e della inclusione sociale, si noti che i principi adottati dal Consiglio si discostano notevolmente dalla proposta iniziale della Commissione: non solo, infatti, essi esplicitano l'obiettivo di promuovere mercati del lavoro più aperti, reattivi ed inclusivi, che siano capaci di superare la segmentazione tra *insiders* ed *outsiders*, ma preferiscono fare riferimento ad una «sufficiente flessibilità contrattuale» da riconoscere alle imprese, laddove la Commissione entrava nel merito, specificando la necessità di una «sufficiente libertà di assumere e licenziare» (cfr. COM(2007)359 def., cit.). Inoltre, il testo approvato dal Consiglio insiste sulla necessità di adottare politiche «socialmente equilibrate», lasciando prefigurare la possibilità che di tali politiche debba essere valutato anche l'impatto sociale, mentre la comunicazione della Commissione si riferiva genericamente a pacchetti di *policy* «equilibrati».

Per quanto riguarda la qualità del lavoro, i principi comuni considerano la *flexicurity* un mezzo per promuovere il *good work*: luoghi di lavoro di alta qualità, una buona organizzazione del lavoro ed il continuo miglioramento delle competenze si configurano infatti come una componente *essenziale* di mercati del lavoro flessibili e sicuri. Di conseguenza, sembrano aprirsi, nel quadro della Strategia di Lisbona, nuovi spazi di confronto, non solo a livello di elaborazione politica, ma anche di sperimentazione in ambito aziendale, di misure capaci di unire flessibilità, sicurezza e qualità del lavoro (sul punto cfr. i contributi di F. SAMMARCO, *La qualità: il fattore abilitante per le politiche di flexicurity*, e D. GILLI, *Indicatori di qualità del lavoro in Europa*, entrambi in M.R. GENTILE, F. LUCREZIO MONTICELLI, F. SAMMARCO, A.M. SANSONI (a cura di), *op. cit.*).

Infine, un ulteriore elemento interessante che emerge dalla lettura delle Conclusioni del Consiglio è l'accento posto sul necessario sviluppo di un dialogo che veda la partecipazione di tutti gli *stakeholders*, ed in particolare delle parti sociali, attraverso il dialogo sociale e la contrattazione collettiva, nella elaborazione ed attuazione delle politiche di *fle-*

xicurity. Tale coinvolgimento è dichiarato «di cruciale importanza» per l'efficacia delle strategie volte ad aumentare la flessibilità e la sicurezza dei mercati del lavoro. Questo aspetto appare peraltro coerente con l'obiettivo, richiamato nella prima parte delle Conclusioni del Consiglio, di lanciare, in collaborazione appunto con le parti sociali, una iniziativa pubblica volta ad aumentare la conoscenza e la consapevolezza dei cittadini europei degli elementi, delle implicazioni e della logica intrinseca della *flexicurity*. In conclusione, se l'evoluzione della Strategia di Lisbona sarà quella immaginata in questo contributo, è facile ipotizzare che anche le raccomandazioni rivolte dalle istituzioni comunitarie agli Stati membri nel quadro del Metodo Aperto di Coordinamento incoraggeranno una maggiore attenzione alle componenti della sicurezza, della inclusione, della qualità del lavoro e della partecipazione della società civile e che, di conseguenza, i Programmi Nazionali di Riforma non potranno che tenerne conto.

Anna Maria Sansoni

*Scuola internazionale di Dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
di Adapt e Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Belgio

- *lavoro accessorio (1.1.)*

Spagna

- *salute e sicurezza (3.1.)*

Francia


- *contrat nouvelles embauches
(2.1.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio
internazionale e comparato*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati «Marco Biagi» all'indirizzo www.csmb.unimore.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Belgio

1.1. A. PEETERS, AN VAN PELT, D. SANDERS, *Evaluation du régime des titres-services pour les services et emplois de proximité 2006*, studio commissionato da Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation Sociale, Direction générale Emploi et marché du travail, Bruxelles, 11 maggio 2007, in www.ideaconsult.be (in  indice A-Z, voce *Lavoro accessorio*).

L'esperienza dei buoni-lavoro

Sommario: **1.** Introduzione: il contesto di *policy*. – **2.** Indicatori-chiave del sistema. – **3.** Caratteristiche dei diversi gruppi-obiettivo coinvolti. – **3.1.** Utilizzatori. – **3.2.** Imprese. – **3.3.** Lavoratori. – **4.** Impatto finanziario. – **5.** Conclusioni.

1. I buoni-lavoro (c.d. *titres-services*) sono un'iniziativa del Governo federale lanciata il 1° gennaio del 2004. Tale strumento permette agli individui di comprare da una società a tal fine autorizzata delle prestazioni rese in ambito domestico, quali ad esempio servizi di pulizia della casa, di bucato e stiratura. Inoltre, è possibile utilizzare i buoni per acquistare altri servizi come l'effettuazione delle spese domestiche ed il trasporto di persone a mobilità ridotta.

Tre sono gli obiettivi principali di questo strumento: creare nuovi posti di lavoro (25.000 entro la fine del 2007), specialmente per i lavoratori scarsamente qualificati; ridurre l'incidenza del lavoro irregolare ampiamente diffuso nel settore dell'aiuto domestico, proponendosi come un incentivo per favorire il passaggio dall'economia sommersa al lavoro regolare; migliorare l'equilibrio tra vita professionale e vita privata consentendo di esternalizzare facilmente il lavoro domestico.

Ogni anno, un rapporto di valutazione analizza l'evoluzione del sistema ed i risultati raggiunti (per una analisi del rapporto di valutazione presentato nel 2006, cfr. A.M. SANSONI, *Lavoro accessorio e buoni lavoro: le ragioni di un successo*, in *q. Rivista*, 2007, n. 1, 311).

La valutazione per l'anno 2006 è stata realizzata, come già negli anni precedenti, dalla società *IDEA Consult* e si basa non solo sui dati ufficiali forniti dalle autorità e dalla società emittitrice dei buoni (*Accor Services*), ma anche sui risultati di un sondaggio realizzato intervistando utilizzatori, lavoratori ed imprese attive nel sistema.

2. Dall'introduzione nel gennaio 2004, l'utilizzo dei buoni è cresciuto molto rapidamente. Il numero di utilizzatori registrati è aumentato dai 120.000 di dicembre 2004 ai 420.000 iscritti alla fine del 2006 ed il numero di imprese autorizzate ha registrato un incremento annuale del 37%.

Il successo dei buoni-lavoro si percepisce anche dal numero di posti di lavoro creati: nel corso del 2006, 61.759 persone lavoravano con un contratto *titre-services* e alla fine del 2006, più di 40.000 persone erano impiegate nel sistema, cifra che supera largamente l'obiettivo di 25.000 posti di lavoro previsto per la fine del 2007.

Tabella 1 – Indicatori-chiave del sistema dei buoni lavoro.

Gruppo-obiettivo	Indicatore	Quantità/Percentuale
Utilizzatori	Utilizzatori registrati nel 2006	420.007
	Utilizzatori registrati in percentuale della popolazione con più di 20 anni nel 2006	5,2%

	Utilizzatori attivi nel 2006	316.101
	Buoni-lavoro acquistati nel 2006	36.096.682
Imprese	Imprese autorizzate nel 2006	1.479
	Imprese attive nel 2006	1.162
	Buoni-lavoro rimborsati nel 2006	32.186.234
Lavoratori	Lavoratori attivi nel 2006	61.759
	Lavoratori attivi al 31 dicembre 2006	41.598

Fonte: *IDEA Consult sulla base di dati ufficiali (Ufficio nazionale del lavoro RVA-ONEM, Accor Services).*

3. Delineato il contesto in cui i buoni si sono sviluppati, concentriamoci ora sulle caratteristiche degli attori presenti nel sistema, servendoci a tal fine anche dei risultati del sondaggio effettuato da *IDEA Consult*. Tre sono le parti coinvolte: gli utilizzatori, le imprese autorizzate come imprese *titres-services* ed i lavoratori.

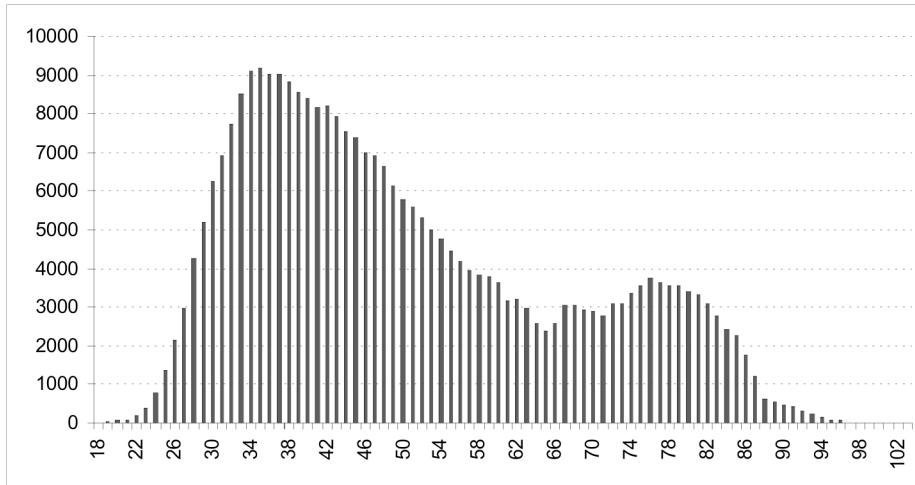
3.1. Relativamente al primo gruppo, ricordiamo che tutti gli individui residenti in Belgio possono comprare buoni-lavoro per acquistare prestazioni di aiuto domestico.

Quest'ultimo spazia dalla pulizia della casa, incluso anche servizi di bucato e stiratura, a lavori di cucito e alla preparazione dei pasti. Come anticipato, i buoni possono essere utilizzati per commissionare l'acquisto della spesa domestica e per organizzare il trasporto delle persone a mobilità ridotta. Si osserva comunque che l'attività più diffusa è la pulizia della casa.

L'analisi delle principali caratteristiche degli utilizzatori dei buoni-lavoro non può non partire dalla constatazione che tale strumento corrisponde ad una domanda effettiva di aiuto domestico presente in molte fasce d'età della popolazione. La figura 1 offre una visione dettagliata della distribuzione per età degli utilizzatori attivi. Da essa si evince chiaramente che la maggioranza degli utenti sono coppie (78%), che molti utilizzatori hanno tra i 30 ed i 50 anni e che spesso si tratta di nuclei familiari a doppio reddito con bambini a carico. Di conseguenza, i buoni-lavoro permettono a questi soggetti di conciliare meglio vita professionale e vita familiare.

Un secondo importante gruppo di età è quello degli utilizzatori ultrasessantenni. Circa un utilizzatore attivo su tre si colloca in questa categoria e quasi l'8% degli utilizzatori ha più di 80 anni. Per questo secondo gruppo lo svolgimento dei lavori domestici è spesso eccessivamente difficoltoso ed i buoni-lavoro rappresentano un mezzo per poter vivere più a lungo nella propria casa.

Figura 1 – Distribuzione per età degli utilizzatori attivi dei buoni-lavoro.



Fonte: IDEA Consult sulla base dei dati forniti da Accor Services.

È interessante soffermarsi anche sul fatto che quasi la metà degli utilizzatori dei buoni-lavoro svolge un lavoro retribuito, che un utilizzatore su quattro è pensionato e che il profilo dell'utilizzatore medio è altamente qualificato.

Come anticipato, uno degli scopi dello strumento è quello di migliorare la conciliazione tra vita professionale e vita familiare. La distribuzione per età degli utilizzatori ed i motivi alla base dell'utilizzo dei buoni indicano che essi costituiscono un reale valore aggiunto per molti utilizzatori. Inoltre, significativamente, la maggioranza degli utilizzatori intervistati afferma che desidererebbe continuare ad esternalizzare i lavori domestici anche se i buoni-lavoro dovessero essere aboliti in futuro. Infine, il 70% degli utilizzatori intervistati effettuava direttamente i lavori domestici o li affidava ad un componente della propria famiglia prima di cominciare ad utilizzare i buoni-lavoro. Tuttavia, solo il 30% si è dichiarato pronto a svolgere nuovamente questi stessi compiti nel caso in cui i buoni-lavoro dovessero essere eliminati.

3.2. Le attività pagate con i buoni-lavoro sono eseguite da lavoratori dipendenti di una impresa appositamente autorizzata come «impresa *titres-services*». Possono ottenere la autorizzazione società commerciali (ad esempio agenzie di lavoro temporaneo o società operative nel settore delle pulizie), enti impegnati nel sociale (ad esempio società dedite all'inserimento di persone escluse dal mercato del lavoro) o servizi pubblici (quali comuni o servizi sociali locali).

La tabella 2, che segue, presenta la suddivisione delle imprese *titres-services* per tipologia e la loro quota di occupazione. Dall'analisi di questi dati emerge che l'85% di tutte le imprese autorizzate sono private e che esse rappresentano una quota addirittura maggiore (il 94%) in termini di occupazione.

Tabella 2 – Suddivisione delle imprese autorizzate *titres-services* e distribuzione dei lavoratori tra i diversi tipi di imprese.

	Tipologia di imprese		Numero di lavoratori impiegati	
	Quantità	Percentuale	Quantità	Percentuale
Imprese private con scopo di lucro	701	47.4%	36.077	58.5%
Imprese private senza scopo di lucro	551	37.3%	21.692	35.1%
Società pubbliche	227	15.3%	3.990	6.5%
Totale	1.479	100%	61.759	100%

Fonte: IDEA Consult sulla base dei dati forniti dall'Ufficio nazionale del lavoro RVA-ONEM.

3.3. I lavoratori dipendenti di un'impresa autorizzata hanno un particolare tipo di contratto di lavoro (c.d. «contratto di lavoro *titres-services*»). Lo *status* di lavoratore *titres-services* non è collegato a criteri di nazionalità: tutti coloro che desiderano lavorare come lavoratori *titres-services* possono farlo, siano dunque essi di nazionalità belga oppure stranieri. I lavoratori sono suddivisi in due categorie, a seconda che ricevano o meno sussidi statali di integrazione del reddito. Più precisamente, la «categoria A» comprende quei lavoratori beneficiari dell'indennità di disoccupazione o di altri sussidi statali. Significativamente, essi sono tenuti ad accettare un contratto di lavoro *titres-services* a tempo pieno ed esistono obblighi particolari anche per quanto riguarda il numero minimo di ore lavorative. È importante rilevare anche che tali lavoratori continuano a ricevere le prestazioni di integrazione del reddito solo finché lavorano a tempo parziale come lavoratori *titres-services*. Diverse sono invece le condizioni che regolano l'attività dei lavoratori appartenenti alla cosiddetta «categoria B». Essi non possono richiedere l'indennità di disoccupazione fino a quando sono impiegati come lavoratori *titres-services*, ma hanno il diritto di lavorare solo un numero limitato di ore alla settimana senza l'obbligo di dover accettare un maggior numero di ore a fronte di una eventuale richiesta in tal senso da parte del datore di lavoro.

Analogamente a quanto fatto nel caso degli utilizzatori, possiamo ora tratteggiare le caratteristiche principali dei lavoratori *titres-services*. Il lavoratore medio ha 39 anni ed è donna (gli uomini sono solo l'1,6% del totale) e più del 10% dei lavoratori hanno 50 anni o più. Infine, si rileva che un lavoratore su 3 è scarsamente qualificato (vale a dire in possesso di un titolo di studio di scuola primaria o di scuola secondaria inferiore).

Ma che cosa facevano i lavoratori prima di entrare nel sistema e quali sono le ragioni che li spingono a fare questa scelta? Un lavoratore su due era disoccupato, il 10% era inattivo (ad esempio impegnato in attività domestiche o di custodia dei figli) ed il 4% risultava iscritto a percorsi formativi. Gli altri (il 38%) avevano già un lavoro retribuito.

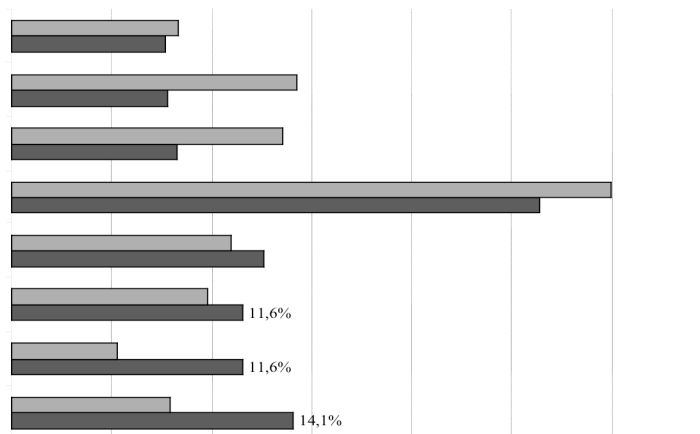
Dalle interviste effettuate emerge che la ragione più importante per entrare nel sistema dei *titres-services* è la possibilità di guadagno, seguita dalla opportunità di lavorare vicino a casa e dalla flessibilità offerta. Quasi la metà dei lavoratori ha dichiarato anche che lavorare nel sistema è un modo per uscire dall'economia sommersa. Tuttavia, solo il 2,4% dei soggetti intervistati ha ammesso lo svolgimento di prestazioni lavorative irregolari prima dell'entrata nel sistema dei buoni-lavoro.

Appare utile soffermarsi anche su quelle che sono le condizioni di lavoro dei lavoratori *titres-services*: secondo gli ultimi dati disponibili, solo l'8% di essi sono impiegati a tempo

pieno (si noti che esso corrisponde a 38 ore di lavoro settimanali). Quasi 9 lavoratori su 10 lavorano a tempo parziale, anche se la maggior parte di loro lavora più di 19 ore settimanali (vedi figura 2). In media, si rileva che i lavoratori sono utilizzati per 23 ore alla settimana. Come si vede chiaramente dalla figura 2, la maggior parte dei lavoratori è andata incontro ad un incremento del numero di ore lavorative rispetto al momento di ingresso nel sistema dei buoni-lavoro.

Secondo i risultati del sondaggio realizzato da IDEA Consult, la maggioranza dei lavoratori si dichiara soddisfatta del carico orario tanto è vero che sono molti coloro che cercano esplicitamente un contratto a tempo parziale, in modo da conciliare l'attività professionale con altre esigenze familiari o formative (quali ad esempio la custodia dei bambini, impegni di studio, un'altra attività). Inoltre, il 13% dei lavoratori (in gran parte si tratta di coloro che lavorano meno di 19 ore settimanali) combina l'attività legata ai buoni-lavoro con un altro lavoro retribuito.

Figura 2 – Numero di ore lavorative per settimana (confronto tra la situazione al momento dell'entrata nel sistema dei buoni-lavoro e la situazione attuale).



Fonte: IDEA Consult sulla base del sondaggio realizzato nel corso del 2006.

La legislazione belga prevede che i lavoratori *titres-services* possano lavorare con contratti di lavoro a tempo determinato o indeterminato. Tuttavia, il periodo di tempo in cui un lavoratore può lavorare con un contratto a tempo determinato è limitato a 3 mesi (per i lavoratori appartenenti alla «categoria B») o a 6 mesi (per i lavoratori della «categoria A»). Dall'ultimo esercizio di valutazione è emerso però, ed è questo un altro dato estremamente importante, che il 57% dei lavoratori ha ottenuto immediatamente un contratto a tempo indeterminato al momento di ingresso nel sistema. Coloro che cominciano con un contratto a tempo determinato di solito ottengono un contratto permanente dopo qualche mese.

Vi è tuttavia un moderato numero di lavoratori che accumulano una serie di contratti a tempo determinato senza che sia loro offerto un contratto a tempo indeterminato. Questo si verifica specialmente nel caso di agenzie di lavoro interinale ed è una delle ragioni che

spiega perché il numero di lavoratori attivi alla fine del 2006 (41.598) è molto inferiore al numero di lavoratori attivi nel corso dello stesso anno (61.759), come emerge dalla tabella 1. I contratti temporanei infatti solitamente scadono prima della fine dell'anno e ricominciano all'inizio dell'anno successivo.

Un altro motivo della riduzione del numero di lavoratori attivi è l'uscita dal sistema: un quinto dei lavoratori registrati nel 2005 ha infatti smesso di lavorare come lavoratore *titres-services*. La maggior parte dei lavoratori ha preso questa decisione spontaneamente, spesso a seguito di un'offerta di un lavoro più allettante, ma anche per la difficoltà di svolgere lavori fisicamente troppo faticosi, specialmente nel caso dei lavoratori anziani.

4. Prima di concludere la nostra breve analisi sullo strumento belga dei buoni-lavoro, è necessario analizzare il suo impatto finanziario. Innanzitutto, ricordiamo che un *titre-services* – che equivale ad un'ora di lavoro domestico – costa all'utilizzatore 6,70 euro. In realtà, però, il costo effettivo risulta inferiore, poiché la spesa sostenuta dai privati cittadini è parzialmente deducibile dal reddito tassabile.

Per quanto riguarda invece le imprese, oltre alla somma di 6,70 euro per ogni buono, esse ricevono dal Governo federale un sussidio pari a 13,30 euro per ogni ora lavorativa, come forma di aiuto per sostenere i costi del lavoro. Ne consegue che, in totale, l'impresa riceve 20 euro per coprire i costi associati ad un'ora lavorativa di aiuto domestico. Questa somma è definita «il valore di scambio» dei buoni-lavoro. Esso è stato recentemente diminuito da 21 a 20 euro per mantenere sotto controllo le spese dello Stato federale per il finanziamento del sistema.

Intendiamo ora presentare le rilevanti implicazioni finanziarie dello strumento oggetto di analisi per il Governo federale belga, facendo una distinzione tra quello che è il costo lordo e quello che è invece il costo netto del sistema.

Il costo lordo associato ai buoni-lavoro per il 2006 è stimato pari a 507,8 milioni di euro. Questa cifra comprende il sussidio statale, i costi per le risorse umane impegnate nella realizzazione dello strumento e le perdite per le casse statali derivanti dalla deduzione fiscale di cui beneficiano gli utilizzatori. È opportuno sottolineare che la prima componente è quella che incide maggiormente sul totale, sebbene il costo legato alle mancate entrate fiscali ammonti a 61,4 milioni di euro. Tuttavia, si noti che l'impatto finanziario delle perdite fiscali ricadrà solo sul bilancio governativo del 2008 e non su quelli precedenti.

Elencati seppur brevemente i costi, possiamo ora concentrarci su quelle che sono le entrate generate dal sistema dei buoni-lavoro in particolare grazie alla creazione di nuovi posti di lavoro. Il guadagno più rilevante per le casse statali attiene infatti al risparmio in termini di prestazioni di disoccupazione per tutti coloro che hanno un lavoro a tempo pieno come lavoratori *titres-services*.

Una seconda entrata attiene all'aumento dei contributi sociali. Sulla base dei dati reali relativi alle ore lavorate e alla massa salariale è stata realizzata una stima del contributo totale dei lavoratori e dei datori di lavoro su tutte le ore lavorate nel 2006. Tutti i tipi di deduzioni, per esempio quelle previste per particolari categorie di lavoratori, sono stati presi in considerazione. Anche l'effetto di sostituzione connesso all'aumento del lavoro regolare grazie ai buoni-lavoro è stato esaminato. Un terzo tipo di entrata riguarda l'aumento in termini di imposte sul reddito personale. Questo guadagno è stato calcolato considerando diversi schemi fiscali e correggendo possibili effetti di sostituzione. Guadagni più indiretti come ad esempio un aumento delle tasse societarie e dell'imposta sul valore aggiunto non sono stati invece calcolati. Anche i vantaggi per la società legati alla trasformazione di lavoro irregolare in lavoro regolare non sono stati quantificati.

La tabella che segue mostra i risultati dei suddetti calcoli. Considerando i guadagni ipotizzati, il costo netto dello strumento dei buoni-lavoro si eleva per l'anno 2006 a 308 milioni di euro.

Tabella 3 – Costo lordo e costo netto del sistema dei buoni-lavoro nel 2006.

Costo lordo	Entrate	Costo netto
507.830.979 EUR	199.680.983 EUR	308.149.995 EUR
	Risparmi in prestazioni sociali	95.026.971 EUR
	Contributi sociali aggiuntivi	76.985.924 EUR
	Entrate fiscali legate all'imposta sul reddito	27.668.088 EUR

Fonte: IDEA Consult.

5. A conclusione di questo breve *excursus* sui buoni-lavoro, possiamo senza dubbio affermare che, nel complesso, lo strumento belga può essere giudicato un esempio di successo, e questo essenzialmente per tre motivi. Innanzitutto, esso ha creato molti più posti di lavoro del previsto (più di 61.000 nuovi posti di lavoro nel 2006 rispetto all'obiettivo iniziale di 25.000 da raggiungere alla fine del 2007) e ha offerto molte opportunità lavorative alle fasce deboli (ad esempio disoccupati di lunga durata e persone scarsamente qualificate) che presentano difficoltà ad entrare nel mercato del lavoro. Inoltre, i buoni-lavoro hanno contribuito a ridurre la diffusione del lavoro irregolare nel settore dell'aiuto domestico. Infine, essi costituiscono un vantaggio per molti individui perchè facilitano la conciliazione tra vita professionale e vita familiare.

Tuttavia, non si può nascondere che la rapida espansione di questo strumento sta provocando un forte aumento dell'onere finanziario a carico del Governo federale. Per essere sicuri di ottenere pienamente i vantaggi finanziari precedentemente prestati, è dunque necessario procedere ad una quantificazione finanziaria delle entrate cosiddette indirette. Il dibattito politico che è in corso in Belgio riguarda in particolare la sostenibilità finanziaria del sistema e le modalità per ridurre l'onere finanziario per le casse statali; numerose opzioni sono attualmente in discussione, come ad esempio quella di aumentare il contributo a carico degli utilizzatori.

Un altro elemento da non trascurare riguarda la crescente difficoltà di trovare nuovi lavoratori *titres-services*. L'insufficiente offerta di lavoratori è un ostacolo importante per molte imprese. Le cause principali alla base di questa carenza di offerta vanno ricercate nella mancanza di motivazione e nella mobilità limitata dei candidati, nelle caratteristiche stesse del lavoro (si tratta spesso di mansioni fisicamente pesanti) e, più in generale, nella mancanza di lavoratori che soddisfino i requisiti richiesti, almeno dal punto di vista dei datori di lavoro. Le caratteristiche del lavoro e le condizioni di lavoro influenzano probabilmente anche la motivazione degli individui a candidarsi per un posto di lavoro nel settore dei buoni-lavoro. Una prova di questo ultimo elemento si riscontra dalle risposte ottenute alle domande del sondaggio: a causa del contesto istituzionale belga (in cui vi è un sistema di disoccupazione di durata illimitata e tasse sul lavoro piuttosto alte), la differenza tra il salario netto di chi lavora nel sistema dei buoni-lavoro e l'entità delle prestazioni di disoccupazione è troppo limitata per molti individui. Da qui discende quella che può essere definita una vera e propria «trappola di disoccupazione», specialmente per i disoccupati scarsamente qualificati.

Anneleen Peeters
Senior Consultant – IDEA Consult

2. Francia

2.1. *Cour d'Appel* Parigi 6 luglio 2007 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 29).

La *Cour d'Appel* si pronuncia sul *contrat nouvelles embauches*. Quale impatto sulle recenti politiche francesi del lavoro?

È il potere della crisi dell'occupazione e dell'economia globalizzata: Francia e Italia, con Governi assai diversi fra loro (anche nella loro successione temporale in ognuno dei due Paesi), presentano scenari e provvedimenti che procedono di pari passo, e vivono la difficoltà della materia del lavoro, così altamente sociale, di fronte agli imperativi economici. Le soluzioni legali sono ovunque incalzanti, con sempre nuovi provvedimenti genericamente «a favore del lavoro, dell'occupazione e del potere d'acquisto» (come la recentissima l. 23 agosto 2007, n. 1223, in Francia); e poi, nel contenuto, invece, estremamente capillari, con numerosi rinvii e altrettante modifiche, che aumentano la mole del *Code du travail*, e, in Italia, le nostre raccolte di leggi sul lavoro, la cui lettura e interpretazione divengono sempre più difficili.

L'Europa, d'altra parte, ci mette del suo: e spinge non verso la semplice flessibilità dei rapporti – che sarebbe da sola difficilmente accettabile da lavoratori e loro sindacati – ma verso quel concetto di «flessicurezza» che alcuni Paesi si sono avviati a declinare in un senso specifico, e cioè: flessibilità subito, sicurezza (ovvero garanzia del posto di lavoro) solo in seguito.

In Francia si è agito in modo riduttivo e più disomogeneo di quanto accaduto con la Legge Biagi: Sarkozy, divenuto Presidente della Repubblica su un programma moderno e di grandi aperture sociali, a pochi mesi dall'elezione non manifesta grande efficacia né nel campo dell'economia, né in quello della sicurezza: pur suggerendo una quantità notevolissima di leggi ne ha «spalmato» i vantaggi anche sulle classi medie (come le riduzioni di finanziamenti alle strutture sanitarie pubbliche); e in materia di lavoro sostiene «testardamente», secondo Martine Aubry, Sindaco socialista di Lille ed ex Ministro del lavoro (su *Le Monde*, 25 agosto 2007, 13), un unico contratto di lavoro, che consenta, pur stipulato come contratto a durata indeterminata, il licenziamento volontario nel primo periodo di rapporto.

Il contratto unico «alla francese» o contratto «a tutela progressiva», lanciato qualche mese fa da Treu su elaborazione (2 anni fa) di Boeri e Garibaldi – ma già su suggerimento, non pubblicato, di M. Biagi – prevede proprio un periodo iniziale (di 3 anni) nel quale è possibile il licenziamento volontario; poi intervengono tutte le tutele del contratto a tempo indeterminato e quindi l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Lo scopo è rispondere alla precarietà e portare alla progressiva riduzione fino alla eliminazione dei contratti a termine. Ma da noi il mancato sostegno degli imprenditori e l'ostilità sindacale ad ogni possibile riesame delle tutele del licenziamento hanno bloccato o almeno allungato il percorso di questo progetto e, pur se oggi è in discussione il contratto a termine di durata massima di 3 anni (più eventuali 8 mesi), il percorso è tutt'altro che terminato. In primo luogo per la probabile opposizione sindacale ad un mutamento del Protocollo firmato il 23 luglio scorso; in secondo luogo perché il cammino parlamentare è certo irto di difficoltà. Infine si attende che la riforma degli ammortizzatori sociali serva ad attenuare l'impatto di una nuova normativa sul contratto di lavoro: che pure è già presente in un disegno di legge di completamento della l. n. 276/2003 (primo proponente Sacconi), ma avrà forse maggiore impulso dall'effettiva volontà di discutere, su modelli contrattuali e relazioni industriali, delle parti sociali.

In Germania, a riprova del fatto che è in atto anche una globalizzazione dei problemi e delle soluzioni giuridiche del lavoro, la grande coalizione fra CDU e SPD ha proposto un vero e proprio periodo di prova fino a 2 anni, nel contratto a tempo indeterminato, quindi concedendo il recesso volontario per quel periodo.

In Francia l'ipotesi del contratto unico faceva parte delle proposte elettorali di Sarkozy: il quale si poteva basare, al contrario dell'Italia, su una parziale realizzazione del contratto a tutela progressiva, il CNE (*contrat nouvelles embauches*, oggetto della sentenza qui annotata) fondato su una ordinanza del 2 agosto 2005 e riservato a lavoratori già impiegati nelle imprese private e nelle associazioni con non più di 20 dipendenti.

Il «periodo di consolidamento», come chiamato dal Governo francese, è di 2 anni e, come si deduce dalla inapplicabilità delle norme del *Code du travail* espressamente indicate, il licenziamento eventuale è libero sia dall'esame giudiziale della regolarità di esso e del suo carattere «*réel et sérieux*», e quindi da motivazioni nella lettera di licenziamento, sia dal preventivo tentativo di conciliazione (tranne che per la contestazione in caso di licenziamento per motivi disciplinari), sia dal periodo di preavviso e dagli indennizzi per licenziamento irregolare e abusivo.

La *Cour d'Appel* richiama in primo luogo una decisione del *Conseil Constitutionnel* del 1999, che – nell'accettare come conformi alla Costituzione limiti al recesso volontario nei contratti di durata – impone a garanzia dell'altro contraente, comunque, l'informazione preventiva e la riparazione del pregiudizio eventuale.

La Corte aveva preso in considerazione, ai fini della sua decisione, tutti i contratti di durata i cui soggetti sono economicamente diseguali, come appunto il lavoro subordinato; la *Cour d'Appel* perciò ritiene non corrisposta nel CNE la protezione legale dal recesso, quando non prevede la manifestazione delle cause per cui tale recesso avvenga.

Ma soprattutto la *Cour d'Appel* fa rinvio alla convenzione OIL n. 158 sui licenziamenti, che richiede per qualsiasi licenziamento un valido motivo, legato alla prestazione o alla condotta del lavoratore.

A giudizio della *Cour d'Appel* la convenzione non consente l'uso di questi 2 anni di consolidamento, né considerati alla stregua di un lungo periodo di prova (come sostenuto nei primi giudizi di merito sul CNE, ma inconciliabile con il fatto che si tratta di lavoratori già occupati nella piccola impresa), né applicabili – come prevede l'*ordonnance* – nei confronti di tutti i lavoratori delle piccole imprese, poiché dalla convenzione OIL sono esentati solo particolari categorie di lavoratori soggetti a «speciale disciplina», e la delega deve essere comunque di «durata ragionevole».

Il Consiglio di Stato, nel 2005, aveva confermato l'ordinanza sul CNE, separando però i licenziamenti per motivi disciplinari, che seguono norme procedurali simili alle nostre e riconosciute anche in Francia come rispondenti a principi dell'ordinamento, dai licenziamenti per motivi inerenti alla persona del lavoratore, che non condividono la stessa natura.

Ne deriva, secondo la *Cour d'Appel*, una ingiustificata differenza di tutela fra il licenziamento disciplinare (con procedura) e gli altri licenziamenti. Aggiungerei anche che il CNE, non richiedendo motivazioni di alcun genere, avrebbe potuto aggirare anche le tutele di un licenziamento disciplinare. Inoltre, benché il *Conseil d'Etat* abbia accettato come «ragionevole» la durata di 2 anni di consolidamento, visto che il contratto è poi a tempo indeterminato, la *Cour d'Appel* non ritiene che questa disposizione possa essere considerata valida, alla luce della convenzione OIL n. 158: perché questa fa riferimento a «particolari categorie di lavoratori a regime speciale»; mentre il CNE restringe il campo di applicazione a certi datori di lavoro (con imprese fino a 20 dipendenti), ma, in quest'ambito, a tutti i loro lavoratori.

Per vero, il caso in esame presentava aspetti particolarmente singolari: ma anche dall'esame del merito si può rilevare qualche considerazione d'utilità (si rinvia per un com-

mento alla decisione, pienamente adesivo ma non obiettivo, a E. DOCKES, *Le juge et les politiques de l'emploi*, in *DS*, 2007, 912 ss.). La lavoratrice in questione prestava già attività – con un contratto di lavoro a termine finale non ancora verificatosi – nell'impresa: e l'impiego attraverso un CNE di un dipendente effettivamente presente in azienda è, per la *Cour d'Appel*, illecito, perché contrario ai fini perseguiti dall'ordinanza del 2 agosto 2005 (come risulta dall'art. 2, ed anche dalla stessa dizione del contratto per «*nouvelles*» *embauches*, cioè per nuove assunzioni). Questa motivazione, formalmente esatta, non porta ad un contributo positivo reale alla stipulazione di un CNE: perché sarebbe stato sufficiente attendere il termine finale per poter proporre la stipulazione del CNE alla lavoratrice, non più legata da rapporto di lavoro nell'impresa: e, a questo punto, che valore avrebbe il periodo di «consolidamento», senza la tutela del licenziamento, quando il datore di lavoro ben conosce le possibilità di lavoro e di professionalità, tali da poter garantire la durata del rapporto?

D'altronde, il fine del CNE dovrebbe essere un viatico per la trasformazione dei contratti flessibili in contratti a tempo indeterminato, più che la creazione di nuovi posti stabili di lavoro: e poiché è riservato a chi già ha lavorato nella piccola impresa, si suppone che il giudizio dell'imprenditore sia formato e non richieda tempi ulteriori «di prova».

Questa decisione della *Cour d'Appel* ha in effetti avuto un impatto forte sul mondo del lavoro francese e sui suoi giuristi (si veda la nota a *Cour d'Appel* 6 luglio 2007 di P. MORVAN, in *JCP*, 2007, 29, 1565, che definisce la sentenza un «*requiem*» per il CNE).

Visti gli scopi propostisi, parrebbe più convincente il CPE (*Contrat Première Embauche*), previsto un anno più tardi per le imprese con più di 20 dipendenti, per giovani fino ai 26 anni (anche già occupati precedentemente, purché sotto i 26 anni) sempre con i 2 anni di «consolidamento».

Dichiarato legittimo costituzionalmente dal *Conseil Constitutionnel* (sentenza n. 535 del 2006), perché teso a finalità di interesse generale e compatibile con gli impegni internazionali e comunitari (anche se passibile della stessa contrarietà alla convenzione OIL del CNE, messa in evidenza dalla *Cour d'Appel* che qui si annota), anch'esso è stato bloccato nella sua attuazione, non dai giudici, ma dall'ostilità sociale.

La ragione probabilmente sta nel fatto che l'allora Primo Ministro de Villepin lo aveva introdotto senza alcun dialogo preventivo con le organizzazioni sindacali, imponendone introduzione e tempi; la reazione popolare è stata tale da far sospendere l'applicazione del CNE, sostituito da forme più gradite al clima sociale, come nuove norme sul tirocinio e la formazione (cfr. C. ENRICO, *Il contratto di première embauche*, in *q. Rivista*, 2006, 917 ss.) e un piano di assunzioni per i lavoratori fra i 55 e i 65 anni.


La gestione del cambiamento, divisa fra stringenti misure economiche ed interessi sociali, percorre un cammino non solo arduo, ma anche ondeggiante: per i Paesi europei più avanzati economicamente sono imprescindibili l'assunto (flessibilità, pari diritti e opportunità) e il punto d'arrivo (tenere il passo con produzione e concorrenza tanto di tutti i Paesi industrializzati quanto dei Paesi a basso costo del lavoro, senza ridurre il livello di protezione).

Questa politica è generalizzata; è ammessa, o subita, nel nostro Paese come in molti altri: sono i metodi a cambiare, non tanto in base ai sistemi giuridici nazionali, quanto al «dosaggio» di strumenti diversi, non tutti accettati dalle parti sociali o dall'opinione pubblica di questo o quel Paese. È insomma una politica di tentativi, di piccoli passi, di aggiustamenti, come è del tutto naturale in uno sviluppo così radicale dell'economia e del lavoro.

Clara Enrico

Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Genova

3. Spagna

3.1. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, MINISTERIO DEL INTERIOR, MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Protocolo marco de colaboración para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias*, Madrid, 19 settembre 2007 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 33).

Nuovi strumenti di contrasto agli infortuni sul lavoro

Sommario: **1.** Il problema dell'elevato tasso di incidenti sul lavoro in Spagna e l'ineffettività delle norme in vigore sulla prevenzione dei rischi sul lavoro. – **2.** Il Protocollo Quadro. – **3.** Giustificazione e precedenti. – **4.** Obiettivi. – **5.** Ambito oggettivo di applicazione. – **6.** Contenuto materiale. – **7.** Valutazione.

1. Nonostante in Spagna sia in vigore da quasi 12 anni una normativa sulla salute e la sicurezza sul lavoro pienamente conforme ai dettami della direttiva n. 89/391/CEE del Consiglio del 12 giugno 1989, riguardante l'applicazione di provvedimenti volti a promuovere il miglioramento della sicurezza e la salute dei lavoratori sul luogo di lavoro, cioè la l. n. 31/1995, dell'8 novembre, sulla prevenzione dei rischi di lavoro (*Ley de prevención de riesgos laborales* – LPRL), il cui processo di attuazione attraverso norme regolamentari è già stato completato, allo stato attuale non si è ancora riusciti a ridurre significativamente il numero degli incidenti sul lavoro e delle malattie professionali, né in termini assoluti né relativi. Sebbene la Spagna rappresenti solo l'11,6% della popolazione dell'Unione Europea, continua ad essere lo Stato membro che ha i più elevati indici di incidenti sul lavoro: il 20% di tutti gli incidenti sul lavoro nell'ambito comunitario, nonostante, negli ultimi anni, il numero di incidenti sul lavoro si stia riducendo, soprattutto con riferimento a quelli più gravi (mortalità e molto gravi).

Secondo i dati resi disponibili dal Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nel periodo compreso tra gennaio e agosto del 2007, il numero di incidenti sul lavoro comportanti il congedo del lavoratore, verificatisi durante la giornata lavorativa (esclusi, quindi, gli incidenti «*in itinere*»), è di 620.360; il che, rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente, significa una riduzione in termini assoluti di 7.513 incidenti, ed in termini percentuali di 1,2 punti. Inoltre, si può aggiungere che negli ultimi 12 mesi il tasso di incidenti sul lavoro si è ridotto di 5,3 punti percentuali (si sono verificati 5.785 incidenti sul lavoro per ogni 100 mila lavoratori), raggiungendo il livello più basso degli ultimi 20 anni.

La persistenza di questi elevati tassi di incidenti sul lavoro in questo Paese evidenzia molto chiaramente che le norme in vigore sulla salute e la sicurezza dei lavoratori sul luogo di lavoro non si stanno rivelando effettive. Gli studi realizzati hanno messo in rilievo che le cause che permettono di spiegare tale persistenza non si trovano nella inadeguatezza delle norme preventive vigenti, ma in una mancata applicazione generalizzata o in un'applicazione scorretta di queste norme. Per questa ragione, tutte le misure adottate dai poteri pubblici per far fronte alla piaga sociale degli incidenti sul lavoro sono indirizzate a garantirne l'effettività. E precisamente è questo il contesto nel quale deve essere collocato il Protocollo Quadro in esame, firmato il 19 settembre 2007.

2. La promozione della salute e della sicurezza dei lavoratori sul luogo di lavoro costituisce uno dei compiti che spetta portare a termine, tra molti altri soggetti, anche ai poteri pubblici. Così è stato nella storia dalla metà del XIX secolo, momento in cui cominciarono ad apparire le prime norme con queste finalità, e così continua ad avvenire nell'attualità, tanto a livello dell'Unione Europea quanto a livello nazionale. In effetti, nell'ambito

dell'Unione Europea, la promozione di condizioni di lavoro sicure e salubri per i lavoratori costituisce, secondo quello che è stabilito nel Trattato delle Comunità Europee, uno degli obiettivi più importanti della sua politica sociale e, di conseguenza, una delle competenze delle istituzioni comunitarie. Nell'ordinamento interno spagnolo è la stessa Costituzione, del 1978, che incarica i poteri pubblici di «vegliare sulla sicurezza e sull'igiene sul lavoro» (art. 40.2).

Attualmente, la politica spagnola in materia di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro, volta a far sì che i diversi soggetti coinvolti in base alle leggi nell'attività preventiva adempiano agli obblighi che la normativa in vigore impone a ciascuno di essi, è contenuta in forma sistematica nella denominata *Strategia Spagnola sulla Sicurezza e la Salute sul Lavoro (2007-2012)*, approvata il 28 giugno del 2007, pattuita in seno alla Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, tra il Governo centrale, le associazioni imprenditoriali CEOE (*Confederación Española de Organizaciones Empresariales*) e CEPYME (*Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa*) e le organizzazioni sindacali UGT (*Unión General de Trabajadores*) e CC.OO. (*Comisiones Obreras*), e successivamente ratificata dal Governo. Le misure pubbliche previste in questa *Strategia* hanno come obiettivo principale la promozione dell'osservanza adeguata ed effettiva della LPRL e delle altre regole preventive.

Allo stesso tempo, di recente sono stati assunti provvedimenti indirizzati a rinforzare la effettiva repressione degli inadempimenti delle norme preventive già previste. In particolare, si tratta di misure orientate a garantire che le infrazioni più gravi delle regole preventive di carattere sostanziale siano punite in forma adeguata attraverso un uso migliore degli strumenti di responsabilità penale stabiliti dalla legge e che finora sono stati poco utilizzati. Questo gruppo di misure pubbliche è previsto nel Protocollo Quadro in esame.

3. La ragione principale che giustifica l'attuazione di questo Protocollo Quadro si trova nella previa constatazione empirica di due fatti: da un lato, l'elevato tasso di incidenti sul lavoro rilevabile in Spagna e i gravi danni conseguenti – individuali e collettivi e di natura economica e sociale – e, dall'altro, lo scarso numero di cause penali instaurate contro i soggetti che, attraverso l'inadempimento dei loro obblighi di sicurezza, hanno provocato gravi danni professionali ai lavoratori. Si può dire, pertanto, che la premessa di partenza sta nel fatto che quello degli incidenti sul lavoro costituisce un grave problema sociale, che esige una risposta penale adeguata; risposta che in Spagna, malgrado sia prevista dalla legge, fino a questo momento non si è prodotta.

Fra i precedenti si possono distinguere, da una parte, i precedenti immediati del Protocollo Quadro, stipulato a livello statale, e dall'altra, le esperienze simili realizzate prima in alcune Comunità Autonome.

Il precedente immediato del Protocollo Quadro si trova in uno studio portato a termine dal Servizio di Pianificazione e Analisi del Consejo General del Poder Judicial sul fenomeno degli incidenti sul lavoro nel nostro Paese, intitolato *Siniestralidad Laboral: análisis de la respuesta jurisdiccional*. In questo documento, in primo luogo, fu analizzata la risposta giudiziaria che fino ad allora era stata data al fenomeno degli infortuni sul lavoro. A tale scopo, furono analizzate le sentenze pronunciate dai diversi organi giurisdizionali, a partire dall'anno 2003, in tema di tutela dei lavoratori contro i rischi sul lavoro. E in seguito fu elaborata una relazione differenziata rispetto ad ogni giurisdizione in cui si esponeva, da un lato, le rispettive linee di attuazione e, dall'altro, i loro errori principali.

In rapporto alla giurisdizione penale, la conclusione a cui si giunse fu che la sua risposta non era corretta. Si metteva in evidenza che le carenze individuate avevano avuto luogo, soprattutto, nella fase procedimentale di istruzione dell'inchiesta, e che le cause di ciò potevano dividersi in due gruppi.

Il primo gruppo riguarda le cause strutturali, costituite, da una parte, dalla mancanza di una cultura della prevenzione negli operatori giuridici in ambito penale, i quali, oltre ad

essere contagiati dalla generalizzata mancanza di coscienza della prevenzione in tutti gli ambiti della società, continuano a svalutare l'imprudenza professionale, considerandola come un'infrazione minore e come semplice manifestazione della società del rischio. Dall'altra parte, vi è la mancanza di formazione dei c.d. operatori in materia di salute e sicurezza, e talora anche in materia di rapporti di lavoro. Gli operatori ignorano in numerosi casi che la posizione di subordinazione del lavoratore nel contratto individuale lo obbliga molte volte ad accettare condizioni di lavoro con un elevato rischio per la vita, l'integrità fisica e la salute. Questo riguarda soprattutto i rapporti di lavoro precari. A queste due circostanze è conseguito che, di solito, i Giudici penali interpretassero nello stesso modo l'imprudenza del lavoratore e quella dell'imprenditore, e perfino che concentrassero la loro attenzione esclusivamente sulla condotta del lavoratore, in maniera che, se si individuava una qualche infrazione dei suoi obblighi di sicurezza, automaticamente si esimeva l'imprenditore da qualsiasi responsabilità penale; il che è esattamente il contrario rispetto alla corretta applicazione della LPRL, la quale ha attribuito all'imprenditore un ruolo di «garante» della protezione efficace di tutti i suoi lavoratori contro i rischi sul lavoro, garanzia che si estende alla protezione contro i rischi derivati dalla condotta imprudente dei propri lavoratori (imprudenza professionale). A dimostrazione di questo modo sbagliato di agire della giurisdizione penale, si fa riferimento ad alcune sentenze pronunciate negli ultimi mesi del 2003, di grande ripercussione nella società e molto criticate dalle organizzazioni sindacali e dalla dottrina scientifica (cfr. A. BAYLOS GRAU, *Sentencias alarmantes: un fenómeno de inaplicación del Derecho*, in *Por Experiencia*, 2003, n. 23).

Le cause operative (in una rilevante misura, derivano dalle cause precedenti), invece, si riferiscono principalmente al fatto che molti dei comportamenti tipizzati dalla legge come infrazioni penali neanche arrivano alla conoscenza del Ministerio Fiscal, soprattutto quelli che non hanno dato luogo ad un incidente grave sul lavoro (provocando la morte o lesioni gravi ad uno o più lavoratori), alla scorretta custodia dei mezzi di prova nei processi penali instaurati per reati contro la sicurezza e la salute dei lavoratori, ed alla esistenza di importanti carenze nelle indagini svolte al fine di delimitare le responsabilità tra i diversi soggetti implicati. Si rilevò altresì che i procedimenti penali per il reato di pericolo in materia di salute e sicurezza sul lavoro, regolato negli artt. da 316 a 318 c.p., venivano instaurati soltanto in caso di decesso o di lesioni. Ne conseguiva, in moltissimi casi, l'impunità di condotte che, in considerazione della loro estrema gravità, avrebbero avuto rilievo anche dal punto di vista penale.

Dopo l'individuazione delle carenze concorrenti nella risposta in ambito penale al problema degli incidenti sul lavoro e delle diverse cause che permettono di spiegare dette anomalie, viene formulata una serie di raccomandazioni sulle forme più adeguate per risolverle. Gran parte di queste proposte sono state accolte nel Protocollo Quadro stipulato a livello statale tra le diverse Amministrazioni Pubbliche che, in questo ambito territoriale, hanno competenze di intervento per le ipotesi di infrazione della normativa preventiva che costituiscono un illecito penale (effettivo o presuntivo): il Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, il Ministerio del Interior e il Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Il secondo tipo di precedenti fa riferimento a una serie di accordi di collaborazione tra alcune Comunidades Autónomas e la Fiscalía General del Estado, stipulati in precedenza e che, in generale, rispondono agli stessi obiettivi del Protocollo Quadro statale e contengono misure molto simili. Accordi regionali di collaborazione interamministrativa di questo tipo sono stati stipulati in particolare nelle Comunidades Autónomas di Andalusia, Aragona, Asturie, Castiglia-La Mancha, Catalogna, Galizia e Madrid.

4. Partendo dai dati raccolti nella relazione che il Consejo General del Poder Judicial ha elaborato sul fenomeno degli incidenti sul lavoro in Spagna e sulla condotta che, in parti-

colare, i Giudici e tribunali della giurisdizione penale hanno tenuto in relazione ad esso, il Protocollo Quadro persegue l'obiettivo di garantire l'effettiva applicazione degli strumenti di tutela penale in tutte le ipotesi nelle quali l'entità delle infrazioni e i risultati lesivi prodotti in conseguenza così impongano secondo la legislazione in vigore (obiettivo di raggiungere la «*giustizia materiale*»). Quindi, l'obiettivo non è una riforma delle leggi penali vigenti orientata ad incrementare le ipotesi di tutela penale in rapporto a quelle già previste attualmente nel nostro codice penale, bensì, secondo il principio generale che considera tale tutela l'«*ultima ratio*», semplicemente si cerca di garantire che i soggetti che infrangono la normativa in materia di sicurezza attraverso una condotta tipizzata nel nostro ordinamento come illecito penale, rispondano nei termini stabiliti per legge, evitando in tal modo qualsiasi impunità.

A corollario di tale obiettivo di carattere generale, vengono formulati altri due obiettivi specifici fondamentali. In primo luogo, per riuscire a migliorare l'efficacia della applicazione da parte degli organi giurisdizionali penali nella lotta contro gli incidenti sul lavoro, si considera imprescindibile portare a termine un'indagine adeguata e veloce dei reati contro la vita, la salute e l'integrità fisica dei lavoratori e garantire l'esecuzione delle sentenze di condanna pronunciate. Il conseguimento di questo obiettivo, a sua volta, richiede necessariamente l'articolazione di un sistema di coordinamento tra le numerose Amministrazioni e autorità Pubbliche implicate nell'indagine sugli incidenti sul lavoro e/o sulla trasgressione grave delle regole di prevenzione dei rischi nel lavoro. Tale coordinamento costituisce, perciò, l'«*obiettivo strumentale*» per riuscire a garantire che le condotte trasgressive più gravi in materia prevenzionistica siano punite anche con le sanzioni più severe, che nel nostro diritto sono quelle di natura penale.

In secondo luogo, il Protocollo deve servire da riferimento alla sottoscrizione di accordi specifici nell'ambito delle diverse Comunidades Autónomas. Si tratta di incentivare tutte le Autonomías, a fronte della competenza a loro già trasferita di dare applicazione alla legislazione statale in materia di lavoro e, pertanto, di disporre degli organismi e degli strumenti necessari per conseguire, controllare e sanzionare in sede amministrativa le trasgressioni di quelle norme, a stipulare propri accordi di collaborazione, relativi al proprio ambito territoriale, i quali, seguendo gli orientamenti generali del Protocollo statale, concretino le misure di coordinamento che si dovranno applicare in ciascuna di esse, tenendo in considerazione le proprie peculiarità. A questo riguardo, conviene ricordare che prima di firmare il Protocollo Quadro statale, si erano già stipulati accordi di collaborazione in alcune Comunidades Autónomas, la totalità dei quali aveva un orientamento, quanto agli obiettivi e al contenuto, molto simile a quello adesso assunto dal Protocollo Quadro. La stipulazione da parte di tutte le Comunidades Autónomas di questo tipo di accordi di collaborazione interamministrativa è il secondo obiettivo che si prefigge il Protocollo Quadro, perché è la condizione necessaria per assicurarne l'effettività.

5. I provvedimenti di coordinamento fra le diverse Amministrazioni direttamente coinvolte nella lotta contro gli incidenti sul lavoro (in concreto, gli organi amministrativi dei Ministeri del lavoro, dell'interno e della giustizia) sono previsti soltanto per quelle ipotesi che, per la loro estrema gravità, possono essere veramente costitutivi di un'infrazione penale. In particolare, per le seguenti ipotesi:

- per quelle nelle quali si siano prodotti eventi lesivi di massima gravità per la vita, l'integrità fisica o la salute dei lavoratori – cioè la morte, lesioni gravi o molto gravi – ma soltanto quando si tratti di autentici incidenti sul lavoro che si siano verificati nella unità produttiva (rimangono esclusi, quindi, gli incidenti sul lavoro «*in itinere*» e le malattie professionali);
- per quegli inadempimenti delle norme sulla prevenzione dei rischi sul lavoro che, senza aver provocato un danno sulla persona dei lavoratori, tuttavia, siano costitutivi di un'infrazione qualificata come grave o molto grave dalla *Ley de Infracciones y Sanciones*

en el Orden Social (LISOS), e che, poi, siano la causa dell'esposizione di uno o vari lavoratori dell'azienda ad un pericolo concreto per la loro vita, integrità o salute.

6. Come detto in precedenza, per raggiungere il suo obiettivo principale di garantire in maniera effettiva la responsabilità penale in tutti quei casi in cui sia opportuno secondo la legislazione in vigore, il Protocollo Quadro stabilisce, come linea generale di attuazione, il coordinamento basato sulla collaborazione tra tutti gli organismi pubblici che, appartenendo ad Amministrazioni diverse, in un modo o nell'altro, devono intervenire nei casi di grave inadempimento delle norme di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro, suscettibili di costituire illeciti penali.

Le misure specifiche previste dal Protocollo Quadro per la sua attuazione sono rivolte, in particolare, ai seguenti soggetti pubblici: all'Amministrazione sanitaria (integrata nella Amministrazione delle Comunità Autónomas, fatta eccezione delle città autonome di Ceuta e Melilla), alla Policía Judicial, all'Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al Ministerio Fiscal e ai Giudici e tribunali della giurisdizione penale.

Tutte le misure di attuazione previste dal Protocollo Quadro, che ciascun si trovano inserite principalmente nei suoi tre allegati. In questi tre allegati sono contenute le differenti misure di attuazione che ciascun organismo pubblico deve osservare in presenza delle seguenti situazioni: nei casi di incidenti sul lavoro che hanno provocato la morte, lesioni gravi o molto gravi (Allegato I); durante l'indagine sui reati di pericolo contro la vita, l'integrità fisica e la salute dei lavoratori (Allegato II); e nell'esecuzione di sentenze di condanna (Allegato III).

Va segnalato anche che in questo Protocollo Quadro non si stabiliscono provvedimenti di immediata applicazione. Il Protocollo rappresenta soltanto un impegno politico per le diverse Amministrazioni che lo hanno firmato ad agire secondo le linee da esso individuate. Dato che costituisce uno strumento politico e non giuridico, il Protocollo ha un carattere fondamentalmente programmatico; ciononostante, è stata prevista la creazione di un meccanismo di sorveglianza della sua effettività: una Comisión de Seguimiento, incaricata di risolvere tutte le questioni riguardanti la sua interpretazione ed applicazione, e di elaborare una relazione annuale sul suo grado di adempimento ed esecuzione. Inoltre, si deve considerare che l'effettività piena di questo Protocollo Quadro è subordinata alla stipulazione di protocolli specifici a livello di Comunidad Autónoma.

Misure di attuazione per l'Amministrazione sanitaria si prevedono soltanto per l'ipotesi in cui si sia già verificato un incidente sul lavoro, provocando la morte, lesioni gravi o molto gravi.

In base a tali misure, l'Amministrazione sanitaria, che di solito è la prima ad intervenire negli incidenti sul lavoro di maggiore gravità, deve darne comunicazione alla Policía Judicial e all'Autorità Giudiziaria nel più breve tempo possibile, affinché le indagini possano essere condotte in relazione a tutti gli incidenti considerati, nonché in modo immediato.

Il suo compito principale è quello di specificare nel bollettino medico, che si tratta di un «incidente sul lavoro» e che, in considerazione della sua gravità, risulta necessario avviare delle indagini. Il bollettino medico, dopo essere stato compilato, dovrà essere trasmesso al Giudice della fase dell'istruzione del procedimento. L'Amministrazione sanitaria è tenuta anche a facilitare l'investigazione sull'incidente sul lavoro condotta dalla Policía Judicial nella propria sede ospedaliera.

Con riguardo alla Policía Judicial, l'ambito di applicazione del Protocollo si estende ai casi di incidenti sul lavoro che rivestono una speciale gravità in considerazione delle conseguenze prodotte e ai casi in cui si voglia verificare che le pene comminate ai soggetti condannati, in quanto autori di un reato contro la salute e la sicurezza dei lavoratori, si stiano eseguendo nei termini stabiliti nella sentenza. Invece, non si fa nessuno accenno al suo possibile intervento nelle ipotesi di inadempimento grave delle norme di prevenzione

dei rischi sul lavoro che costituiscono il reato di pericolo tipizzato negli artt. 316 a 318 c.p. Il Protocollo rimane silente su tale questione; ciononostante, non c'è dubbio che l'intervento della Policía Judicial nelle ipotesi nelle quali non è stato ancora cagionato un danno alla vita, all'integrità fisica e alla salute dei lavoratori, risulta possibile – anzi, molto conveniente – anche quando venga sporta una denuncia da un lavoratore o da un sindacato, o quando l'Ispettorato del lavoro abbia redatto un atto di infrazione e ritenga che sussistano i requisiti dell'illecito penale di pericolo contro la sicurezza e la salute dei lavoratori sul lavoro.

L'adeguata attuazione da parte della Policía Judicial si considera necessaria specialmente nel caso di incidenti mortali, gravi o molto gravi, al fine di raccogliere le prove della commissione del reato contro la salute e la sicurezza dei lavoratori e di poterle preservare. Dall'attuazione della Policía Judicial dipende in grande misura sia la possibilità di instaurare un procedimento penale sia il buon esito di quel procedimento, che sfoci, quindi, nell'accertamento della responsabilità penale.

Per verificare l'adeguatezza dell'attuazione da parte della Policía Judicial, si richiede:

- che immediatamente dopo la notizia dell'incidente sul lavoro, a cui sia conseguita la morte del lavoratore o gli abbia cagionato lesioni gravi o molto gravi, deve essere data notizia al Ministerio Fiscal e dell'Ispettorato del lavoro;

- che, quando si reca nel luogo in cui è accaduto un incidente sul lavoro, svolga un'indagine adeguata, che permetta di verificare l'esistenza di indizi di un illecito penale. A tal fine sarà necessario identificare ed interrogare i testimoni dell'incidente, tutti coloro che abbiano appreso dell'incidente in modo indiretto, siano o non siano lavoratori dell'azienda (se costituiti in giudizio, devono sempre essere interrogati i rappresentanti dei lavoratori nell'unità produttiva, specializzati nella prevenzione di rischi sul lavoro e chiamati dalla legge «*Delegati di Prevención*»), e tutti gli altri soggetti che, per qualsiasi ragione, avessero informazioni rilevanti, e per ultimo, anche quegli lavoratori che abbiano subito un incidente sul lavoro. Ulteriormente, la Policía Judicial dovrà verificare la presenza di altri lavoratori che siano esposti agli stessi rischi che hanno provocato l'incidente sul lavoro e raccogliere tutti i mezzi di prova che possano aiutare ad una migliore verifica e comprensione di quanto è accaduto; dovrà ricostruire in modo dettagliato la dinamica dell'incidente, anche con il supporto di fotografie o di filmati della vittima e del luogo in cui si sono svolti i fatti. Infine, si dovrà verificare se siano installate camere di sorveglianza che possano aver ripreso l'incidente.

È chiaro che è in questa fase d'investigazione sull'incidente e di raccolta di prove che la collaborazione della Policía Judicial con l'Ispettorato del lavoro (e anche con i Tecnici di Sicurezza e Salute sul Lavoro delle Comunidades Autónomas) risulta decisiva. Infatti, i membri della Policía Judicial non hanno una formazione specializzata in materia di sicurezza e salute sul lavoro, che risulta invece indispensabile all'adeguato assolvimento delle funzioni assegnate; pertanto spetta all'Ispettorato del lavoro fornirle consulenze al riguardo.

Dopo aver svolto tutte le indagini, la Policía Judicial deve indicare le misure di sicurezza esistenti nel luogo di lavoro in cui l'incidente è accaduto, quali agenti possono averlo provocato e qualunque altro fatto riguardante l'incidente che potesse avere rilevanza nella sua indagine, e sempre che sia possibile, deve indicare anche i precedenti dell'incidente. Inoltre, quando vi siano diverse imprese implicate nello svolgimento dell'incidente, ciascuna di esse e i rispettivi amministratori delegati devono essere identificati. Tutte queste informazioni devono essere raccolte in modo chiaro ed esplicito nel verbale.

Se a seguito dell'indagine dell'incidente del lavoro si ravvisa l'esistenza di indizi di illecito penale, la Policía Judicial dovrà informare la vittima e i suoi parenti o beneficiari della possibilità di esperire azioni penali e della opportunità di ricevere assistenza legale; dovrà informare il presunto responsabile penale dei suoi diritti e, se durante l'indagine,

secondo la *Ley de Enjuiciamiento Penal*, si sono raccolte prove sufficienti, dovrà anche arrestarlo. Infine, dovrà inviare il verbale al Ministerio Fiscal e al Giudice istruttore, e se del caso, richiederà a quest'ultimo le autorizzazioni necessarie per poter portare a termine nuove indagini.

Alla Policía Judicial è altresì attribuita la funzione di controllare che i soggetti già condannati in base a sentenze passate in giudicato per un reato contro la salute e la sicurezza dei lavoratori sul luogo di lavoro vengano inabilitati a svolgere la propria professione, mestiere, o assolvano alle proprie cariche, soprattutto, quando il soggetto condannato sia il datore di lavoro.

Tra tutti gli organismi pubblici appartenenti alle diverse Amministrazioni Pubbliche che possono intervenire nei casi di inadempimento delle regole prevenzionistiche che, per la loro gravità, possono costituire un illecito penale, l'Ispettorato del lavoro è quello che, in base ai mezzi a propria disposizione, soprattutto, la formazione specializzata in materia di salute e la sicurezza sul lavoro dei suoi membri, si trova nella posizione migliore per individuare questi tipi di condotte particolarmente gravi. Per questa ragione, dall'adeguato svolgimento da parte dell'Ispettorato del lavoro delle proprie funzioni dipende in un'importante misura che anche gli altri organismi pubblici coinvolti nell'assicurare la responsabilità penale, possano assolvere adeguatamente alle proprie funzioni.

L'obiettivo posto è di garantire presenza ed intervento veloci degli Ispettori del lavoro nel luogo in cui si sono verificati accaduti gli incidenti di massima gravità, giacché, in questo modo, da una parte, potranno dare consulenza tecnica ai membri della Policía Judicial nel loro lavoro di indagine e dall'altra, si troveranno nelle migliori condizioni possibili per redigere il verbale dell'incidente, verbale che costituirà uno dei principali elementi probatori affinché il Ministerio Fiscal ed il Giudice d'istruzione possano determinare, in primo luogo, se ci sono indizi di reato, e in secondo luogo, se ricorre o no una responsabilità penale nei soggetti che hanno inadempito le regole di sicurezza e salute sul lavoro. Per questo, si sono stabilite le seguenti misure:

- la Direzione Generale dell'Ispettorato del lavoro, in collaborazione con le Comunidades Autónomas, devono garantire la disponibilità di Ispettori che possano recarsi immediatamente e in qualsiasi momento nei luoghi in cui si sia verificato qualche grave incidente sul lavoro;
- gli Ispettori del lavoro, dopo essere stati avvertiti del grave incidente sul lavoro, devono recarsi immediatamente nel luogo in cui tale incidente è avvenuto, al fine di poter investigare nel modo più corretto possibile.
- gli Ispettori di lavoro, dopo aver compiuto l'indagine sull'incidente, dovranno inviare le relazioni e i verbali al Ministerio Fiscal e al Giudice d'istruzione, ma, una volta cominciato il procedimento penale, questi organi possano sollecitare delle relazioni addizionali. Nelle ipotesi in cui l'Ispettore procedente osservi che, oltre ai lavoratori vittime di incidenti, nel luogo dell'incidente c'erano anche altri lavoratori esposti agli stessi rischi, dovrà evidenziarlo nel verbale che in seguito trasmetterà al Ministerio Fiscal, al fine di permettere a quest'ultimo di valutare se, oltre al reato di risultato (di omicidio o lesioni), concorra anche il reato di pericolo contro la vita, l'integrità fisica e la salute dei lavoratori.

Si è constatato però che le condotte costitutive di un reato di pericolo contro la vita, l'integrità fisica e la salute dei lavoratori sono state penalmente perseguite e condannate soltanto quando hanno causato un incidente sul lavoro. Questo ha consentito che molte di queste condotte restassero nascoste e non venissero inserite nelle statistiche ufficiali sulla criminalità. Questa situazione non può essere ammessa in nessun modo se si vuole veramente lottare in maniera effettiva contro il fenomeno degli incidenti sul lavoro, ed è per quello che costituisce uno degli obiettivi prioritari del Protocollo Quadro è raggiungere, perseguire e condannare adeguatamente questo tipo di condotte illecite criminali di pe-

ricolo.

A tal fine, l'attuazione dell'Ispettorato del lavoro risulta assolutamente decisiva, poiché, dato che il risultato lesivo sulla persona dei lavoratori non si è ancora prodotto, nella maggioranza dei casi, soltanto attraverso l'assolvimento delle sue funzioni di sorveglianza e controllo, l'Amministrazione di giustizia potrà arrivare alla conoscenza di queste situazioni di grave pericolo. Sebbene sia vero che altri soggetti siano legittimati a presentare denuncia contro questo tipo di infrazione penale (i lavoratori esposti al rischio, i loro rappresentanti unitari nell'unità produttiva o i sindacati), in pratica, denunce vengono sporte in pochissimi casi. I motivi si trovano, a volte, nella mancanza di cultura della prevenzione e di una formazione sufficiente per individuare queste situazioni di pericolo, e altre volte, nella paura di subire rappresaglie da parte dell'imprenditore come conseguenza dell'aver presentato la denuncia. In questo contesto, il controllo da parte dell'Ispettorato del lavoro di queste situazioni di grave pericolo per la vita, l'integrità fisica e la salute dei lavoratori acquisisce uno speciale rilievo.

Il primo e fondamentale obbligo che si impone all'Ispettorato in questa ipotesi è quello di comunicare immediatamente al Ministerio Fiscal e al Giudice d'istruzione tutti gli inadempimenti osservati durante l'esercizio delle sue funzioni di vigilanza e controllo che siano gravi e che si trovino tipizzati come infrazioni grave o molto gravi nella *Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*. L'Ispettorato deve informare tali organismi giudiziari di questa classe di gravi inadempimenti anche quando durante l'indagine su un incidente sul lavoro effettivamente già accaduto osservi che altri lavoratori (che devono essere identificati in modo individualizzato) siano esposti agli stessi rischi che hanno causato l'incidente. Questa comunicazione da parte dell'Ispettorato del lavoro al Ministerio Fiscal e al Giudice d'istruzione è importante anche da un altro punto di vista: per evitare la trasgressione del principio costituzionale «*ne bis in idem*» quando i fatti, i fondamenti e i soggetti responsabili siano pienamente coincidenti in tutti i due ambiti. In effetti, la comunicazione dell'Ispettorato eviterà l'inizio o la continuazione di un procedimento sanzionatorio in sede amministrativa fino al momento in cui l'organo giurisdizionale competente si pronuncerà sulla esistenza o no di indizi di reato. Se l'organo giurisdizionale penale arriva alla conclusione che tali indizi non sussistono o, se dopo aver apprezzato la loro esistenza decide di archiviare il procedimento o, se al termine del processo, nella sentenza assolve gli imputati, allora dovrà comunicare la sua decisione all'Ispettorato del lavoro perché, a partire da quel momento, si possa cominciare o continuare in via amministrativa il procedimento per imputare a quei soggetti una responsabilità amministrativa. Oltre a quest'obbligo di comunicazione iniziale, il Protocollo attribuisce all'Ispettorato del lavoro una serie di altri obblighi di collaborazione con gli organi della giurisdizione penale, che si traducono, soprattutto, nella consulenza tecnica al Ministerio Fiscal e la Giudice istruttore.

Tutte le misure che si prevedono nel Protocollo Quadro rispetto al Ministerio Fiscal e al Giudice d'istruzione mirano a garantire, da un lato, che entrambi gli organismi possano disporre di una conoscenza veloce e completa di tutte le infrazioni penali commesse in materia di sicurezza e salute sul lavoro e dall'altro, che entrambi possano adottare i provvedimenti necessari per ottenere e custodire i mezzi di prova che permettano di condannare i soggetti che abbiano realizzato una condotta costitutiva di reato contro la vita, l'integrità fisica e la salute dei lavoratori. In via sussidiaria, si tenta di garantire anche che in tutte le ipotesi nelle quali non sia possibile riconoscere la responsabilità penale dei soggetti contraventori, si possa avviare contro di loro un procedimento amministrativo sanzionatorio, evitando così che questi soggetti rimangano totalmente impuniti.

La maggior parte delle misure di attuazione previste nella sezione dedicata agli incidenti sul lavoro mortali, gravi o molto gravi non risultano una novità, poiché coincidono totalmente con quelle che la *Ley de Enjuiciamiento Penal* dispone con carattere generale per

tutti i casi in cui esistono indizi di infrazione penale. Per questo motivo, meritano di essere messe in luce soltanto due previsioni: quella riguardante la promozione della presenza dei sindacati nei processi riguardanti reati contro i diritti dei lavoratori alla vita, alla integrità fisica e alla salute (in condizione di accusa particolare); e la previsione volta a promuovere l'uso delle nuove tecnologie in questo tipo di processi, con la finalità di renderli più agili e, in questo modo, fornire una tutela giudiziale effettiva.

A questo punto l'obiettivo fondamentale è garantire che il Ministero Fiscal e il Giudice d'istruzione possano arrivare a conoscere questa classe di condotte trasgressive che, malgrado non abbiano provocato ancora nessun danno, rivestono una particolare speciale. Non c'è dubbio che la conoscenza di queste condotte risulta molto più difficile che nelle ipotesi di quelle che invece hanno dato luogo ad un incidente sul lavoro. Lo strumento fondamentale per garantire che l'Amministrazione giudiziaria possa accedere a questa informazione è che, come detto in precedenza, l'Ispettorato del lavoro gliene dia comunicazione nel più breve tempo possibile.

Per raggiungere l'effettività della tutela penale in tutti i casi in cui gli inadempimenti delle norme di sicurezza e salute sul lavoro siano costitutivi di reati non è sufficiente che il Giudice pronunzi una sentenza di condanna contro gli autori di tali condotte. È ulteriormente necessario che la pena imposta sia eseguita in modo effettivo. In caso contrario, il Diritto Penale non assolverebbe alle funzioni ad esso attribuite nell'ambito dell'ordinamento giuridico (non si può dimenticare che l'art. 117.3 Cost. stabilisce che la potestà giurisdizionale comprende il giudizio, ma anche la sua esecuzione). È per questo motivo che, come meccanismo di chiusura, il Protocollo stabilisce misure dirette a garantire che il soggetto condannato penalmente subisca effettivamente le pene comminate nella sentenza. La funzione di garantire l'effettività delle pene è attribuita al Ministerio Fiscal e alla Policía Judicial.

Più in particolare, i provvedimenti stabiliti mirano a garantire l'esecuzione non tanto delle pene principali di privazione di libertà e multa, quanto di quelle pene accessorie che consistono nella inabilitazione – temporanea o permanente – all'esercizio della professione, del mestiere o della carica che il soggetto condannato stesse svolgendo nel momento in cui ha commesso il reato. Si consideri che nei reati contro la vita, l'integrità e la salute dei lavoratori, queste pene accessorie hanno un effetto di dissuasione più importante di quello delle pene principali, dato che l'esecuzione della pena di privazione di libertà, da un lato, risulta abbastanza facile da accertare, e dall'altro, nella maggioranza dei casi viene sospesa per la sussistenza dei requisiti previsti dagli artt. 80 a 87 c.p.

Le misure previste per garantire l'effettiva esecuzione della pena accessoria di inabilitazione all'esercizio della professione, mestiere o carica dei soggetti condannati sono due: la prima, spettante al Ministerio Fiscal, consiste nel reperire presso il Registro Mercantil informazioni precise su tutte le aziende nelle quali l'imprenditore condannato appaia come amministratore delegato o socio. La seconda, applicabile soltanto quando nel Registro di Comercio non risultino tali informazioni, consiste nell'indagare sulla possibilità che se il condannato continui, di fatto, ad esercitare le attività proprie della sua professione, mestiere o carica. Questa indagine deve essere realizzata dalla Policía Judicial, sebbene su commissione del Ministerio Fiscal.

7. È possibile a questo punto, compiere una valutazione del Protocollo Quadro sul piano della sua stipulazione e sul piano del suo contenuto.

In merito alla stipulazione a livello statale di un Protocollo tra tutte le Amministrazioni Pubbliche coinvolte nella lotta contro il fenomeno degli incidenti sul lavoro, attraverso il quale viene fissato un quadro di attuazione coordinata, con la finalità principale e immediata di perseguire e di punire in maniera adeguata quegli inadempimenti più gravi delle norme preventive in vigore, la valutazione non può essere più che positiva. Visto che dopo un'esauritiva analisi empirica è stato messo in chiara evidenza e in forma contundente

che esistono carenze importanti nell'imputazione della responsabilità penale derivante dagli inadempimenti in materia di sicurezza e salute sul luogo di lavoro più gravi, si rendono assolutamente necessarie misure direttamente finalizzate a rimediare a tali carenze. E a maggior ragione, quando queste costituiscono una delle cause che hanno contribuito alla permanenza, nel nostro Paese, di un tasso molto elevato di incidenti sul lavoro.

Per quanto riguarda il contenuto materiale del Protocollo Quadro, la valutazione non può essere altrettanto positiva. Da un punto di vista strettamente formale, dato che il Protocollo è uno strumento di carattere fondamentalmente politico e non giuridico, in molte occasioni risulta troppo astratto e ripetitivo. Inoltre, di solito confonde quelli che sono gli obiettivi perseguiti con le misure di attuazione che si devono osservare per raggiungere tali obiettivi. Tutto ciò si risolve in una mancanza generale di chiarezza, che speriamo non provochi anche un'assenza di effettività pratica dei provvedimenti stabiliti nel Protocollo. Da un punto di vista sostanziale, nel Protocollo possono essere osservati aspetti molto positivi, ma altri meno. Gli aspetti positivi del Protocollo che meritano di essere sottolineati sono i seguenti:

a) la specificazione in modo piuttosto dettagliato delle misure concrete che ogni organismo è chiamato a prendere nei casi di inadempimento più grave delle norme di sicurezza e salute sul luogo di lavoro deve realizzare per coordinarsi con tutti gli altri. Questa specificazione risulta assolutamente necessaria per realizzare il principio di coordinazione interamministrativa, che è il principio al quale devono conformarsi tutte le Amministrazioni Pubbliche (per mandato dell'art. 103 Cost.), e in particolare quelle con competenze in materia di prevenzione dei rischi sul lavoro (secondo il disposto nell'art. 11 della LPRL), dato che costituisce una condizione essenziale per una sua attuazione efficace;

b) la speciale incidenza del Protocollo sull'importante ruolo che assume la Policía Judicial nella individuazione e, soprattutto, nell'indagine delle norme sulla sicurezza e salute sul lavoro, costitutive, allo stesso tempo, di un illecito penale, e anche nel controllo sull'esecuzione delle pene comminate da sentenze passate in giudicato ai responsabili dei reati. E, come non poteva essere diversamente, si insiste anche sulla stretta collaborazione che la Policía Judicial deve mantenere con l'Ispettorato del lavoro per poter adempiere correttamente alle sue importantissime funzioni.

Fra i punti criticabili, potrebbero mettersi in evidenza i seguenti:

a) il Protocollo, a volte, quando stabilisce le misure di attuazione che ognuno degli organismi pubblici implicati nella persecuzione penale degli inadempimenti più gravi in materia di salute e sicurezza sul lavoro deve osservare, in realtà, non fa altro che ripetere, in forma letterale, quello già stabilito prima nelle rispettive norme regolatrici (ad esempio, per quanto riguarda il principio «*ne bis in idem*») e, salvo che si invochi una ragione pedagogica, non sembra che queste ripetizioni così dettagliate abbiano troppo senso;

b) manca l'impegno fermo delle diverse Amministrazioni che hanno firmato il Protocollo di fornire le risorse umane e materiali sufficienti e necessarie affinché ognuna di loro possa svolgere le funzioni assegnate. Risulta criticabile specialmente il fatto che non si faccia nessuna allusione alla formazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro dei membri della Policía Judicial, dei Procuratori e dei Giudici penali. Non c'è nessun dubbio sul fatto che se questi organismi non dispongono di formazione specializzata non potranno esercitare le loro funzioni in modo adeguato, e quindi, neanche potrà raggiungersi l'obiettivo di migliorare l'effettività delle norme di prevenzione dei rischi sul lavoro attraverso una migliore attribuzione della responsabilità penale.

Infine, merita un'obiezione anche il fatto che il Protocollo faccia riferimento soltanto alla necessità di adottare misure dirette a garantire l'esecuzione delle pene accessorie di inabilitazione all'esercizio della professione, del mestiere o della carica, quando il reato commesso provochi la morte o cagioni lesioni al lavoratore, senza prendere in considerazione, tuttavia, che secondo l'art. 318 c.p., questa e altre tipi di pene accessorie possono

essere imposte anche nei reati di pericolo contro la vita, l'integrità e la salute dei lavoratori. Pertanto, sarebbe stato più conveniente estendere le misure orientate a garantire l'esecuzione di queste pene accessorie di inabilitazione anche alle condanne per reati di pericolo giacché, dato il grosso potere di dissuasione che hanno, il Potere Giudiziario potrebbe contribuire in maniera più effettiva alla lotta contro gli incidenti sul lavoro (*ex ante* en non soltanto *ex post*).

Per concludere, si vuole semplicemente aggiungere che, poiché i sindacati più rappresentativi a livello statale (CC.OO. e UGT) hanno aderito a questo Protocollo Quadro, sarebbe molto opportuno che partecipassero attivamente al raggiungimento degli obiettivi in esso fissati. In questo senso, sarebbe importante che i sindacati collaborassero maggiormente con l'Administración de Justicia, soprattutto mettendola a conoscenza degli inadempimenti individuati nelle aziende, sporgendo denuncia. Così i sindacati potrebbero svolgere più adeguatamente la loro funzione di difendere e promuovere gli interessi dei lavoratori riguardanti l'efficace protezione della loro salute e sicurezza sul luogo di lavoro e di esortare anche i propri lavoratori ad esercitare il loro diritto alla salute e sicurezza sul lavoro davanti alla giurisdizione penale, in modo tale che possa essere tutelato effettivamente.

Maria Luisa Martín Hernández
Professore di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Salamanca