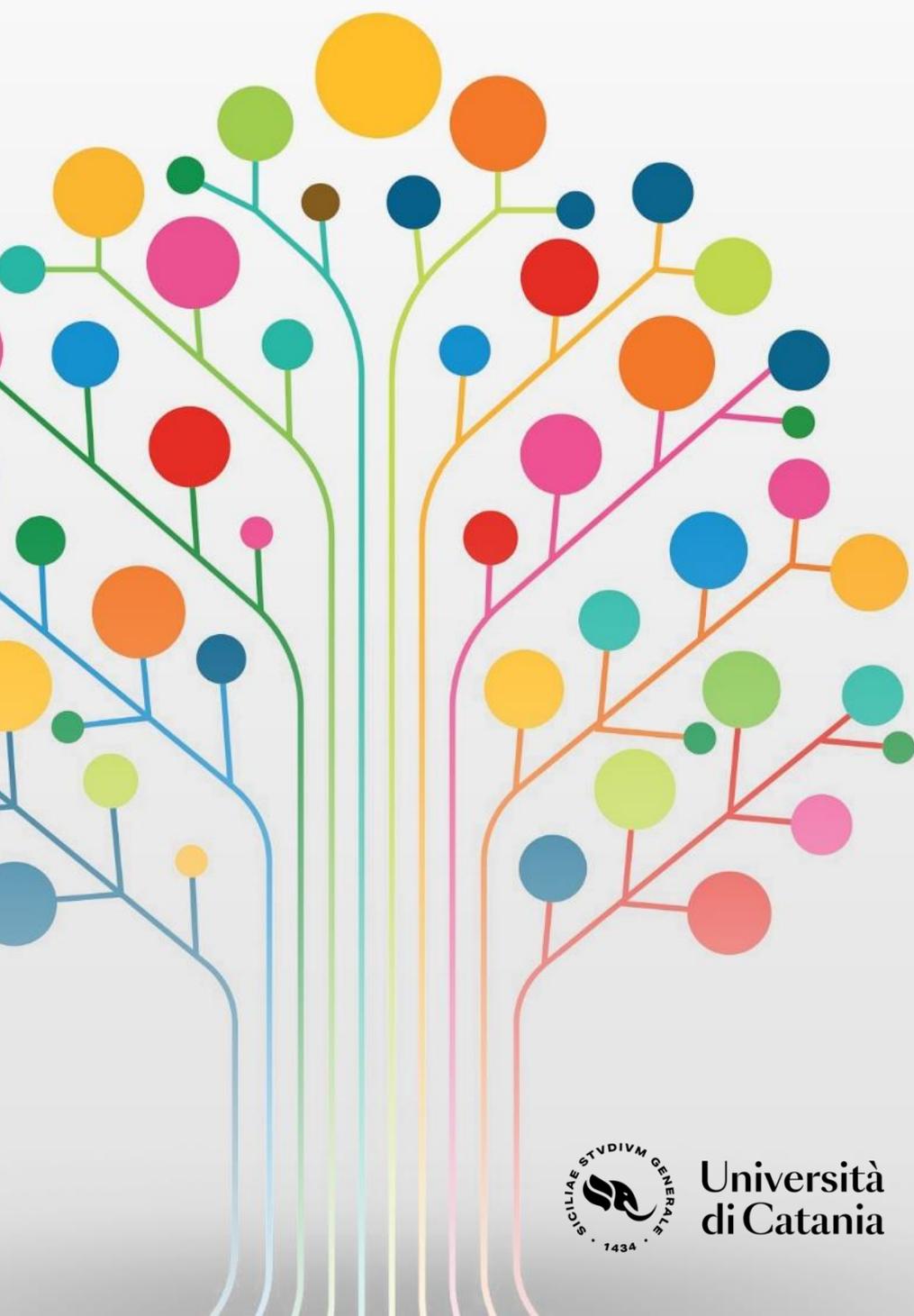


2/2008

20 20 Venti Maggio

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



Università
di Catania



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

Con contributi di

ANNA ALAIMO, Università di Catania

BRUNO CARUSO, Università di Catania

LUCIANA GUAGLIANONE, Università di Brescia

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

EDOARDO ALES, Università di Cassino

ANTONIO LO FARO, Università di Catania

CLEMENTE MASSIMIANI, Università di Catania

GIOVANNI ORLANDINI, Università di Siena

SANDRO MAINARDI, Università di Bologna

LUIGI DE ANGELIS, Corte d'Appello di Milano

ANNA TROJSI, Università di Catanzaro

FRANCO CARINCI, Università di Bologna

GABRIELLA NICOSIA, Università di Catania

SOMMARIO

Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello" Anna Alaimo	1
I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking) Bruno Caruso	38
Il problema delle informazioni riservate (art. 5 d. lgs n.25/07) Luciana Guaglianone	69
Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee Stefano Giubboni	90
Transnational Wages Setting as a Key Feature of a Socially Oriented European Integration: Role of and (Questionable) Limits on Collective Action Edoardo Ales	121
Is a Decent Wage Part of a decent Job? Answers from an Enlarged Europe Antonio Lo Faro	136
Flexicurity and Decent Work in Europe: can they co-exist? Clemente Massimiani	149
Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza Giovanni Orlandini	172
Esternalizzazioni e trasformazione delle Università in Fondazioni. Profili di diritto del lavoro Sandro Mainardi	218
Manovra economica del 2008, efficienza del processo del lavoro, abuso del processo Luigi de Angelis	237
La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche) Bruno Caruso	255
Genetic Data and Labour Law Anna Trojsi	279

Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia Franco Carinci	300
Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la "buona" amministrazione Gabriella Nicosia	322

Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto “aperto” e “multilivello”*

Anna Alaimo

1. Il diritto al lavoro nel sistema di “protezione multilivello” dei diritti fondamentali	2
2. La posizione del diritto al lavoro nel quadro dei principi fondamentali della Costituzione nazionale. Fra vecchie e nuove letture una prima “apertura di significato”	6
3. (segue) Il diritto sociale al lavoro nella Costituzione nazionale e le relative elaborazioni dottrinali	12
3.1. (segue) L’art. 4, comma 1, Cost.: precetto normativo o norma meramente programmatica?	12
3.2. La struttura del diritto al lavoro: diritto bifronte o mero diritto a prestazione?	14
3.2.1 La dimensione “negativa” del diritto al lavoro: la “libertà di lavoro”	14
3.2.2. La dimensione “positiva” del diritto al lavoro: il diritto al lavoro come diritto a prestazione	17
4. Il diritto al lavoro e il diritto del lavoro	19
5. Il diritto al lavoro come diritto sociale di cittadinanza nel sistema di “protezione multilivello” dei diritti fondamentali: una seconda “apertura di significato”	24
6. Il diritto al lavoro nelle Carte europee dei diritti: considerazioni preliminari sulla loro natura giuridica	25
7. Il diritto al lavoro: A) nella Carta sociale	30
7.1. (segue) B) nella Carta comunitaria e nella Carta di Nizza	31
8. (segue) Il contributo interpretativo delle Carte europee dei diritti nella ricostruzione di significato del diritto al lavoro: considerazioni conclusive	36

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 60/2008

1. Il diritto al lavoro nel sistema di “protezione multilivello” dei diritti fondamentali

“La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto” (art. 4, comma 1, Cost.); “1. Ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata. 2. Ogni cittadino dell’Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro. 3. I cittadini dei paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell’Unione”: con questi due enunciati il diritto al lavoro - «esponente di spicco della terza generazione dei diritti fondamentali»¹ e «da sempre primo ed ultimo dei diritti sociali»² - viene solennemente riconosciuto dalla Costituzione nazionale e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (d’ora in poi: Carta di Nizza o semplicemente Carta).

Le due formulazioni sono, come si vede, assai diverse, se non altro per l’enfasi posta, nella prima, sulla cosiddetta *dimensione positiva* del diritto (il diritto al lavoro come diritto a prestazione) e, nella seconda, sulla *sua dimensione negativa* (il diritto al lavoro come libertà di lavoro).

Per questa ragione, fra gli interrogativi che le due disposizioni suscitano – specialmente se lette in comparazione l’una con l’altra – se ne possono isolare alcuni: è possibile istituire nessi e “transiti di significato” dall’una all’altra delle due formulazioni? ed è così possibile realizzare una “apertura” dei significati tradizionalmente riconosciuti al diritto al lavoro enunciato dalla Costituzione nazionale, una “apertura” che lo configuri come «diritto pluridimensionale», «diritto dai contenuti aperti» e, dunque, in definitiva, come diritto sociale “multilivello”³ ?

Rispondere a queste domande impone, innanzitutto, di scartare generali approcci di tipo antagonistico all’incontro tra Diritto del lavoro e Carta di Nizza se è vero – come è vero - che, per il Diritto del lavoro, la Carta non «costituisce un corpo estraneo e dirompente»⁴.

In secondo luogo, richiede un chiarimento sul rapporto tra la Carta, le “tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri” (espressamente richiamate, come è noto, dall’art. 52 della Carta), la giurisprudenza della Corte di giustizia ed il cd. “*ius commune* dei diritti fondamentali”⁵ che ne è derivato.

Se per la maggior parte, i diritti sociali presenti nella Carta di Nizza non sono, infatti, una novità per gli Stati membri, poiché essi derivano dalle tradizioni costituzionali comuni, è anche vero che il loro riconoscimento in altra fonte (nella Carta di Nizza ma, come si vedrà, anche nelle altre Carte europee dei diritti: cfr. *infra*, §§ 5,6,7, 7.1) – assume un rilievo del tutto particolare sotto il profilo della ricostruzione di significato e, dunque, dei “contenuti” che tali diritti (e - per quel che qui interessa - del diritto al lavoro) assumono anche nella prospettiva nazionale.

¹ ROMAGNOLI, *Dal lavoro ai lavori*, *Lav. dir.*, 1997, p. 3.

² TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 513.

³ Si mutuano le ultime due espressioni da FERRERA, *Verso una cittadinanza sociale aperta: i nuovi confini del welfare nell’Unione europea*, *Riv. it. sc. pol.*, 2004, p. 96.

⁴ RUSCIANO, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 892.

⁵ SILVESTRI, *Verso uno jus commune europeo dei diritti fondamentali*, *Quad. cost.*, 2006, p. 7; cfr. anche BRONZINI, PICONE, *La giurisprudenza europea in movimento: luci e ombre nel processo di costruzione di uno jus commune*, *Quest. Giust.*, 2007, sp. p. 124.

Ciò che si proverà ad argomentare – assumendo come punto di osservazione privilegiato il diritto al lavoro – non è soltanto che la Carta non ha una portata meramente “ricognitiva”; che essa non si limita, cioè, a ribadire la maggior parte dei diritti sociali appartenenti alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri⁶ e che è, pertanto, riduttivo disconoscerne la novità sotto il profilo dei *contenuti* dei diritti, individuandolo esclusivamente nella loro *fonte* di riconoscimento⁷. Basterebbe rileggere le due formulazioni riportate all’inizio per rendersene conto.

Si cercherà pure di dimostrare che la Carta, anche laddove riconosce diritti – a prima vista – “nuovi” rispetto a quelli presenti nelle costituzioni nazionali (e nelle tradizioni costituzionali comuni)⁸ – il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato (art. 30) e il diritto all’informazione e alla consultazione (art. 27), per esemplificare due novità rispetto alla nostra Costituzione – incrementa, piuttosto, «le opportunità di processi comunicativi orientati al rafforzamento»⁹ e all’ *arricchimento di significato* dei diritti sociali fondamentali presenti nelle costituzioni nazionali con diverse formulazioni.

Ciò è possibile anche mettendo in comunicazione disposizioni della Carta che, a prima vista, sanciscono diritti fra loro diversi (per esempio, l’art. 15 e l’art. 29, ma anche l’art. 30) e che, nella

⁶ Benché nello stesso Preambolo della Carta si dichiari che essa «riafferma (...) i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall’Unione e dal Consiglio d’Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell’uomo» è innegabile che, nella sostanza, la Carta attribuisca ai diritti un *plusvalore* (l’espressione è di PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea? Appunti preliminari*, *Giur. it.*, 2001 p. 196), che, a nostro avviso, non è soltanto quello della scrittura. Sui probabili effetti della Carta (malgrado il suo carattere di *non-binding document*) anche sulla giurisprudenza della CGCE, all’indomani della sua proclamazione, DE WITTE, *The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Issue?*, *Maastricht Journ. Eur. Comp. Law*, 2001, p. 81.

⁷ Fra i primi a svalutare la novità della Carta e a sottolinearne il valore meramente declaratorio e “ricognitivo”, BRAIBANT, *La charte de droits fondamentaux*, *Dr. Soc.*, 2001, p. 69, membro della stessa Convenzione che ha provveduto alla redazione della Carta; ASHAGBOR, *Economic and Social Rights in the European Charter of Fundamental Rights*, *European Human Rights*, 2004, p. 62. Nella dottrina costituzionalistica italiana v., per tutti, VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e progetto di Costituzione europea*, *Dir. Un. eur.*, 2004, pp. 78-82 (per il quale la Carta non sarebbe stata altro che una “dichiarazione comune” o, al massimo, «un accordo interistituzionale delle tre istituzioni che l’hanno proclamata»), ove ampi riferimenti alla dottrina degli anni 2000-2003 sulla Carta; con qualche maggiore apertura, DE SIERVO, *L’ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell’Unione europea*, *Dir. pubbl.*, 2001, p. 33. Sul valore aggiunto della Carta, sempre all’indomani della sua proclamazione POCAR, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in Id. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea*, Padova, 2001, p. 1179 e; BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *Introduzione*, in AA.VV., *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Il Mulino, 2001, p. 11; MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in MANZELLA, MELOGRANI, PACIOTTI, RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, 2001, p. 29; RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, *ibidem*, p. 57. Una sintesi delle diverse posizioni in CELOTTO, PISTORIO, *L’efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, *GI*, 2005, pp. 427-428. Fra i primi contributi di giuslavoristi, nei quali la soluzione del problema relativo al valore giuridico della Carta veniva, tuttavia, rinviata alla questione del suo inserimento nei Trattati e, dunque, edulcorata nell’auspicio della approvazione del Trattato costituzionale, ARRIGO, *La nuova Carta europea dei diritti fondamentali*, *Lav. inf.*, 2000, n. 23-24, sp. pp. 17-18. Cfr. anche i diversi contributi raccolti nel fascicolo monografico di *Lav. dir.*, 2000, n. 4 (“Una Costituzione per l’Europa”).

⁸ Sulla distinzione fra tradizioni costituzionali *specifiche* dei singoli ordinamenti e tradizioni costituzionali *comuni*, le quali soltanto entrano a comporre il patrimonio dei principi-valori fondamentali dell’Unione, v. RUGGERI, *Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione “multilivello” del sistema delle fonti*, Relazione al Convegno su Multilevel constitutionalism *tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati: ‘nuove’ frontiere per ‘nuovi’ diritti*, Cosenza 19 ottobre 2007, p. 8 (dattiloscritto).

⁹ GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell’Unione europea*, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 28.

prospettiva indicata, possono riverberarsi sul significato di *single* norme della Costituzione nazionale, aggiornandone, per l'appunto, i contenuti (immettendo decisamente, per esempio, nel significato del diritto al lavoro ex art. 4 Cost., il diritto a servizi per l'impiego gratuiti ed il diritto a non essere ingiustamente e arbitrariamente licenziati¹⁰).

Il corredo di diritti presente nella Carta comporta, dunque, solo in alcuni casi il riconoscimento di diritti nuovi¹¹; mentre in altri opera un riversamento di significati nelle disposizioni delle costituzioni nazionali in cui compaiono formulazioni concise o di tenore molto generale.

Non sembra vero, pertanto, che la novità più rilevante della proclamazione dei diritti sociali nella Carta sia visibile *sul piano delle fonti* di riconoscimento, piuttosto che su quello dei contenuti dei diritti e dei significati delle disposizioni che li sanciscono; le novità più rilevanti si colgono, al contrario, proprio su questi due ultimi versanti: sul piano della *teoria dell'interpretazione*, piuttosto che su quello della *teoria delle fonti*.

Per tornare al diritto al lavoro, l'idea che si cercherà di sviluppare, nel prosieguo, muove, così, da una prospettiva teorica emergente tanto in ambito giuslavoristico e costituzionalistico, quanto nel campo della sociologia del diritto e riguardante la ricostruzione di significato e la tutela dei diritti sociali.

Per tale prospettiva, nella ricostruzione dei significati da attribuire ai diritti sociali fondamentali, l'interprete deve favorire l'innestarsi di circuiti comunicativi virtuosi tra le Costituzioni nazionali e le fonti sopranazionali, soprattutto quelle comunitarie, così da rileggere tali diritti nel quadro della "tutela multilivello dei diritti"^{12 13}, considerato che, in tale quadro, il livello comunitario costituisce un punto di riferimento decisivo

Se il diritto al lavoro è un diritto sociale di cittadinanza¹⁴, non vi è dubbio che – anche transitando attraverso tale diritto - si possa muovere, così, non tanto in direzione di un'improbabile cittadinanza sociale post-statuale o post-nazionale, quanto, piuttosto, verso la configurazione di diritti

¹⁰ Analogamente il riconoscimento, nell'art. 27 della Carta di Nizza, del diritto di informazione e di consultazione dei rappresentanti dei lavoratori immette, nel significato del diritto di partecipazione alla gestione delle imprese, riconosciuto dall'art. 46 della nostra carta costituzionale, il diritto al coinvolgimento, nelle forme dell'informazione e della consultazione: cfr., *infra*, nota 16.

¹¹ Si pensi, per es., al diritto alla tutela del consumatore, riconosciuto (sia pure con formulazione ambigua) dall'art. 38 della Carta e del tutto assente nel testo della Costituzione italiana.

¹² Sul generale tema della "tutela multilivello dei diritti" si vedano i diversi contributi raccolti nel volume di AA.VV., *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione* (a cura di BILANCIA, DE MARCO), Giuffrè, 2004; SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 79 (Relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 22-23 ottobre 2004), e, da ultimi, BILANCIA, *le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in <http://www.associazione-deicostituzionalisti.it>, 2006; RUGGERI, *Dinamiche della normazione*, cit.; *Id.*, *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, *Pol. dir.*, 2007, p. 317.

¹³ L'espressione rimanda alla teoria della *Multilevel Constitution* di PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited?* *Comm. Market Law Rev.*, 1999, p. 703; *Id.*, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, *Eur. Law Rev.*, 2002, p. 511) ripresa poi da vari AA. specialmente in sede di commento alle cosiddette "clausole orizzontali" della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.: cfr., per es., CARTABIA, *Sub art. 53*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, 2001, sp. pp. 362-363; GIUBBONI, *Da Roma a Nizza*, cit., pp. 25-26.

¹⁴ Cfr. ACCORNERO, *Il lavoro come diritto e come cittadinanza*, *Lav. dir.*, 1996, sp. pp. 729-732.

sociali “aperti” e “multilivello”¹⁵ e che lo stesso diritto sociale al lavoro possa assumere tali connotati¹⁶.

E, così, possibile «arricchire valore e contenuti della protezione giuridica assicurata nell’ambito del sistema costituzionale a più livelli»¹⁷, innescando circoli virtuosi grazie ai quali i diritti sociali europei – e fra questi e per quel che qui interessa, il diritto sociale al lavoro – si nutrano delle tradizioni costituzionali nazionali, *contribuendo, nello stesso tempo, a reinventarle*¹⁸. Un “circolo armonioso” grazie al quale tali diritti, dapprima alimentati dalle tradizioni costituzionali nazionali, finiscono per essere “rigenerati”, dopo la loro positivizzazione, in ambiente sovranazionale¹⁹.

Si finirà per raccogliere, in sostanza, un utile suggerimento di metodo²⁰: quello per cui – nella lettura combinata delle norme delle Costituzioni nazionali e della Carta di Nizza (ma anche delle altre Carte europee di diritti) è opportuno «dare un *orientamento assiologico* ai processi interpretativi, caricando le formule espressive di diritti di significati comunque concilianti»²¹; ciò al fine di creare, fra le Costituzioni nazionali e la Carta (*rectius*: le Carte), un «*circolo virtuoso*, in cui ciascuna di esse si ricarica senza sosta attingendo *alle altre*»²². Tutto ciò è tanto più possibile quanto più gli enunciati delle Costituzioni e della Carta sono fatti “a maglie larghe” (come, per esempio, avviene per il riconoscimento del diritto al lavoro nella nostra Costituzione nazionale): è proprio in questo caso che significati e interpretazioni possono «transitare dall’uno all’altro enunciato e dall’uno all’altro ordinamento», esprimendo «una straordinaria sensibilità a farsi “impressionare” semanticamente gli uni dagli altri»²³; tutto ciò secondo un «modello dinamico di “integrazione intercostituzionale” orientata ai valori»²⁴, che consente di coordinare in maniera virtuosa i valori costituzionali nazionali e i diritti protetti a livello comunitario²⁵.

¹⁵ Il suggerimento, qui accolto, proviene da FERRERA, *Verso una cittadinanza sociale aperta*, cit., p. 96. Come l’A. sottolinea, globalizzazione ed integrazione europea sono fenomeni idonei a modificare il tradizionale rapporto tra Stato-nazione e cittadinanza sociale ed inducono ad una ridefinizione dei confini della cittadinanza sociale.

¹⁶ Il medesimo suggerimento interpretativo proviene da ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese* (Relazione svolta alle Giornate di studio dell’AIDLASS sul tema “*Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritto di partecipazione alla gestione delle imprese*”, Lecce, 27-28 maggio 2005), *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 373, con riguardo alla disposizione costituzionale sulla partecipazione dei lavoratori nelle imprese (art. 46 Cost.) nella quale, secondo l’A., sarebbe possibile rileggere il termine collaborazione proprio alla luce del nuovo quadro ordinamentale multilivello (pp. 454-455).

¹⁷ GIUBBONI, *Da Roma a Nizza*, cit., p. 28.

¹⁸ SCIARRA, *Global or Re-nationalised? Past and Future of European Labour Law*, in SNYDER (a cura di), *The Europeanisation of Law: the Legal Effects of European Integration*, Oxford, Hart publishing, 2000, p. 275 cit. C. vo nostro.

¹⁹ *Ead.*, p. 269.

²⁰ Il suggerimento proviene da RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Relazione all’incontro di studio su La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 28 febbraio - 2 marzo 2007 (dattiloscritto).

²¹ *Id.*, p. 9.

²² *Id.*, p. 10.

²³ Ancora una volta si mutua l’espressione da RUGGERI, *Quale Costituzione per l’Europa?*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, p. 169.

²⁴ Ancora GIUBBONI, *Da Roma a Nizza*, cit., p. 30, citando, anch’egli, RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale attraverso i diritti umani e prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 544.

²⁵ Uno sfondo teorico all’impostazione seguita nel testo si legge nelle suggestive pagine di FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, 2002, pp. 103 e ss., dedicate al “diritto costituzionale interattivo” e alla frequenza degli “incontri costituzionali” e, cioè, della «possibilità di contatti, conflitti, interferenze» che appaiono sempre più frequenti nello spazio transnazionale e nel tempo della globalizzazione e che avvengono proprio in nome dei diritti. Come scrive l’A., «lungo i percorsi del diritto costituzionale transnazionale, a circolare sono soprattutto questioni di diritti “fondamentali”» (p. 121), mentre le costituzioni,

Tale prospettiva consente – come si vedrà nei paragrafi successivi - una incessante rigenerazione semantica degli enunciati del diritto interno²⁶, proprio in ragione del fatto che la Carta penetra nell'ordine interno permeandone i processi interpretativi.

Per non anticipare ancora sviluppi e conclusioni, è tuttavia opportuno, da questo punto in poi, procedere con ordine, considerando, in primo luogo, la struttura e i significati (dai più tradizionali ai più recenti) dell'art. 4, comma 1, della Costituzione nazionale (§§ 2, 3, 3.1., 3.2, 3.2.1, 3.2.2., 4); ed, in secondo luogo, le più articolate formulazioni del diritto al lavoro presenti nelle Carte europee dei diritti (§ 6), in particolare, nella Carta sociale europea (§ 7) e nella Carta di Nizza (§ 7.1), per riprendere e confermare, alla fine (§ 8), l'ipotesi delineata in questo paragrafo.

2. La posizione del diritto al lavoro nel quadro dei principi fondamentali della Costituzione nazionale. Fra vecchie e nuove letture una prima "apertura di significato"

A differenza del dibattito sul comma 2 dell'art. 4 Cost. – apparso, sin dall'inizio, «marginale ed esangue»²⁷ - quello sul comma 1 è stato, sin dal periodo post-costituzionale, un dibattito ricco e fecondo²⁸, intrecciato a riflessioni più ampie e generali sui valori fondanti della Costituzione repubblicana – quelli della dignità e dell'eguaglianza (art. 3 Cost.), in particolare²⁹ - ma anche i suoi principi cardine - quello personalista e pluralista (art. 2 Cost.), nonché il principio lavorista (ricavabile soprattutto dagli artt. 1 e 4 Cost.)³⁰.

Questa circolarità di principi (espressi dagli artt. 1, 2, 3, comma 2, e 4 Cost.) era già mirabilmente delineata nelle pagine che Costantino Mortati scriveva nel primo decennio post-costituzionale³¹

«dall'essere la terraferma del mondo giuridico, (...) si trovano ad essere a loro volta mobili nelle acque del mondo globale, come continenti trascinati in migrazioni post-glaciali e soggetti a collisioni e derive» (p. 106). Si assiste, così, «alla composizione di numerosi fili di natura costituzionale, che, variamente intrecciati, accostati e combinati, determinano una tessitura costituzionale ininterrotta e sempre più estesa nel globo» (p. 114), una sorta di vero e proprio «puzzle costituzionale, ricavato (...) dall'accostamento di pezzi diversi» (p. 120).

²⁶ Sotto altre spoglie, lo stesso suggerimento si rinviene in alcune riflessioni sui contenuti dei diritti fondamentali, compiute nell'ambito della sociologia del diritto; si è scritto che tali diritti, «anche quando sono enumerati nelle carte costituzionali o in documenti scritti (...) non accettano di farsi congelare» in un unico significato. Essi, pur trovando «proiezione nella scrittura, specie costituzionale, pretendono di collocarsi *al di sopra o al di là* della scrittura, di non derivare da essa, di vivere di vita propria», secondo un'idea di "proceduralità" che li contraddistinguerebbe e che equivale ad «apertura di significato», «incompletezza», «potenziale nuova elaborazione»: FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., anche se con maggiore riguardo ad altri diritti fondamentali (per es., al diritto a non subire discriminazioni), piuttosto che ai diritti *sociali* fondamentali. Le citazioni compiute nel testo sono tratte dalle pp. 142-143 e 144.

²⁷ Così MANCINI, *Sub art. 4 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di BRANCA), Zanichelli – Soc. Ed. Foro italiano, 1976, p. 247. Sin dal periodo post-costituzionale non mancano, tuttavia, specifiche considerazioni del profilo riguardante il dovere di lavorare. Si vedano, per es., MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, *Dir. lav.*, 1954, I, pp. 157-160 e ancora MANCINI, *Sub art. 4 Cost.*, cit., pp. 247 e ss.

²⁸ Cfr., oltre al lavoro monografico di MAZZIOTTI M., *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, 1956, gli studi cit. alla precedente e alle successive note.

²⁹ Ciò vale, soprattutto, per le letture che dell'art. 4 hanno dato i costituzionalisti. Per una rilettura recente, in questa prospettiva, v. APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Giuffrè, 2005, sp. pp. 66 e ss. ove ampi i riferimenti alle connessioni tra il primo comma dell'art. 4 e gli artt. 2 e 3 Cost.: tra il bene lavoro ed il valore della dignità della persona, da una parte, ed il principio di uguaglianza, dall'altra.

³⁰ Su tale trama di principi, si veda, da ultima, BIFULCO, *L'invulnerabilità dei diritti sociali*, Jovene, 2003, sp. capp. I e II. Cfr. pure il recente contributo di MARTINI, *Il lavoro tra diritto e libertà individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 173.

³¹ MORTATI, *Il diritto al lavoro nel sistema dei principi costituzionali*, in *La disoccupazione in Italia, Studi speciali, Atti della Commissione parlamentare di inchiesta sulla disoccupazione*, Vol. IV – Tomo I, Roma, 1952, pp. 79 e ss.; *Id.*, *Il lavoro nella Costituzione*, cit. Per una recente rivalutazione dei principi costituzionali riguardanti il lavoro, sollecitata dalla rilettura del secondo dei due saggi di Mortati cit.,

e nelle quali, ancor oggi, è possibile scorgere un suggerimento di grande utilità: quello per cui l'esatto valore giuridico da attribuire al diritto al lavoro va apprezzato considerandolo «non isolatamente ma nell'insieme delle altre enunciazioni costituzionali» di principio³². Tra queste ultime, l'enunciato sul diritto al lavoro occupa, infatti, una «posizione intermedia, posto come è fra alcune proposizioni più generali che rispetto ad esso compiono una funzione di presupposto, ed altre più particolari le quali possono considerarsi integrative del diritto al lavoro»³³.

Ed infatti, fondamentale presupposto dell'art. 4 è, innanzitutto, l'art. 1: il lavoro - inteso in un senso generalissimo (e, cioè, come ogni attività o funzione che concorra al progresso materiale della società)³⁴ - è assunto a base dello Stato³⁵. Si è accolta, con ciò «una concezione generale della vita secondo la quale deve vedersi nel lavoro la più efficace affermazione della personalità sociale dell'uomo», nonché il suo valore più comprensivo e significativo³⁶. Ed è per tale ragione che il principio dell'art. 1 «è uno di quelli che (...) si possono chiamare di "unificazione dinamica dell'intero sistema di diritti"»³⁷.

Ma, altro importante presupposto dell'art. 4 Cost. è l'art. 2 Cost. ed, in particolare, il principio personalistico che vi è espresso e che assicura – attraverso la garanzia dei diritti inviolabili – lo svolgimento della personalità.

Come già spiegava Mortati, il nesso tra l'art. 2 e l'art. 4 Cost. si coglie anche nel parallelismo della loro struttura: alla correlazione, posta dal primo dei due articoli «fra diritti individuali e doveri di solidarietà» fa riscontro, nel secondo, la posizione, prima del diritto (comma 1) e poi del dovere di lavoro (comma 2), secondo un'esigenza che è, del resto, intrinseca alla stessa concezione del lavoro inteso come valore *sociale* - oltre che come valore *personale* - fondamentale³⁸.

Ma, quel che più rileva, è che il nesso tra il principio personalistico di cui all'art. 2 e il diritto al

v. ROMAGNOLI, *Costantino Mortati*, in *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione"*, (atti della Giornata di Studio, Siena 31 gennaio 2003), Giuffrè, 2005, p. 105; NOVELLA, *Costantino Mortati e il diritto al lavoro. Brevi considerazioni*, *ibidem*, p. 221.

³² MORTATI, *Il diritto al lavoro nel sistema*, cit., p. 79.

³³ «...in quanto da una parte prescrivono le condizioni nelle quali deve svolgersi il lavoro che è da assicurare ad ognuno, e dall'altra tracciano gli orientamenti indicativi delle vie da percorrere per rendere in tutto effettivo il godimento del diritto»: *ibidem*.

³⁴ Sulla pluralità di significati con cui l'espressione lavoro è stata adoperata dalla Costituzione specialmente MAZZIOTTI M., *Lavoro (diritto costituzionale)*, *Enc. dir.*, Giuffrè, 1973, pp. 339 e ss.; ma v. pure GIANNINI M. S., *Rilevanza costituzionale del lavoro*, *Riv. giur. lav.*, 1949-50, I, pp. 3 e ss.; MORTATI *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 154 e, da ultimo, GAROFALO D., *Formazione e lavoro*, pp. 34-44. Sul punto non vi è, tuttavia, omogeneità di posizioni in dottrina: mentre, ad es., per MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 154, sono identiche le accezioni del termine lavoro all'interno dell'art. 1 e dell'art. 4, comma 2, Cost. ed è diverso il senso dell'espressione all'interno dell'art. 4, comma 1, per MAZZIOTTI M., *Lavoro (diritto costituzionale)*, cit., p. 340, poiché la Costituzione parla di un solo diritto, «anche concepito in senso positivo, cioè come diritto a lavorare, il diritto al lavoro non può avere oggetto diverso (...) sicché anche in tal senso, il lavoro va concepito nell'ampio significato» di qualsiasi attività diretta allo scambio di beni o servizi; l'A. non vede quale ragione impedisca, così, di considerare come adempimento dell'obbligo imposto ai pubblici poteri dall'art. 4, comma 1, «anche l'azione da essi svolta per moltiplicare il numero degli artigiani, dei professionisti, degli imprenditori» e, dunque, di ritenere che l'art. 4, comma 1, si riferisca tanto al lavoro subordinato quanto a quello autonomo (p. 344).

³⁵ Cfr., da ultimo, SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, *Riv. giur. lav.*, 2007, I, sp. pp. 426-429.

³⁶ MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 152.

³⁷ *Id.*, p. 153. Riprendendo l'A., l'art. 1 può, pertanto, essere considerato «come caratterizzante il tipo di Stato cui si è voluto dar vita», mentre coordinando l'art. 1 con l'art. 3, comma 2, appare chiaro che il valore lavoro è «l'elemento fondamentale dell'ideologia politica informatrice dell'intero assetto statale» (*ibidem*). Anche secondo RICHARD, *Il "diritto al lavoro" come fenomeno giuridico*, *Riv. dir. lav.*, 1949, I, è stretto il nesso tra l'art. 4 e l'art. 1 Cost., essendo il primo una specificazione del secondo (pp. 76-77).

³⁸ Ancora MORTATI *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 156.

lavoro di cui all'art. 4 Cost. è sintonico al collegamento tradizionalmente istituito dalla dottrina (specialmente da quella costituzionalista) tra *tutti* i diritti sociali e il principio dei diritti inviolabili della persona. Si tratta di un collegamento che, per quanto riguarda il diritto sociale al lavoro, si è recentemente rivelato particolarmente fecondo nella prospettiva di una rilettura dell'art. 4 in chiave di garanzia dell' "essere" più che dell' "avere" e, cioè, in chiave di «garanzia costituzionale della "persona sociale"»³⁹.

Infine, sin dagli studi classici, il diritto al lavoro è stato letto in connessione con l'art. 3 Cost.⁴⁰ e, pertanto, inteso come eguale diritto di accesso alle occasioni lavorative offerte dal mercato e, cioè, come «diritto a che sia assicurata l'uguaglianza delle occasioni di lavoro». In questo senso il diritto in parola è stato inteso, come «particolare modo di esplicarsi del principio di uguaglianza, cioè come diritto a pretendere che le occasioni di lavoro siano offerte a tutti, senza discriminazioni diverse da quelle che derivano dalla capacità di ciascuno alla prestazione di lavoro richiesto»⁴¹.

Sin qui – e sia pure in sintesi – i nessi tra le disposizioni costituzionali di principio indagati dalla dottrina del periodo post-costituzionale.

Ma quel che preme sottolineare è che tali connessioni si rilevano di estrema attualità anche se si tentano letture "nuove" del disposto costituzionale sul diritto al lavoro.

Se è vero che «mai come ora (...) i giuristi avvertono il bisogno di spazi di discussione aperti, in ordine ai valori costituzionali, privi di dogmatismi formalistici» e che «negli ordinamenti pluralistici del nostro tempo, non è più proponibile l'idea di un diritto costituzionale che affidi ai giuristi esclusivamente il compito di confermare l'immutabilità di alcuni principi giuridici, fissati una volta per tutte, attraverso la scrittura di una carta», è anche vero che la discussione sui valori costituzionali va costantemente rinnovata poiché «il solo modo per tenere vivi i valori costituzionali è quello di fare riferimento ad essi come realtà vitali»⁴² e che, pertanto, i dati testuali, pur costituendo una parte rilevante dell'esperienza giuridica, alla quale ogni giurista fa riferimento, non possono essere isolati dai rispettivi contesti sociali nel cui ambito acquistano significato⁴³.

Alla luce di tali considerazioni, l'art. 4 Cost. può, pertanto, essere *nuovamente* letto, in primo luogo, in connessione all'art. 2 Cost. e, cioè, come «norma fondante di un diritto allo sviluppo

³⁹ Così già D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, Riv. giur. lav., 1999, I, p. 22, in una delle prime "riletture" di fine secolo del diritto al lavoro.

⁴⁰ Su tale nesso v., per tutti, BALDASSARRE, *Diritti sociali*, Enc. giur. Treccani, 1989, pp. 10-11. Per letture precedenti, MAZZIOTTI, *Lavoro (diritto costituzionale)*, cit., p. 343, per il quale, nella Costituzione italiana, il fondamento dei diritti sociali deriva dal precetto dell'uguaglianza sostanziale espresso all'art. 3, comma 2; RICHARD, *Il «diritto al lavoro» come fenomeno giuridico*, cit., pp. 78-79. Il nesso, pur essendo poco sviluppato, è riferito anche da CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, Riv. giur. lav., 1951, I, p. 164. Cfr., più recentemente, PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, 2001, sp. pp. 123-124 per la quale l'art. 3, comma 2, rappresenta il basilare fondamento e ancoraggio costituzionale dei diritti sociali; GROSSI P., *Qualche riflessione per una corretta identificazione e sistemazione dei diritti sociali*, in *Studi in onore di M. Grandi*, Cedam, 2005, sp. pp. 319-321.

⁴¹ Sempre MORTATI, *Il diritto al lavoro nel sistema*, cit., p. 82.

⁴² Le citazioni sono tratte da CERVATI, *A proposito di metodi valutativi nello studio del diritto costituzionale*, Dir. pubbl., 2005, pp. 717-718.

⁴³ *Id.*, p. 723.

della *personalità attraverso il lavoro*»⁴⁴.

Si è scritto che «chi non lavora non ha, ma soprattutto non è»⁴⁵, poiché il lavoro non è soltanto attività che affranca dai bisogni materiali, «ma è soprattutto il mezzo insostituibile (...) di espressione e di realizzazione degli esseri umani»⁴⁶, della personalità umana nel suo nucleo essenziale e intangibile⁴⁷.

Al pari dell'art. 35, comma 2 - sul diritto alla formazione e all'elevazione professionale dei lavoratori⁴⁸ – il diritto al lavoro può essere, pertanto, considerato un fondamentale strumento di realizzazione della personalità e di esplicazione della libertà effettiva della persona di perseguire il proprio, personale progetto di vita⁴⁹.

Un diritto attraverso cui la persona si realizza ed asseconda se stessa, le sue capacità, le sue idee, l'attuazione della sua progettualità. Un diritto che per essere soddisfatto implica, dunque, che si realizzi piena sintonia tra le caratteristiche specifiche del lavoratore e i requisiti richiesti per lo svolgimento di una determinata attività lavorativa; che vi sia, pertanto, una «valutazione soggettiva di segno positivo (grado di soddisfazione personale) di tali caratteristiche ad opera del singolo lavoratore».

Misure di incremento occupazionale che trascurino il profilo della “qualità” dei posti di lavoro in aumento, generando occupazioni precarie e carenti sotto il profilo della protezione, ma anche della «sintonia tra le caratteristiche specifiche del lavoratore e i requisiti richiesti per svolgere quell'attività»⁵⁰, non fornirebbero, infatti, la garanzia della dignità sociale dell'individuo e della sua piena integrazione sociale; negherebbero l'effettivo soddisfacimento del diritto di cui si discute.

⁴⁴ ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, 2004, p. 3, richiamando GIUGNI, *Qualifica, mansioni e tutela della professionalità*, *Riv. giur. lav.*, 1973, I, pp. 4 e ss. Già da MORTATI, *Il diritto al lavoro nel sistema*, cit., p. 83, il diritto al lavoro veniva ricondotto alla categoria dei “diritti di personalità”. In generale, per una recente sottolineatura della «carica personalistica» della Costituzione, SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., sp. pp. 426 e 429.

⁴⁵ ROMAGNOLI, *Dal lavoro ai lavori*, cit., p. 3.

⁴⁶ SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, 2000, p. 47.

⁴⁷ SILVESTRI, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il sindacato e la riforma della Repubblica*, Ediesse, 1997, p. 78.

⁴⁸ Sul quale ci si limita a rinviare ai recenti contributi di CARUSO, *Occupabilità, formazione e “capability” nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, Relazione presentata al Congresso nazionale AIDLASS (Cagliari 1-3 giugno 2006), *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 1; CARUSO, COMANDÈ, *La formazione e il “lavoro di qualità”: la prospettiva europea*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Ghera*, Cacucci, 2008, in corso di pubblicazione; ALESSI, *Professionalità e contratto*, cit., sp. pp. 7 ss; LOY, *La professionalità*, *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, sp. pp. 773 e ss.; oltre che al fondamentale commento di NAPOLI, *Sub art. 35, co. 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di BRANCA), Zanichelli, 1979, p. 19.

⁴⁹ Così CARUSO, *Occupabilità, formazione*, cit., pp. 39 e ss., nella prospettiva generale della rilettura del diritto alla formazione di cui all'art. 35, comma 2, Cost. e alla luce delle teorie della *capability*. Sul nesso fra diritti sociali a *capabilities* v. già DEAKIN, WILKINSON, “*Capabilities*”, *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, *Dir. merc. lav.*, 2000, p. 317.

⁵⁰ La questione del “lavoro di qualità” e della natura dei posti di lavoro da creare è stato affrontato in modo organico dalla Commissione europea con la Comunicazione “*Politiche sociali e del mercato del lavoro: una strategia d'investimento nella qualità*” [COM (2001) 313 def.] dalla quale sono tratte le citazioni riportate nel testo; sul tema v. BOTTA, *Coesione sociale, qualità del lavoro, flessibilità e governance*, *Riv. giur. mezz.*, 2005, p. 205; FREY *Qualità del lavoro e sicurezza dell'occupazione in Europa*, *Quad. ec. lav.*, 2005, suppl. del n. 83-84, p. 1; FREY, PAPPADÀ, *Qualità del lavoro e strategie formative*, *ibidem*, p. IX; RAVELLI, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 88, il quale affronta il tema del “lavoro di qualità” nella prospettiva della SEO.

Occorre, dunque, intendere il diritto al lavoro come diritto ad un “lavoro di qualità” e ad un “lavoro decente”⁵¹; ma anche come diritto ad un “lavoro adeguato” - per usare la terminologia inglese, ad un *suitable employment* -; una nozione, quest’ultima, alla luce della quale vanno anche considerati i programmi pubblici di *workfare*, ovvero le cosiddette politiche di attivazione (*activation policies*)⁵², che prevedano la perdita di indennità e sussidi nei casi di rifiuto di un’offerta di lavoro “adeguato”⁵³.

Com’è stato, del resto, osservato, è proprio questa la ragione per cui il diritto al lavoro è differenziabile dal diritto ad avere un reddito, per il cui soddisfacimento non rilevano i vantaggi non pecuniari derivanti dal lavoro: offrire uno sbocco per realizzarsi individualmente; essere fonte di stima da parte di altri e quindi anche da parte propria; fornire contatti sociali, dare un ordine alla vita di ogni giorno, etc.⁵⁴.

Si tratta di una (ri)lettura che riceve conferma da un altro suggerimento - riguardante, questa volta, i nessi tra l’art. 1, comma 1, e l’art. 2 Cost. - secondo cui nella stessa espressione “fondata sul lavoro”, impiegata nel primo dei due articoli, «occorre intendere la parola “lavoro” come una sineddoche (...), cioè quale espressione della persona umana, portatrice dei valori riconosciuti dall’art. 2»⁵⁵.

Ma l’art. 4 Cost. può anche essere (ri)letto come pretesa alla eguaglianza (non discriminazione) nell’accesso al lavoro⁵⁶, cioè come garanzia dell’eguaglianza (formale e sostanziale) delle persone nei confronti del lavoro disponibile; tanto è vero che tra gli strumenti atti ad assicurare questo particolare aspetto del diritto andrebbero compresi una tutela antidiscriminatoria specifica

⁵¹ Il tema del “lavoro decente” è fra quelli maggiormente al centro dell’attenzione dell’OIL da ormai più di un lustro (cfr., fra i primi interventi, la Relazione del Direttore generale alla 92ª sessione della Conferenza internazionale del lavoro, Ginevra, 2004, e, più recentemente, il *Forum on Decent Work for a Fair Globalization*, svoltosi a Lisbona dal 31 ottobre al 2 novembre 2007; per entrambi v. <http://www.ilo.org>); il tema è stato, recentemente, ripreso dalla Commissione europea [cfr. la COM (2006) 249 def. “*Promuovere la possibilità di un lavoro dignitoso per tutti: Contributo dell’Unione alla realizzazione dell’agenda per il lavoro dignitoso nel mondo*”]. Sull’argomento v., in dottrina, SUPLOT, *Azione normativa e lavoro decente. Prospettive nel campo della sicurezza sociale*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 627; GAJA, *Per un lavoro decente: il posto dei diritti fondamentali nell’economia mondiale*, *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 765.

⁵² L’espressione - tratta dal gergo comunitario (cfr. MASSIMIANI, *Alcuni riferimenti recenti sulle “misure di attivazione” nella SEO; Annesso B* alla relazione di CARUSO, *Occupabilità, formazione*, cit., *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 105) - è ormai ampiamente utilizzata negli studi sociologici; si vedano, in particolare, i diversi contributi pubblicati sul fascicolo n. 1 della *Riv. pol. soc.*, 2005 e, segnatamente, quelli di VALKENBURG, *Verso l’individualizzazione delle politiche di attivazione? Un’introduzione*, p. 7; VAN BERKEL, *La diffusione degli approcci individuali nelle politiche europee di attivazione. Alcune conclusioni*, p. 233; BONVIN, FARVEQUE, *Occupabilità e capability: il ruolo delle agenzie locali nell’attuazione delle politiche sociali*, p. 47.

⁵³ Sulla nozione di *suitable employment* e sulla questione cui si fa cenno nel testo si vedano FREEDLAND, COUNTOURIS, *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l’impiego in Europa*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, *passim*, ma sp. pp. 581 ss.; cfr. anche ALES, *Libertà e “uguaglianza solidale”: il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, *Dir. lav.*, 2000, p. 113.

⁵⁴ ELSTER, *Esiste (o dovrebbe esistere) un diritto al lavoro?*, *Stato merc.*, 1987, pp. 17-18. Tali vantaggi costituiscono “l’altra faccia della medaglia” dei danni non pecuniari provocati dalla disoccupazione, individuati, come tali, dagli studi sulla psicologia della disoccupazione: *Id.*, p. 22.

⁵⁵ MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell’uomo e doveri di solidarietà*, in *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale* (a cura di Napoli), Vita e pensiero, 1998, p. 7.

⁵⁶ D’ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione*, cit., p. 17, ripreso, ora, da GAROFALO D., *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L’occupabilità*, Cacucci, 2004, p. 77.

nell'accesso al lavoro, nonché misure di riequilibrio selettivo, attraverso azioni positive⁵⁷ ed, in generale, «misure promotive e innovative, che *diano* concretezza alla pretesa al riequilibrio dei punti di partenza rispetto al lavoro»⁵⁸.

Il diritto al lavoro va, pertanto, ricondotto, in primo luogo, *al concetto di persona*, in sintonia con l'idea che gli artt. 1, 2, 3, comma 2, 4 e 41, comma 2, costituiscono un coacervo di norme che «conferiscono al lavoro una posizione di segno distintivo dello sviluppo della personalità dell'uomo, nell'ambito della libertà e della pari dignità»⁵⁹.

Tutt'oggi, il senso ultimo delle letture riferite (tanto di quelle "classiche", quanto di quelle più recenti) – che è quello di posizionare il diritto al lavoro nella trama dei principi fondamentali della Costituzione nazionale allo scopo di apprezzarne il significato nel loro quadro di insieme – merita, dunque, e per quanto più possibile, di essere valorizzato.

Ciò consente, infatti, di dotare la norma sul diritto al lavoro di una prima, significativa, "apertura di significato": essa dipende non soltanto dalle connessioni in sé istituibili tra l'art. 4, comma 1, e le altre norme costituzionali di principio, ma anche e soprattutto, dalla *elasticità* dei contenuti che possono essere forniti a tali connessioni e dunque, in definitiva, dalla *possibilità di attualizzarle*.

Dire, così, che il riconoscimento del diritto al lavoro è un logico svolgimento della proclamazione dei diritti inviolabili attraverso cui si esplica la personalità umana (art. 2 Cost.), può voler dire, oggi, che il diritto al lavoro è «un mezzo essenziale per perseguire, innanzitutto, la "libertà effettiva" della persona di costruire un proprio progetto» di vita e, cioè, di dare alla propria esistenza il corso che si ritenga più opportuno⁶⁰. Può voler dire, pertanto, che il concreto soddisfacimento del diritto impone di tenere conto della «persona situata e contestualizzata»⁶¹ che sia in cerca di (prima o di nuova) occupazione nel mercato del lavoro, apprestando, da un lato, politiche del lavoro con «una caratterizzazione *capability friendly* e antidiscriminatoria della legislazione che veicola le politiche, non focalizzata solo sulla domanda ma anche sui bisogni individuali dell'offerta»⁶² e, dall'altro, azioni e servizi di orientamento e di inserimento nel lavoro *personalmente* adeguati.

Analogamente, dire che la garanzia del diritto al lavoro si lega al principio di eguaglianza può (e deve) significare, oggi, conciliare tale valore «col riespandersi dell'auto-realizzazione e dell'auto-determinazione» dell'individuo⁶³ e, pertanto, ammettere che il soddisfacimento di tale diritto possa essere realizzato – attraverso l'azione legislativa - (anche) tramite l'eguagliamento dei punti

⁵⁷ *Id.*, p. 79, riprendendo ancora D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione*, cit.

⁵⁸ Sempre GAROFALO D. *Formazione e lavoro*, cit., p. 77. Sul legame tra (diritto al) lavoro ed eguaglianza sostanziale pure ROMAGNOLI, *Dal lavoro ai lavori*, cit., per il quale «la mancanza di lavoro apre la lista degli ostacoli di ordine sociale che, "limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini" ne impediscono "l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del paese"».

⁵⁹ BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984, p. 103.

⁶⁰ Ancora SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia*, cit., p. 48.

⁶¹ Così ancora CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability"*, cit., con più specifico riguardo al diritto alla formazione, ma con una significa estensione della prospettiva teorica della *capability* anche al diritto al lavoro, p. 46.

⁶² *Id.*, p. 23.

⁶³ ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino, 1995, p. 205.

di partenza, attribuendo a ciascuno la «pari opportunità di scegliere e di mantenere (...) la propria differente identità», nonché «il proprio personale progetto di vita»⁶⁴.

3. (segue) Il diritto sociale al lavoro nella Costituzione nazionale e le relative elaborazioni dottrinali

Ambiguamente definito nella relazione al progetto di Costituzione, come un “diritto potenziale”⁶⁵, il diritto sociale al lavoro è stato ricostruito, nel dibattito giuridico nazionale, da angoli prospettici differenti.

Se è vero che le letture che se ne sono date non sono rigorosamente collocabili né entro periodi, né entro ambiti disciplinari determinati e separabili - poiché tanto gli uni, quanto gli altri presentano intrecci e sovrapposizioni - è anche vero che esse sono, in qualche modo, schematizzabili in considerazione delle diverse prospettive dalle quali sono state condotte. Se ne propone, pertanto, una tripartizione.

3.1. (segue) L'art. 4, comma 1, Cost.: precetto normativo o norma meramente programmatica?

La prima lettura – di ascendenza più strettamente costituzionalistica – è quella che riguarda la *natura del precetto* contenuto nell'art. 4, comma 1, Cost.

In una prima fase interpretativa si è tentato di relegare l'art. 4, comma 1, nell'ambito delle norme meramente programmatiche e di indirizzo⁶⁶ per via del (l'implicito) rinvio al legislatore ordinario del profilo relativo alla attuazione del diritto; un profilo che la stessa Corte costituzionale ha, in più occasioni, avuto modo di sottolineare⁶⁷.

Sono successivamente prevalse letture favorevoli a rinvenire nella disposizione in questione contenuti marcatamente precettivi⁶⁸, benché, anche recentemente, non siano mancate sottolineature del suo carattere meramente programmatico⁶⁹.

Da un punto di vista generale, si è chiarito, innanzitutto, che una norma assume caratteri e contenuti precettivi, «non soltanto quando sia azionabile nei confronti di un determinato soggetto, ma altresì quando importi un vincolo nei confronti del potere legislativo, finendo così per “dettare” una norma di principio da sviluppare progressivamente ad opera del legislatore»⁷⁰. «Il fatto

⁶⁴ D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, Relazione al X Congresso nazionale dell'AIDLASS, Udine, 10-12 maggio 1991, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 486 e ancora ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 212.

⁶⁵ Cfr. APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale*, cit., pp. 60-61.

⁶⁶ Cfr., in particolare, RICHARD, *Il «diritto al lavoro» come fenomeno giuridico*, cit., sp. pp. 77 e 82.; SIRCHIA, *Lavoro (diritto al)*, *Nov. dig. it.*, Utet, vol. IX, 1963, p. 525.

⁶⁷ Le diverse pronunce in cui la Corte ha precisato che l'art. 4, comma 1, Cost. è una norma di indirizzo politico, alla cui attuazione deve provvedere, in primo luogo, il legislatore ordinario sono elencate, fra gli altri, da BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., p. 15.

⁶⁸ Cfr. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., p. 15. In maniera del tutto condivisibile, l'A. critica le opinioni che «appiattiscono il problema dei diritti sociali su quello delle norme “programmatiche”», riducendo, in tal modo, il problema della garanzia dei diritti sociali a quello di tali norme (pp. 31-32).

⁶⁹ Specialmente LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Giappichelli, 2000, p. 5, per la quale l'art. 4, comma 1, Cost. è una di quelle norme che prescrivono al legislatore di perseguire, mediante la legislazione ordinaria, un determinato scopo; mancherebbero, tuttavia, congegni atti a costringerlo a realizzare gli scopi prescritti, a parte il rimedio del possibile sindacato di costituzionalità su eventuali leggi incompatibili con la norma programmatica (p. 113).

⁷⁰ Ancora APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale*, cit., p. 85.

di affidare il compito della promozione effettiva di un diritto sociale ai pubblici poteri non costituisce un argomento incontrovertibile a favore della non precettività (...), a meno di non voler considerare la gran parte dei diritti sociali quali mere norme programmatiche, vista la frequenza con cui il Costituente ha ritenuto necessario l'intervento del legislatore per l'effettiva realizzazione dei diritti»⁷¹.

Con riguardo specifico all'art. 4, comma 1, si è, così, chiarito che benché diritto al lavoro non significhi diritto ad un posto e benché, dunque, non si tratti di un diritto soggettivo che consente al cittadino di avanzare una pretesa, azionabile in giudizio⁷², di ottenere un posto di lavoro⁷³, ciò non significa che la disposizione non possieda un contenuto precettivo⁷⁴. L'esclusione di una pretesa immediatamente azionabile in giudizio non è di per sé sufficiente ad escludere la natura precettiva della disposizione⁷⁵, che appare, invece, legata alla circostanza che la norma contiene, comunque, la garanzia costituzionale di un diritto⁷⁶ e non si limita, come tante altre, a prevedere

⁷¹ BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti*, cit., p. 156.

⁷² La questione si aggancia a quella – più generale e discussa – della difficile “giustiziabilità” dei diritti sociali; una caratteristica, quest'ultima, che ha fatto persino dubitare della loro natura di situazioni giuridiche soggettive in senso proprio (in tal senso BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritti sociali*, *Nov. Dig. It.*, Utet, p. 760). Per una recente messa a punto di tale questione v. APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale*, cit. pp. 15 e ss. La frequente non giustiziabilità dei diritti sociali è evidenziata anche dalla Relazione del Comitato Simitis sui diritti fondamentali, del 1999, in *Foro it.*, 1999, V, c. 350 e ss., nella quale si sottolinea come ai diritti sociali direttamente esigibili in via giudiziaria (qual è il caso del diritto a non subire discriminazioni) si affianchino diritti che sono, in sostanza, “obiettivi politici fondamentali” (c. 356).

⁷³ Già in questo senso CRISAFULLI, *Appunti preliminari*, cit., pp. 166-168; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 161; MICCIO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966; MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956; SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto al lavoro*, Milano, 1958; GIUGNI, *Il diritto al lavoro nella Costituzione*, in Livorsi (a cura di), *Stato e Costituzione*, Venezia, 1977. Nello stesso senso si è esprimeva, sin dagli anni sessanta, anche la Corte costituzionale, per la quale la norma sul diritto al lavoro «non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione» (Corte cost. 9 giugno 1965, n. 45, leggibile, fra l'altro, in *Giur. cost.*, 1965, p. 633); altre pronunce conf. sono richiamate da SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia*, cit., p. 44, nota 17). Nella dottrina più recente, la medesima affermazione è compiuta da SCOGNAMIGLIO, voce *Lavoro I) Disciplina costituzionale*, *Enc. giur. Treccani*, 1990, vol. XVIII, pp. 4-5; ROMAGNOLI, *Dal lavoro ai lavori*, cit., p. 4; RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, *Riv. giur. lav.*, I, p. 25; FILÌ, *L'avviamento al lavoro fra liberalizzazione e decentramento*, Ipsoa, 2002, p. 34; GAROFALO D., *Formazione e lavoro*, cit., p. 69; e, tra i costituzionalisti, SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia*, cit., sp. p. 44 (testo e note); BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti*, cit., sp. p. 159. *Contra*, nel ritenere che uno dei significati del diritto riconosciuto dall'art. 4, comma 1, sia proprio quello del diritto ad ottenere un posto di lavoro, FALASCA, *I servizi privati per l'impiego*, Giuffrè, 2006, p. 656, per il quale «il sistema di collocamento pubblico costruito dalla legge n. 264/1949 era funzionale a dare attuazione a questo diritto, nel momento in cui mirava a regolamentare l'accesso al lavoro secondo un sistema dotato di criteri e procedure vincolistiche, che in quanto tali potevano essere definite e realizzate solo dallo Stato». La configurazione del diritto al lavoro come diritto soggettivo perfetto ad un posto pone, tuttavia, una serie di interrogativi cruciali [a che tipo di posto? per quanto tempo? dove? con quale paga?], già a suo tempo formulati in un contributo di ELSTER, *Esiste (o dovrebbe esistere) un diritto al lavoro?*, *Stato merc.*, 1987, p. 31] al dibattito che nel Regno Unito, dalla fine degli anni settanta agli anni ottanta, si aprì intorno alla proposta di stabilire per legge l'esistenza di un diritto al lavoro: per una discussione critica relativa a tale proposta, v. HEPPLE, *A right to work?* *Ind. Lab. Journ.* 1981, vol. 10, n.1, p. 65; altri richiami al dibattito in ELSTER, *Esiste (o dovrebbe esistere)*, cit., p. 26.

⁷⁴ Già nel senso della precettività della norma costituzionale in parola, sottolineando la “genericità frettolosa” delle tesi per le quali «l'art. 4 sarebbe una formulazione decorativa o al massimo di carattere “politico”», CRISAFULLI, *Appunti preliminari*, cit., p. 162. Analoghe le critiche di MORTATI, *Il diritto al lavoro*, cit., pp. 126 e ss., all'idea della «mera affermazione ideologica o di postulato politico» dell'art. 4 Cost.

⁷⁵ Così testualmente SCOGNAMIGLIO, *Lavoro I) Disciplina costituzionale*, cit., p. 5.

⁷⁶ Come spiega BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti*, cit., p. 156, «affermare un deficit di precettività dei diritti sociali sulla sola base del rinvio, rivolto dal Costituente alla Repubblica, affinché la stessa predisponga le condizioni di realizzazione dei diritti sociali, è una conclusione non poco problematica e, soprattutto, fuorviante: così argomentando si rischia, infatti, di far dipendere la sostanza di un'intera categoria di diritti fondamentali unicamente dalla evoluzione della legislazione o, forse, anche degli orientamenti giurisprudenziali, finendo quasi per trascurare il dato di fatto che i diritti sociali, nell'ordinamento italiano, sono *diritti costituzionalmente garantiti*».

meri programmi per il legislatore⁷⁷.

La norma in questione non è, dunque, programmatica e, pur essendo stata, spesso, ricondotta alla categoria delle “norme di principio”⁷⁸, è una di quelle norme sui diritti sociali che «ha acquisito nel tempo una portata tale da rendere “precettivo” quello stesso contenuto (programmatico)»⁷⁹.

3.2. La struttura del diritto al lavoro: diritto bifronte o mero diritto a prestazione?

Ma soprattutto, ed è quel che più interessa ai fini della nostra indagine, la natura precettiva della disposizione in questione è stata ricavata dalla stessa *struttura del diritto* al lavoro.

Da questo secondo angolo visuale – anch’esso di ascendenza costituzionalistica – è parso possibile isolare, all’interno del diritto al lavoro, due diverse e complementari dimensioni⁸⁰.

3.2.1 La dimensione “negativa” del diritto al lavoro: la “libertà di lavoro”

La prima – la cosiddetta *dimensione negativa* - è quella che impone una *protezione* del diritto come «diritto di agire»⁸¹ e, cioè, come «libertà di lavoro»⁸².

In questo senso il diritto al lavoro è un *diritto sociale di libertà*⁸³: è, innanzitutto, libertà (in negativo) di accesso al lavoro *senza* irragionevoli limitazioni o barriere all’ingresso nel mercato del lavoro, nonché negli ambiti lavorativi o nel settore prescelto⁸⁴; ma è anche *libertà* (in positivo) «*di svolgere un’attività corrispondente alla propria scelta ed alle proprie capacità professionali*»⁸⁵.

⁷⁷ Chiarisce molto bene questo punto BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., p. 30, differenziando dalle vere e proprie norme costituzionali programmatiche quelle che *garantiscono* diritti sociali a prestazione (e che, proprio per la presenza di tale garanzia, sono da considerare norme dotate di contenuto precettivo); l’A. fornisce illuminanti esempi tanto delle une quanto delle altre.

⁷⁸ Sulla qualificazione delle norme costituzionali che hanno ad oggetto diritti sociali come “norme di principio” v. PEZZINI, *La decisione*, cit., pp. 10 e ss. Con riferimento all’art. 4 Cost. la categoria veniva espressamente impiegata da CRISAFULLI, *Appunti preliminari*, cit., pp. 165 e ss. cui *adde* GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello Stato sociale*, in NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e pensiero, 1998, p. 47. La difficoltà di tracciare una netta linea di demarcazione tra norme programmatiche e norme di principio – categorie che sfumerebbero l’una nell’altra - è, tuttavia, ribadita da LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, cit., pp. 112-113.

⁷⁹ BIFULCO, *L’inviolabilità*, cit., p. 154.

⁸⁰ La più recente rilettura del diritto al lavoro in questa chiave è quella di APOSTOLI, *L’ambivalenza costituzionale*, cit., la cui ipotesi ricostruttiva è proprio quella del carattere bifronte del diritto al lavoro: libertà individuale, da un lato, e diritto a prestazione, dall’altro. Cfr. anche GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 46/2006, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_int.htm, sp. pp. 6-7.

⁸¹ Sui “diritti di agire” v., da ultimo, DICIOTTI, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, *Quad. cost.*, 2003, sp. pp. 735-738. L’A. qualifica come “diritti di agire” alcuni diritti sociali e, fra questi, il diritto al lavoro ed il diritto di libertà sindacale.

⁸² Significativamente, è proprio nella prospettiva di diritto di libertà che il diritto al lavoro viene richiamato nel classico scritto di MARSHALL, *“Cittadinanza e classe sociale*, Laterza, 2002” (trad. it. di *Citizenship and Social Class*, 1949) dove il diritto al lavoro - inquadrato tra i diritti civili - è addirittura qualificato come “il diritto civile fondamentale”: «diritto di svolgere l’occupazione scelta liberamente, a condizione solo di avere i requisiti legittimi di addestramento tecnico preliminare» (p. 18). Del diritto al lavoro viene, in tal modo, enfatizzato il profilo della libertà economica individuale.

⁸³ Quella dei diritti sociali di libertà è una delle tre tipologie di diritti sociali individuata da BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., pp. 30-31, accanto a quelle dei diritti sociali “incondizionati” e dei diritti sociali “condizionati”.

⁸⁴ Ancora BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., p. 15 il cui pensiero è ora ripreso da APOSTOLI, *L’ambivalenza costituzionale*, cit., p. 102 e da GAROFALO D., *Formazione e lavoro*, cit., p. 54. Di un profilo negativo (consistente nella libertà di scelta e di esercizio dell’attività lavorativa) e di un profilo positivo del diritto al lavoro (consistente nella pretesa di ottenere una possibilità di lavoro) parla anche GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all’uguaglianza sostanziale*, Jovene, 1999, pp. 189 e ss.

⁸⁵ Ancora BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., p. 15. La stessa Corte costituzionale – nella famosa sentenza n. 45 del 1965 cit. alla nota 73 – ha interpretato il diritto al lavoro come *diritto «alla scelta dell’attività lavorativa e del modo di esercitarla* come mezzo fondamentale

Va immediatamente ricordato, tuttavia, che il riconoscimento di tale dimensione negativa, all'interno del diritto al lavoro non è stato del tutto pacifico in dottrina, benché sia, ormai, presente nella maggior parte delle sue più recenti letture.

Si è detto, così che comprendere, nel diritto riconosciuto dal comma 1 anche il profilo della "libertà di lavoro" comporterebbe un arbitrario appesantimento del significato del diritto ex art. 4, comma 1⁸⁶, e, soprattutto, che il profilo della "libertà di lavoro" sarebbe piuttosto riconducibile alla disposizione del comma 2 e, cioè, all' enunciazione del dovere di «svolgere, *secondo le proprie possibilità e la propria scelta*, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società»⁸⁷. Solo questa disposizione – e non quella del comma 1 – assicurerebbe in modo esplicito la «libertà di seguire la propria vocazione»⁸⁸.

Di fatto, la dimensione negativa del diritto al lavoro tende ad emergere una volta superata (anche grazie alla giurisprudenza della Corte costituzionale) la prima fase interpretativa, che, come si è visto, relegava l'art. 4, comma 1, Cost. al mero ruolo di norma programmatica e di indirizzo⁸⁹.

In tale nuova fase, se da una parte si afferma la natura precettiva della norma indipendentemente dalla previsione di un diritto soggettivo azionabile – riconoscendo che il precetto assume un contenuto normativo anche qualora importi solo un vincolo nei confronti delle pubbliche autorità (e, in special modo, del potere legislativo) -, dall'altra si individua quella ulteriore dimensione del diritto al lavoro di cui si è detto – la dimensione negativa – che, di per sé, pone in luce profili immediatamente precettivi della disposizione. Il diritto al lavoro finisce, pertanto, per essere letto ed inteso anche come "libertà individuale": «"libertà da", libertà negativa, e "libertà di", libertà positiva»⁹⁰.

Si tratta di una lettura certamente condivisibile, per una serie di ragioni⁹¹.

In primo luogo, essa è coerente al generale superamento dell'idea che i diritti sociali siano diritti ai quali corrispondano esclusivamente *pretese positive di prestazione*, contrapponendosi, per

di attuazione dell'interesse della sua personalità» (c.vo nostro). Altre pronunce conf. sono citate da BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., sempre a p. 15.

⁸⁶ Così MANCINI, *Sub art. 4 Cost.*, cit., pp. 203 e ss., nell'idea che il diritto al lavoro sia un diritto sociale e che nella struttura di quest'ultimo tipo di diritti non possa rientrare il profilo della libertà giuridica ma soltanto quello della pretesa a comportamenti soddisfatti dei pubblici poteri. In senso adesivo LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, cit., sp. p. 8.

⁸⁷ Corsivo nostro.

⁸⁸ Così sempre MANCINI, *Sub art. 4 Cost.*, cit., p. 206. Per l'A. il diritto al lavoro è un diritto sociale in senso tecnico, e non anche – come sostenuto da altri AA. – un diritto di libertà; un diritto che può essere soddisfatto solo mediante «un comportamento dei pubblici poteri che, svolgendo il programma previsto dalla norma, realizzino condizioni di pieno impiego» (p. 209), cosicché «una politica rispettosa del dettato costituzionale» dovrebbe articolarsi «in una serie di misure intese a realizzare un efficiente servizio di collocamento», nonché, e «secondo la classica ricetta keynesiana, nell'adozione di programmi di spesa in investimenti sociali idonei ad espandere la domanda aggregata» (p. 220). Nello stesso senso già SIRCHIA, *Lavoro (diritto al)*, cit., p. 524.

⁸⁹ APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale*, cit., p. 101.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Una simile lettura è recentemente condivisa da GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali*, cit., nonché da FREEDLAND, COUNTOURIS, *Diritti e doveri nel rapporto*, cit., sia pure, da parte di questi ultimi, nella particolare prospettiva della libertà di non concludere un contratto di lavoro e, dunque, di rifiutare determinate offerte di lavoro quando si ricevano sussidi e indennità di disoccupazione.

questo, ai diritti di libertà⁹² ai quali corrisponderebbero, invece, *pretese negative di astensione*⁹³.

È ormai comune opinione che la contrapposizione tra i cosiddetti “diritti negativi” - i diritti civili e politici - da una parte, e i cosiddetti “diritti positivi” - i diritti sociali - dall'altra, sia del tutto artificiosa e che obblighi negativi di astensione (i.e.: di non recare pregiudizio al diritto) contraddistinguano anche i diritti sociali⁹⁴. La dimensione negativa del diritto al lavoro, costituisce una componente naturale del diritto; una componente ormai unanimemente riconosciuta come tipica di tutti i diritti sociali

In secondo luogo, e come meglio si vedrà, la sottolineatura del profilo della “libertà di lavoro” – non a caso compiuta più dalla dottrina costituzionalistica che da quella giuslavoristica – spoglia la norma sul diritto al lavoro di quei significati più marcatamente ideologici, per i quali, così come la formula “lavoro” equivarrebbe a quella di “occupazione remunerata e subordinata”, la corrispondente aspettativa andrebbe riferita «*sempre e soltanto (...) ai cittadini bisognosi, agli economicamente deboli, ai proletari*»⁹⁵. Si può, invece, ritenere che il lavoro cui la norma fa riferimento – proprio perché oggetto anche di una libertà - comprenda *tutto* il lavoro, tanto subordinato, quanto autonomo.

In terzo luogo, l'art. 4, comma 1, va, oggi, ricordato con il nuovo testo dell'art. art. 120, comma 1, Cost., che vietando alla Regioni di porre ostacoli alla libera circolazione delle persone e di limitare l'esercizio del diritto al lavoro⁹⁶, lo considera proprio sotto il profilo della “libertà di lavoro”. Sembra, cioè, che dal combinato disposto degli artt. 4, comma 1, e 120, comma 1, Cost., il profilo della “libertà di lavoro” emerga ormai nitidamente e che, nella lettura combinata delle due disposizioni, si colga anche una significativa assonanza con l'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel quale - come si vedrà – il profilo della libertà di lavoro si coniuga a quello della libertà di circolazione all'interno della Comunità al fine «di cercare un lavoro, di lavorare o

⁹² Sulla classica distinzione tra diritti sociali e diritti di libertà, introdotta dalla dottrina tedesca del periodo weimariano e sul successivo superamento di tale contrapposizione v. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., sp. pp. 4 e 29; in una prospettiva più spiccatamente storica, LUCIANI, *Sui diritti sociali*, *Dem. dir.*, 1995, p. 545.

⁹³ Per una critica generale alla concezione comune, secondo cui la distinzione tra diritti sociali e diritti di libertà coinciderebbe con quella tra diritti cui corrispondono *obblighi positivi* - o *pretese positive di prestazione* - e diritti cui corrispondono *obblighi negativi* - o *pretese negative di astensione* -, concezione secondo la quale gli obblighi negativi sarebbero, dunque, appannaggio esclusivo dei diritti di libertà (un individuo avrebbe un diritto di libertà quando ha il diritto che gli altri - e innanzitutto lo stato - *si astengano* dal tenere determinati comportamenti, mentre avrebbe un diritto sociale quando ha il diritto a che altri - e innanzitutto lo stato - *tengano* determinati comportamenti, cioè eseguano a suo vantaggio determinate prestazioni) v., da ultimo, DICIOTTI, *Sulla distinzione*, cit., sp. pp. 735 e ss. Sulla distinzione costituzionalistica tra *pretese positive di prestazione* come pretese tradizionalmente ritenute tipiche dei diritti sociali e *pretese negative di astensione*, tradizionalmente considerate caratteristiche, invece, dei diritti di libertà, v. pure PEZZINI, *La decisione*, cit., pp. 9-10.

⁹⁴ Cfr. DE SCHUTTER, *La garanzia dei diritti e principi sociali nella “Carta dei diritti fondamentali”*, in AA.VV., *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea* (a cura di ZAGREBELSKY), Laterza, 2003, pp. 194-195; SMISMANS, *How to Be Fundamental with Soft Procedures? The Open Method of Coordination and Fundamental Social Rights*, in DE BURCA, DE WITTE (ed.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, p. 222.

⁹⁵ Come ritiene MANCINI, *Sub art. 4*, cit., p. 207. Tale lettura è ultimamente riproposta da CARIOLA, *Sub art. 4*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI), Utet, 2006, vol. I, p. 122, per il quale - sul presupposto che art. 4, 1° co., ed art. 41, 1° co., si fronteggino nel fare riferimento a due contrapposte categorie di soggetti - l'art. 4 Cost. «ha quali suoi naturali destinatari i soggetti che, privi di risorse, traggono il proprio sostentamento essenzialmente dalla propria attività manuale o intellettuale».

⁹⁶ Sulle implicazioni che una disposizione di questo tipo avrebbe sul riparto di competenze legislative Stato-Regioni in materia di lavoro ed, in particolare, sulla necessità di mantenere unitaria, sul piano nazionale, la normativa del diritto del lavoro proprio per non limitare, nella sostanza, il diritto al lavoro sul territorio nazionale, v. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro italiano nel federalismo*, *Lav. dir.*, 2001, p. 496.

di prestare servizi».

Ma, soprattutto, come pure si vedrà, la riconduzione del profilo della libertà al diritto di cui al comma 1 dell'art. 4 è uno dei risultati più rilevanti di quelle "aperture di significato" di cui la norma costituzionale può essere dotata alla luce del quadro ordinamentale multilivello ed, in particolare, di quelle particolari fonti sopranazionali che sono le "Carte dei diritti" europee nelle quali – come si è appena accennato - il diritto al lavoro trova espressamente riconoscimento proprio in termini di "libertà di lavoro" (ciò vale, in particolare, per la *Carta di Nizza*).

Ma è questo un punto sul quale ci si soffermerà in seguito⁹⁷.

3.2.2. La dimensione "positiva" del diritto al lavoro: il diritto al lavoro come diritto a prestazione

La seconda dimensione del diritto sociale al lavoro è, invece, quella *positiva* - per la quale le autorità pubbliche devono intervenire, non più e non tanto al fine di proteggere efficacemente il diritto, quanto allo scopo di *assicurarne la realizzazione* concreta, onde dotarlo di effettività⁹⁸.

In questo senso il diritto al lavoro è un *diritto sociale a prestazione (pubblica)*⁹⁹, un diritto che può essere completamente realizzato solo grazie a misure che, mettendolo in atto, ne concretizzano il significato¹⁰⁰. A voler usare la nota e tradizionale classificazione di Baldassarre¹⁰¹, è un diritto "condizionato"¹⁰², e cioè un diritto che necessita di una mediazione, dapprima legislativa (*interpositio legislatoris*) e, secondariamente, amministrativa, per essere reso effettivo¹⁰³.

Diversamente dal riconoscimento - cioè dalla *fondazione* – del diritto, già di per sé derivante dalla disposizione costituzionale, la garanzia del suo *effettivo godimento* sembra dipendere, infatti,

⁹⁷ Cfr., *infra*, il § 7.1.

⁹⁸ Che la garanzia di cui all'art. 4, comma 1, Cost. avesse ad oggetto due pretese: una positiva, a che siano promosse occasioni di lavoro; e l'altra, negativa, all'astensione da qualsiasi interferenza nella scelta, nel modo di esercizio e nello svolgimento dell'attività lavorativa era già chiarito da MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 160.

⁹⁹ Come diritti positivi a prestazioni pubbliche i diritti sociali sono definiti da MENGONI, *I diritti sociali*, *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 2.

¹⁰⁰ DE SCHUTTER, *La garanzia dei diritti*, cit., p. 195.

¹⁰¹ Quella tra libertà sociali (o diritti sociali di autonomia), diritti incondizionati e diritti condizionati.

¹⁰² La categoria dei diritti sociali "condizionati", introdotta da BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., pp. 30-31, viene, tuttavia, criticamente discussa dalla dottrina costituzionalistica: v., per es., APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale*, cit., pp. 19 e ss. Per una sua recente utilizzazione nell'ambito della dottrina giuslavoristica, v., con riguardo specifico al diritto al lavoro, GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali*, cit. Con una qualche diversità di sfumatura, la categoria dei diritti condizionati è anche impiegata per sottolineare il condizionamento *finanziario* delle aspettative di prestazione relative ai diritti sociali; si è afferma, così, che i diritti sociali sono "diritti finanziariamente condizionati" dalle risorse disponibili, messe in campo dalla collettività (cfr., per questi profili, MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, *Dir. ec.*, 2004, pp. 106-109).

¹⁰³ L'idea che la mediazione legislativa (e amministrativa) sia *tipica* della pretesa del diritto sociale è affermata specialmente da CORSO, *I diritti sociali nella costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 755, sp. p. 762. Per una negazione recente di questa idea v., tuttavia, PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, *Giur. cost.*, 2001, *passim*, ma sp. pp. 873 e 896, per il quale il nucleo essenziale di ogni diritto sociale è «costituito, in realtà, da un diritto civile, con la conseguenza che a fondamento di ciascuna disposizione costituzionale di natura programmatica sia dato ravvisare un contenuto normativo di natura precettiva, l'azionabilità del quale prescinde da qualsiasi *interpositio legislatoris*». Nella dottrina lavoristica sul diritto al lavoro, l'idea della necessaria mediazione legislativa ripresa da LA MACCHIA, *La pretesa*, cit., per la quale il diritto al lavoro può senz'altro essere ascritto a quei diritti sociali che si qualificano come condizionati; diritti per i quali la legge ordinaria costituisce una intermediazione necessaria (l'idea è in qualche modo edulcorata dalla precisazione che la mediazione necessaria a specificare gli aspetti della posizione giuridica soggettiva del diritto sociale non è sempre e solo quella del legislatore; la tutela può anche essere apprestata, infatti, in sede giudiziaria, cosicché la mediazione legislativa può essere sostituita da quella dei giudici: pp. 115 e 120).

dalla predisposizione di strumenti e di meccanismi idonei a garantirne il soddisfacimento; dal venire in essere di tutta una serie di interventi (non soltanto legislativi, né necessariamente pubblici) in grado di rendere effettivo il contenuto del diritto medesimo¹⁰⁴.

Riguardo, poi, ai soggetti titolari, è un diritto *primario* o *essenziale*, attribuito universalisticamente a tutti i cittadini¹⁰⁵ e, dunque, riconosciuto a prescindere dalla necessità di specifiche qualificazioni soggettive del beneficiario-titolare¹⁰⁶.

Nel considerare la dimensione *positiva* del diritto al lavoro, si è detto, dunque, che la realizzazione del diritto richiede azioni pubbliche duplicemente orientate: una politica finalizzata all'incremento delle occasioni di lavoro¹⁰⁷ e un sistema di servizi e prestazioni adeguato a favorire l'incontro domanda-offerta di lavoro¹⁰⁸.

Si è ritenuto, così, che l'attuazione del diritto al lavoro passi attraverso l'organizzazione del mercato del lavoro e che proprio le politiche del lavoro e dell'occupazione¹⁰⁹ siano le risposte più adeguate alla pretesa del singolo circa l'effettività del diritto in parola¹¹⁰.

E proprio questo è, tuttavia, uno dei punti più delicati della ricostruzione del diritto al lavoro come "diritto a prestazioni". Se è vero, infatti, che «la titolarità di un diritto equivale al potere di chiederne l'osservanza, di porre sul tappeto la questione della sua esigibilità» e che i diritti, soprattutto i diritti sociali, «sono strutture di "interdipendenza" con altri soggetti o con il potere e sono

¹⁰⁴ Distingue persuasivamente il problema della *garanzia* dei diritti sociali, da quello della *fondazione* degli stessi, per la quale è sicuramente sufficiente il loro riconoscimento costituzionale APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale*, cit., pp. 20 e ss.

¹⁰⁵ A voler riprendere il *Rapporto Supiot* sul futuro del diritto del lavoro in Europa [SUPIOT, *Il futuro del lavoro*, Carocci, 2003 (trad. it. di *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 1999), pp. 65-66] ove i diritti sociali sono raffigurati come disposti in quattro cerchi concentrici – si tratta di un *diritto sociale rientrante nel primo e più grande cerchio: quello dei diritti sociali "universalisti" garantiti a tutti indipendentemente dal lavoro*.

¹⁰⁶ Nella dottrina costituzionalistica, sulla distinzione tra diritti sociali attribuiti *universalisticamente*, a prescindere dalla necessità di qualificazioni specifiche del beneficiario-titolare – cosiddetti diritti sociali *primari* (*essenziali* o *propri*) – e diritti sociali *secondari* o *derivati*, cioè basati su un titolo specifico del titolare, è recentemente posta da PEZZINI, *La decisione*, cit., pp. 126-127 che, infatti, include il diritto al lavoro (di cui all'art. 4) tra i diritti sociali *essenziali*, riconducendo, invece, all'ambito dei diritti sociali *secondari* o *derivati* tutti i diritti attribuiti al lavoratore (formazione professionale: art. 35, comma 2); giusta retribuzione (art. 36); integrazione della funzione familiare nella vita lavorativa (art. 37, comma 1) etc..

¹⁰⁷ MANCINI, *Sub art. 4*, cit., p. 26.

¹⁰⁸ ALES, *Diritto all'accesso al lavoro e servizi per l'impiego nel nuovo quadro costituzionale: la rilevanza del "livello essenziale di prestazione"*, *Dir. lav. merc.*, 2003, p. 11. Lo Stato è, pertanto, «costituzionalmente vincolato sia ad attuare una politica economica finalizzata all'incremento delle occasioni di lavoro, sia a dettare regole sull'incontro tra domanda e offerta di lavoro: visto che anche il cd. mercato del lavoro, come il mercato in genere, è un'istituzione sociale e non è un accadimento naturale» (sempre RUSCIANO, *Il lavoro come diritto*, cit., p. 26). È significativo che il D.D.L. n. C 104 del 28 aprile 2006 (presentato alla camera su iniziativa dei deputati Cordoni ed altri) – che riproponeva il precedente D.D.L. n. 1872 (*Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori*), presentato nel corso della XIV legislatura – prevedeva – rispettivamente agli artt. 9 e 10 – tanto il diritto dei lavoratori e delle lavoratrici alla promozione della «piena e buona occupazione» da parte dello Stato e delle Regioni «secondo le rispettive competenze, e in coerenza con gli obiettivi indicati dagli orientamenti annuali dell'Unione europea in materia di occupabilità», quanto il «diritto di accedere gratuitamente a puntuali informazioni in merito alle opportunità lavorative, ai posti di lavoro vacanti e all'offerta formativa esistente sul territorio nazionale, locale», nonché il «diritto a servizi gratuiti di orientamento e di assistenza nella ricerca di lavoro e nella progettazione, nel corso della vita lavorativa, di percorsi, *anche individuali*, di apprendimento e formazione professionale» (c.vo nostro).

¹⁰⁹ La distinzione tra politiche attive del lavoro – incidenti sia sull'offerta che sulla domanda – e politiche dell'occupazione non è del tutto agevole; per un tentativo di differenziazione v. GAROFALO D., *Formazione e lavoro*, cit., pp. 170 e ss.

¹¹⁰ Così ALESSI, *Professionalità e contratto*, cit., pp. 21 e 24.

effettivi se possono attivare tale interdipendenza dal basso»¹¹¹, uno dei maggiori problemi è quello di verificare a chi spetti l'attuazione del diritto al lavoro, quali siano, cioè, i soggetti (i.e.: i centri di potere e le istituzioni) obbligati a garantirlo; in altri termini, come vada risolta la questione della "titolarità passiva" del diritto.

È significativo che proprio su questo profilo tutte le letture che si sono date del diritto al lavoro come "diritto a prestazioni" appaiano piuttosto sfuggenti: "azioni pubbliche", "pubblici poteri", "pubbliche autorità", "potere legislativo e potere amministrativo" (ovvero "compiti legislativi ed amministrativi") sono le espressioni più utilizzate per descrivere la titolarità passiva del diritto.

Pur non essendo possibile, in questa sede, approfondire tale aspetto¹¹², può essere utile isolare alcune questioni riguardanti le modalità di soddisfazione del diritto: occorre, infatti, stabilire, in primo luogo, a quali istituzioni – statali, sub-statali e/o sopranazionali – compete quella "mediazione" (non soltanto legislativa) necessaria al soddisfacimento del diritto e, in secondo luogo, quali servizi - interamente pubblici e demandati al potere amministrativo o anche privati - debbano essere apprestati per soddisfare concretamente il diritto in capo al singolo. In tutti i casi, occorrerà porsi di fronte ad interrogativi cruciali: ha ancora un senso, oggi, riconoscere un diritto sociale al lavoro soltanto nei confronti dello Stato e delle sue istituzioni? Se il diritto al lavoro è – come è - un diritto sociale di cittadinanza, a quale comunità allude oggi l'idea di cittadinanza sociale e, dunque, dello stesso diritto al lavoro? alla comunità nazionale, o a qualche altra forma di comunità?¹¹³. Se in passato e "nel recinto statale", poteva, infatti, essere più semplice identificare i soggetti responsabili del soddisfacimento del diritto, è vero che oggi tali soggetti sembrano diventati più numerosi e meno certi¹¹⁴. E ciò in quanto è ormai sotto gli occhi di tutti la fine del tempo «in cui l'individuo doveva cercare la garanzia dei propri diritti all'interno delle mura dello Stato»¹¹⁵.

4. Il diritto al lavoro e il diritto del lavoro

La terza prospettiva dalla quale si è guardato al diritto al lavoro – assumendone ora il significato di diritto-libertà, ora quello di diritto a prestazione – è quella interna agli studi giuslavoristici. In quest'ambito il diritto ha assunto un'estrema variabilità di significati: le interpretazioni che se ne sono date hanno risentito della storicità dei diversi temi e questioni - di diritto sindacale, di disciplina del rapporto di lavoro e (più recentemente) del mercato del lavoro - e, dunque, dei dibattiti economici, sociologici e giuridici più in voga nei vari momenti del sessantennio post-costituzionale¹¹⁶.

¹¹¹ FERRARESE, (2002), p. 130 (citando Schmid, *Tra economia e diritti. Proprietà, potere e scelte pubbliche*, Il Mulino, 1988 sui diritti come sfere di potere). C.vo nostro.

¹¹² Se ne rinvia, pertanto, la trattazione al lavoro monografico "Il diritto costituzionale al lavoro nei mercati integrati", di prossima pubblicazione.

¹¹³ BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis Italia ed., 2000, p. 16.

¹¹⁴ FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., p. 183.

¹¹⁵ VIOLA, *I diritti umani tra cittadinanza e comunità internazionale*, in *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, 2000, pp. 58-59.

¹¹⁶ Sul «peso della storicità» subito dal diritto al lavoro, D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione*, cit. Sui nessi tra diritto al lavoro ed evoluzione della legislazione in materia di lavoro v. LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, cit., pp. 10-17.

Il disposto secondo cui “*la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto*” è stato, così, rivestito di significati vari, prevalentemente derivanti da letture interpretative della norma costituzionale legate a situazioni economico-sociali e/o a problemi del mondo del lavoro di diversa natura e, comunque, caratteristici di varie fasi storiche dell'intero arco temporale compreso fra gli anni cinquanta e il periodo attuale¹¹⁷.

È così che – come ricordava G.F. Mancini nel Commentario della Costituzione curato da Branca¹¹⁸ – negli anni sessanta si parlava di un diritto al lavoro - nel significato di diritto-libertà - *nei confronti del sindacato*, in relazione al crumiraggio e a allo scopo di «rivestire di dignità costituzionale la posizione dei non scioperanti». Con l'anomalo effetto – sempre ricordato da Mancini - di utilizzare, «a fondamento della libertà di lavorare nonostante la proclamazione di uno sciopero, una norma che, per anni era stata la bandiera della sinistra col sottofondo di un segno ideologico contrario»¹¹⁹. È noto, del resto, che di un “*right to work*” nei confronti del sindacato parlavano anche i legislatori e i giuristi americani e (sempre più frequentemente) britannici ma, in quel caso, allo scopo di definire la pretesa ad ottenere un lavoro pur senza essere iscritti al sindacato¹²⁰.

Ed è ancora così che, soprattutto sino alla metà degli anni sessanta, cioè sino al venire in essere di una legislazione di tutela contro i licenziamenti ingiustificati, i giuristi del lavoro discutevano in Italia, di un diritto al lavoro *nei confronti del datore di lavoro* (e, dunque, dei possibili nessi tra diritto al lavoro, ex art. 4, comma 1, Cost., e principio del libero recesso dal contratto di lavoro, ex art. 2118 cod. civ.), attribuendo al diritto al lavoro (anche) il significato di *diritto dei lavoratori «a non perdere, senza un motivo obiettivamente giustificato, il loro posto di lavoro»* e, dunque, a vedere garantita «la *stabilità* dell'occupazione (o, quanto meno, una relativa stabilità, sottraendola all'esclusivo e illimitato *arbitrio* del datore di lavoro)»¹²¹.

¹¹⁷ È per questa ragione che «la garanzia del diritto al lavoro passa di moda quando perde i suoi connotati più drammatici la situazione di disoccupazione» del periodo post-costituzionale; «dal momento in cui non fa più notizia, il problema del diritto al lavoro cessa in pratica di occupare gli scrittori che avevano contribuito ad agitarlo»: MANCINI, *sub art. 4*, cit., p. 226.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*, p. 201.

¹²⁰ Con l'espressione “*right-to-work laws*” venivano, infatti, indicati gli strumenti legislativi diretti a ridurre il potere sindacale in relazione al controllo dei posti disponibili (sempre MANCINI, *Sub art. 4* cit., pp. 205-206).

¹²¹ CRISAFULLI, *Appunti preliminari*, cit., p. 169 (c.vi nostri); per l'A. l'art. 4, comma 1, sarebbe stato, comunque, norma meramente programmatica, idonea solo a spiegare un'efficacia interpretativa sull'art. 2118 c.c., in attesa di un intervento legislativo di attuazione che rendesse effettiva la protezione dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto; cfr. anche NATOLI, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, *Riv. giur. lav.*, 1951, I, sp. pp. 107-108 per il quale la necessità di una tutela dall'arbitrarietà del licenziamento, ricavabile dalla garanzia del diritto al lavoro, avrebbe dovuto pure collegarsi alla tutela del bene della «inserzione del lavoratore nell'azienda»; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 162; SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema*, cit., p. 143; *contra* CORSO, *I diritti sociali*, cit., pp. 763-764. Per una panoramica della dottrina favorevole a ritenere compresa nel diritto al lavoro la tutela contro il licenziamento v., recentemente, GAROFALO D., *Formazione e lavoro*, cit., p. 70, nota 311. Un quadro sinottico della dottrina, anteriore e successiva alla l. 604 del 1966 anche in MANCINI, *Sub art. 4* cit., p. 231 ss., BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., p. 15; GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Angeli, Milano, 1975, pp. 35 ss. e p. 364 ss. cui si rinvia per ulteriori riferimenti. V. anche, sebbene nel quadro di un discorso più ampio, PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1971, II, p. 593 ss., di recente ripubblicato nella raccolta PERSIANI, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 429 ss., sul punto part., pp. 436 ss. Una delle più significative negazioni di tale interpretazione è stata, tuttavia, fornita, nel 1965, dalla fondamentale sentenza della Corte costituzionale sull'art. 2118 cod. civ. (Corte cost. n. 45 del 1965, già cit. alla nota 73): il principio della libera recedibilità, contenuto nella disposizione codicistica, veniva considerato, nella ricostruzione del giudice *a quo*, in contrasto con la presunta pretesa del lavoratore alla conservazione del

In posizione più sfumata si è posto chi ha annoverato, tra i possibili significati da attribuire al diritto al lavoro, quello di non subire, una volta ottenuto un posto, *interferenze abusive* da parte del datore di lavoro; precisamente, di «mantenere il lavoro ottenuto senza subire l'interferenza abusiva o discriminatoria di poteri pubblici o privati»¹²². È nella medesima ottica che gli artt. 13 e 18 S.L. sono stati considerati «i prodotti normativi più penetranti» generati, in venticinque anni di storia, dal primo comma dell'art. 4, Cost.¹²³, pur nella consapevolezza di un «rovinoso antagonismo» tra lavoratori occupati e inoccupati (o disoccupati), poiché il diritto al lavoro di questi ultimi - inteso come diritto a prestazione finalizzata all'incremento dell'occupazione – finisce per contrapporsi al diritto al lavoro dei primi - inteso come diritto alla stabilità - e, cioè, «ai diritti di chi il lavoro ce l'ha»¹²⁴.

Sta di fatto che, superati i primi due decenni post-costituzionali, nei quali la dottrina aveva ampiamente discusso dei rapporti tra l'art. 4, comma 1, Cost. e l'art. 2118 c.c., il tema è stato pressoché abbandonato, per essere ripreso, pochi anni or sono, dalla Corte costituzionale nelle sentenze relative alle richieste di referendum sull'art. 18 S.L.¹²⁵ (soprattutto della prima: sent. n. 46/2000¹²⁶) e, in tempi ancora più recenti, da alcuni contributi dottrinali sul diritto alla tutela contro i licenziamenti ingiustificati¹²⁷ e sul valore e il costo della stabilità¹²⁸.

Nonostante le cautele della Corte costituzionale (per la quale l'art. 4 Cost. «non garantisce il diritto alla conservazione del posto di lavoro», ma «lascia al legislatore ampia discrezionalità in materia»¹²⁹) – solo in parte abbandonate dalle due sentenze sui referendum in tema di “tutela reale”

posto di lavoro che, sempre secondo tale ricostruzione, sarebbe stata tutelata dall'art. 4, comma 1, Cost.; mentre per la Corte cost. «l'art. 4 della Costituzione, come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione (il che è reso evidente dal ricordato indirizzo politico imposto allo Stato, giustificato dall'esistenza di una situazione economica insufficiente al lavoro per tutti, e perciò da modificare), così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto». In senso adesivo, SCOGNAMIGLIO, *Lavoro I) Disciplina costituzionale*, cit., p. 6, per il quale «l'indirizzo dottrinale, secondo cui l'art. 2118 c.c. (sul recesso *ad nutum*) dovrebbe ritenersi illegittimo riguardo al licenziamento non giustificato [...] per il ritenuto contrasto con l'art. 4 Cost. [...] non regge di fronte all'obiezione che la norma del codice civile regola diversamente la materia, in base ad una scelta politica non contestabile sotto il profilo della costituzionalità».

¹²² D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione*, cit., p. 17; si segnala l'attenzione dedicata al problema del fondamento costituzionale dell'art. 18, l. n. 300 del 1970, già nella monografia del 1979 (D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, 1979, pp. 82 ss.), nella quale la norma di garanzia del sistema della “tutela reale” veniva ricondotta al combinato disposto degli artt. 41, comma 2, e 4 Cost.

¹²³ Sempre MANCINI, *Sub art. 4*, cit., p. 243; conf. ROMAGNOLI, *Dal lavoro ai lavori*, cit., p. 5. Per un recente recupero di questa idea, GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali*, cit., pp. 12-13.

¹²⁴ ROMAGNOLI, *Dal lavoro ai lavori*, cit., p. 6.

¹²⁵ Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in *Foro it*, 2000, I, c. 699; Corte cost. 6 febbraio 2003, n. 41, in *Foro it*, 2003, I, c. 997.

¹²⁶ Sulla quale v., da ultimo, ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti. Note sulla sentenza 7 febbraio, n. 36 e su alcuni suoi precedenti*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, ESI, 2006, p. 129. Per una rassegna della giurisprudenza costituzionale in tema di licenziamenti del periodo precedente, v. NAPOLI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di licenziamenti*, in AA.VV., *Apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, 1988, pp. 207-208.

¹²⁷ CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e costituzione italiana a confronto*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 58/2008, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_int.htm

¹²⁸ BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, *Lav. dir.*, 2007, p. 389.

¹²⁹ Corte cost. 22 dicembre 1980, n. 189, in *Giur. cost.*, 1980, p. 1629, ove vengono richiamate dalla stessa Corte le precedenti sentenze nn. 3 del 1957; 81 del 1969; 45 del 1965; 194 del 1970; cfr. anche Corte cost. 26 maggio 1976, n. 129, in *Giur. cost.*, 1976, p. 911, sul rigetto della questione di legittimità costituzionale riguardante le norme relative alla inapplicabilità al personale marittimo del principio di giustificazione del licenziamento individuale.

- sembra che si possa considerare «acquisito alla nostra cultura giuridica che l'art. 4, comma 1, Cost. (...) implica il valore della stabilità, almeno nel suo significato minimo di tutela dei lavoratori contro i licenziamenti arbitrari»¹³⁰. Se è vero, insomma, che dall'art. 4 non discende un vero e proprio diritto soggettivo alla conservazione del posto, è anche vero che da esso discende la necessità di approntare una disciplina legislativa che vieti il recesso arbitrario¹³¹.

La stessa Corte costituzionale sembra ora più propensa a riconoscerlo, poiché afferma che «la garanzia del diritto al lavoro (...) risulta ricondotta, nelle discipline che attualmente vigono sia per la tutela reale che per quella obbligatoria, al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento»¹³².

Come si è già anticipato e come meglio si vedrà, tale conclusione, appare oggi suffragata da quelle “aperture semantiche” di cui l'art. 4, comma 1, Cost. è suscettibile grazie al “transito di significati” che lo investono e che si diramano dalle Carte europee dei diritti – soprattutto da una lettura combinata degli artt. 15 e 30 della Carta di Nizza – verso la Costituzione nazionale (e viceversa).

Per continuare nella rassegna dei significati attribuiti al diritto al lavoro dalla dottrina giuslavorista, va ancora ricordato che, nei primi due decenni post-costituzionali, la garanzia costituzionale posta dal comma 1 dell'art. 4 Cost. veniva evocata anche in relazione al sistema delle assunzioni obbligatorie, la cui connessione con il principio del diritto al lavoro appariva talmente intuitiva¹³³ da fare ricondurre l'intero sistema del collocamento coattivo alla cornice costituzionale dell'art. 4, comma 1, Cost., in combinato disposto con l'art. 41, comma 2, Cost.¹³⁴, oltre che ai principi (più direttamente ad esso riferibili) espressi dagli artt. 38, comma 3, e 3 Cost.¹³⁵.

Last but not least, sin dal periodo post-costituzionale, una lettura ricorrente del diritto al lavoro è stata quella ricordata nel precedente paragrafo, che, riguardando il diritto al lavoro come diritto sociale a prestazione, ne ha colto i nessi con le politiche occupazionali, da una parte, e la legislazione sul collocamento e i servizi per l'impiego, dall'altra.

Dall'art. 4, comma 1, Cost. si è, così, ricavata, in primo luogo, la direttiva di politica economica del

¹³⁰ BALLESTRERO, *Il valore e il costo*, cit., pp. 398-399.

¹³¹ CALCATERRA, *Diritto al lavoro*, cit.

¹³² C.vi nostri. Nella sent. n. 41 del 2003 il riferimento all'art. 4 Cost. come norma alla quale ricondurre il diritto a non essere arbitrariamente licenziati è, invero, meno evidente; la Corte si limita ad osservare, in un'incidentale, che «la materia dei licenziamenti individuali è oggi regolata, in presenza degli artt. 4 e 35 della Costituzione, in base al principio della necessaria giustificazione del recesso e del potere di adire il giudice, riconosciuto al lavoratore, in caso di licenziamento arbitrario» (c.vo nostro). Nonostante il riferimento, nella prima pronuncia, alla «garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione» - che, per la Consulta, «ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro» (benché, per i giudici costituzionali, la “tutela reale”, non «concreti l'unico possibile paradigma attuativo» dei principi costituzionali sottesi agli artt. 4 e 35 Cost.) - l'idea che la Corte costituzionale abbia temperato, con le due sentenze sui referendum, le precedenti posizioni, non è condivisa da BALLESTRERO, *Il valore e il costo*, cit., per la quale non sembra che la Consulta abbia sostanzialmente modificato il suo approccio interpretativo rispetto all'art. 4, comma 1, Cost.

¹³³ PROSPERETTI, *Sul diritto al lavoro*, *Giur.it.*, 1953, IV, c. 178.

¹³⁴ In questo senso espressamente GHERA, *L'assunzione obbligatoria degli invalidi civili e i principi costituzionali circa i limiti dell'autonomia privata in materia d'iniziativa economica*, *Mass. giur. lav.*, 1966, sp. p. 431 e ss.

¹³⁵ La norma contenente il principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.) veniva richiamata, assieme agli artt. 38, comma 3 e 4, comma 1, Cost., alla stregua di fondamento sistematico del sistema delle assunzioni obbligatorie, da D'EUFEMIA, *Diritto del lavoro*, Morano, 1963, sp. p. 167-168; *contra* PERA, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Giuffrè, 1965, pp. 86 e ss.

pieno impiego¹³⁶, ritenendosi che l'intervento statale richiesto dall'art. 4 sia, innanzitutto, un intervento di politica economica di tipo "macro" e, cioè, di politica per l'occupazione di matrice keynesiana. Un intervento di programmazione al quale già, nei primi anni '50, Costantino Mortati tentava di fornire contenuto concreto, scrivendo che il primo e indeclinabile obbligo dello Stato è quello di formulare "piani" o "programmi" economici idonei a garantire un efficace sviluppo dell'occupazione e, per questa via, ad assolvere all'impegno di assicurare il diritto al lavoro¹³⁷.

Su questa scia, e più di venti anni dopo, F. Mancini continuava a ricondurre all'ambito di attuazione della norma costituzionale piani e programmi per il sostegno all'occupazione, richiamando, come misure emblematicamente attuative dell'art. 4, comma 1, Cost., alcuni casi storici di proposte e soluzioni politico-legislative finalizzate al rilancio e/o al mantenimento dell'occupazione¹³⁸.

Proprio questa interpretazione è particolarmente suscettibile di riletture in chiave attuale, poiché il ruolo che può essere assunto, oggi, da tali strumenti nel quadro di una politica "macro" dell'occupazione, è da considerarsi centrale in considerazione dello specifico obbligo, posto in capo a tutti gli Stati membri dell'Unione dal nuovo Titolo VIII del Trattato CE, di predisporre "piani nazionali per l'occupazione".

Ma il disposto costituzionale è stato anche collegato, sin dai primi anni successivi alla entrata in vigore della Costituzione, alla legislazione sul collocamento¹³⁹ e, più di recente, alle politiche attive del lavoro e ai servizi per l'impiego, ritenendosi che proprio questi ambiti debbano «costituire il primo e fondamentale terreno attuativo della norma»¹⁴⁰.

Ancor oggi l'idea che le politiche attive del lavoro e l'organizzazione dei servizi all'impiego rappresentino le risposte più idonee al soddisfacimento del diritto in questione costituisce un pensiero costante nelle riflessioni condotte sul tema del diritto al lavoro e delle recenti riforme dei servizi

¹³⁶ Già in questo senso PERA, *Assunzioni obbligatorie*, cit., pp. 86 e ss. e, assai chiaramente, MANCINI, *Sub art. 4*, cit., p. 209, per il quale il diritto al lavoro è anzitutto «pretesa dei cittadini ad un comportamento dei pubblici poteri che, svolgendo il programma previsto dalla norma, realizzino condizioni di pieno impiego», il cui pensiero è ripreso da VENEZIANI, *La crisi del Welfare State e i mutamenti del diritto del lavoro in Italia*, *Riv. giur. lav.*, 1996, I, pp. 90-91, nella prospettiva della crisi del *welfare* e della sua componente di gestione e di governo della disoccupazione.

¹³⁷ Cfr., in particolare, MORTATI, *Il diritto al lavoro*, cit., pp. 86 e ss. L'A. ricorda che un esplicito riferimento, nel testo dell'art. 4, a "piani" economici era stato suggerito in alcuni emendamenti al testo della norma costituzionale proposti in sede di lavori preparatori alla Costituzione (pp. 86- 87). In assenza di tale esplicito riferimento, l'A. collegava la previsione dell'art. 4 a quella dell'art. 41, comma 3, e, cioè, alla possibilità di determinare, per legge, "programmi" di indirizzo delle attività economiche verso fini sociali, tra i quali potrebbe anche rientrare quello del soddisfacimento del diritto al lavoro. Un'analisi dei lavori e degli interventi svolti nell'ambito della III Sottocommissione per la Costituzione e relativi al diritto al lavoro in ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, 2006, pp. 63-65

¹³⁸ In particolare, il cosiddetto "schema Vanoni", sul rilancio dell'occupazione nell'industria (schema di matrice keynesiana, che, nel dicembre del 1954, il ministro Vanoni presentò al Presidente del Consiglio), e le norme della legge n. 184 del 1971, sulla Gepi: MANCINI, *Sub art. 4*, cit.

¹³⁹ Già la stessa relazione Fanfani alla l. n. 264 del 1949 esplicitava il nesso tra il diritto al lavoro, ex art. 4, comma 1, Cost. e il sistema di collocamento da essa introdotto; per la dottrina del periodo v., invece, PROSPERETTI, *Sul diritto al lavoro*, cit. Anche in quella fase storica non vi era, tuttavia, consenso, in dottrina, su tale nesso; *contra*, ad es., D'EUFEMIA, *Diritto del lavoro*, cit., per il quale la disciplina del collocamento avrebbe dovuto piuttosto inquadrarsi nella cornice dell'art. 35 Cost. (p. 131).

¹⁴⁰ Così espressamente, NAPOLI, *L'organizzazione del mercato del lavoro. Il disegno della legge n. 56/87*, Giappichelli, pp. 25-26.

per l'impiego¹⁴¹.

Si tratta, tuttavia, di un profilo diverso - pur se non sempre differenziato dalla dottrina - da quello che si è prima indicato facendo uso dell'espressione "macro", cioè di un livello che attiene, più specificamente, alla organizzazione dei mercati del lavoro locali (i.e.: regionali); una organizzazione che, nell'attuale assetto costituzionale (art. 117 Cost.), coinvolge anche (e compete a) soggetti e livelli diversi da quelli statali (ai quali è riferibile, invece, il profilo "macro" della politiche occupazionali): regioni e province, in particolare.

Dalla norma sul diritto al lavoro è, pertanto, ricavabile la direttiva di politica economica del pieno impiego, *ma anche* quella di svolgere politiche attive del lavoro e di apprestare congrui ed efficienti servizi all'impiego.

Per questi ultimi contenuti sono, oggi, i costituzionalisti che più attingono dai giuslavoristi, condividendo l'idea che quello dell'art. 4, comma 1, «non è più soltanto un principio che impone ai pubblici poteri una politica economica di promozione della massima occupazione» ma che «"allude" anche alla prospettazione di tutta una serie di variegati strumenti», cioè di «servizi (non solo eventualmente pubblici) (...), come la formazione e l'orientamento professionale, nonché di avviamento al lavoro, cioè di mediazione della domanda e dell'offerta di lavoro»¹⁴².

5. Il diritto al lavoro come diritto sociale di cittadinanza nel sistema di "protezione multilivello" dei diritti fondamentali: una seconda "apertura di significato"

Esaurita l'analisi dei contenuti del diritto al lavoro, nella prospettiva della Costituzione nazionale, è ormai tempo di tornare sull'ipotesi fatta all'inizio di questo lavoro (§ 1) e cioè sull'idea che il diritto al lavoro sia uno di quei diritti sociali di cittadinanza per i quali è utile integrare la lettura delle disposizioni della Costituzione nazionale con quella di alcune fonti sopranazionali.

Alle "aperture di significato" delineate nel § 2 - dipendenti dalle possibili connessioni fra l'art. 4, comma 1, e le altre norme costituzionali di principio e, soprattutto, dalla possibilità di attualizzare tali connessioni¹⁴³ - è, infatti, possibile aggiungere ulteriori "aperture semantiche" della disposizione costituzionale. Ciò può avvenire proprio operando una lettura combinata della formulazione del (e dell'interpretazione fornita al) diritto al lavoro nella Costituzione nazionale e nelle "Carte dei diritti" europee.

Attraverso l'impiego di formule semanticamente non del tutto coincidenti, il diritto in questione

¹⁴¹ Cfr. sp. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione*, cit., p. 18 e RUSCIANO, *Il lavoro come diritto*, cit.; cui adde LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, cit., *passim*, ma sp. pp. 7 e 9; LAMBERTUCCI, *L'intervento pubblico nella mediazione tra domanda ed offerta di lavoro: dalla registrazione dell'assunzione alla promozione dell'occupazione*, *Arg. dir. lav.*, sp. pp. 243 e ss.; ALES, *Diritto all'accesso al lavoro*, cit.; FILI, *Ragionando su servizi per l'impiego, diritto al lavoro e principio di leale collaborazione*, *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, pp. 336-337; ALAIMO, *I servizi all'impiego e l'art. 4 Cost. dopo le recenti riforme del mercato del lavoro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 251; ALESSI, *Professionalità e contratto*, cit., pp. 21 e 24; GAROFALO D., *Formazione e lavoro*, cit., p. 73; FALASCA, *I servizi privati per l'impiego*, cit., pp. 656-658; GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali*, cit., sp. p. 16.

¹⁴² Così APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale*, cit., p. 104, riprendendo MENGONI, *I diritti sociali*, cit., p. 6.

¹⁴³ Cfr. il § 2.

è, infatti, riconosciuto, oltre che dalla Costituzione nazionale, dalla Carta di Nizza, dalla Carta sociale di Torino del 1961 (modificata a Strasburgo nel 1996; d'ora in poi: *Carta sociale*)¹⁴⁴ e dalla Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori del 1989 (d'ora in poi: *Carta comunitaria*)¹⁴⁵.

Come si è già anticipato, si suggerisce, qui, una lettura “dialogica” piuttosto che “dicotomica” e “dialettica” delle formulazioni presenti nelle fonti richiamate¹⁴⁶, ispirata ad un ripensamento della «logica dell'aut-aut» e, cioè, all'idea che proprio sul terreno dei diritti fondamentali vadano ricercate «soluzioni “miti”, concilianti (...), tali da non portare alla sconcertante, pessimistica conclusione» che un livello di protezione debba per un'ineluttabile necessità prevaricare l'altro¹⁴⁷. È in questa prospettiva che le Carte dei diritti europee, e soprattutto la Carta di Nizza rappresentano «un valore aggiunto alla protezione dei diritti fondamentali in Europa» e che esse, lungi dal pregiudicare le forme di tutela esistenti ai vari livelli, entrano «nella pluralistica *multilevel protection of fundamental rights* come uno dei numerosi pianeti della complessa galassia dei diritti fondamentali europei»¹⁴⁸.

6. Il diritto al lavoro nelle Carte europee dei diritti: considerazioni preliminari sulla loro natura giuridica

Prima di soffermarsi sul significato che il diritto al lavoro assume nelle tre Carte richiamate, sarà bene svolgere alcune considerazioni sulla loro natura giuridica. Da quest'ultima sembra, infatti, dipendere l'intreccio ed il transito di significati di cui più volte si è detto e, dunque, il contributo che, a livello interpretativo, le Carte dei diritti possono fornire alla ricostruzione di significato del diritto al lavoro ex art. 4, comma 1, Cost.

Tali Carte hanno, com'è noto, codificato i diritti sociali tra i diritti fondamentali¹⁴⁹, pur lasciando

¹⁴⁴ Quest'ultima non è riferibile alla attuale dimensione istituzionale e giuridica dell'UE, ma ad una diversa organizzazione internazionale, il Consiglio d'Europa; la possibilità di un suo contributo interpretativo, nella ricostruzione di significato del diritto al lavoro ex art. 4, comma 1, Cost., dipende essenzialmente dalla sua ratifica nell'ordinamento italiano con l. 9.2.1999, n. 30 (cfr. *infra*, § 7).

¹⁴⁵ Il raffronto tra la formulazione dell'art. 4 della Costituzione nazionale e quelle contenute nelle suddette Carte dei diritti è suggerito e compiuto anche da GAROFALO D., *Formazione e lavoro*, cit., p. 93 e da ALESSI, *Professionalità e contratto*, sp. pp. 76-80.

¹⁴⁶ Cfr., nella stessa prospettiva, il contributo di ALES, *Sicurezza sociale e assistenza sociale (art. 34 e 38)*, di prossima pubblicazione in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2007.

¹⁴⁷ Le espressioni usate nel testo venivano usate, nel periodo successivo alla firma del Trattato costituzionale (Roma, 29 ottobre 2004), da RUGGERI, *Quale Costituzione per l'Europa?*, cit., pp. 168-169, nella prospettiva dell'allora nascente rapporto fra Costituzione europea e Costituzioni nazionali.

¹⁴⁸ Si mutuano le due espressioni da CARTABIA, *Sub art. 53*, cit., pp. 360, 362 e 363; riprendendo il pensiero dell'A., anche GIUBBONI *Da Roma a Nizza*, cit., p. 26, ha parlato di «costituzione composita e fluida dei diritti fondamentali europei».

¹⁴⁹ Sulla inclusione dei diritti sociali tra i diritti fondamentali nel diritto dell'Unione europea la letteratura è, ovviamente, sterminata. Con riguardo al periodo antecedente la stesura della Carta di Nizza, ci si limita a richiamare il saggio di LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, *Pol. dir.*, 2000, p. 367 e la Relazione del Comitato Simitis, cit. alla nota 69 (ed. *ivi*, il commento di AZZENA), nel quale, significativamente, si insisteva sulla esigenza di superare ogni classificazione dei diritti sociali come categoria di importanza inferiore a quella dei diritti civili e politici, reclamando la *visibilità* e la *indivisibilità* dei primi rispetto ai secondi. Sulle posizioni espresse da alcuni noti giuslavoristi europei, nel corso degli anni '90, a favore di una espressa costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali, direttamente nel corpo dei trattati istitutivi, GIUBBONI, *Da Roma a Nizza*, cit., p. 13. Sulla *indivisibilità* dei diritti fondamentali nella Carta di Nizza nella quale l'unità dello statuto dei diritti fondamentali risalta anche dalla organizzazione tematica proposta dalla struttura della Carta (nella quale, come è noto, le disposizioni sui diritti vengono raggruppate in sei differenti Capi, ispirati, ognuno, a diversi principi) v., fra i tanti, PEZZINI, *La decisione*, cit., sp. pp. 176 e 181. Per il periodo successivo – tralasciando la copiosa letteratura straniera - bastino i riferimenti a DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione*

assolutamente scoperto il profilo della loro giustiziabilità¹⁵⁰.

Non è certo questa la sede per affrontare compiutamente la problematica del valore giuridico delle tre Carte e, soprattutto, della *Carta di Nizza*; benché tale ultima questione, dopo essersi intrecciata a quello del rilievo giuridico e delle “sorti” del Trattato costituzionale europeo¹⁵¹, sembra, oggi, sopita dalla nuova formulazione dell’art. 6, § 1, del TUE, che - con l’espreso riferimento ai «diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta (...) che lo stesso valore giuridico dei trattati»¹⁵² - consentirà alle disposizioni della stessa di acquisire lo *status* di norme primarie del diritto dell’Unione¹⁵³.

Può, tuttavia, essere utilmente ricordato che le prime due Carte – la *Carta sociale* e la *Carta comunitaria* -, malgrado la loro differente natura giuridica¹⁵⁴, sono state entrambe considerate, dapprincipio, “documenti non vincolanti”¹⁵⁵, ma hanno assunto, nel tempo, un rilievo giuridico (sia pure limitato) attraverso l’interpretazione della Corte di giustizia¹⁵⁶. Le medesime hanno fatto

dell’Unione europea, *Dir. pubbl.*, 2001, p. 33; VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell’integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell’Unione europea*, *Dir. pubbl.*, 2001, p. 849 e, per i giuslavoristi, a GIUBBONI, *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario*, *Riv. dir. sic. soc.*, 2004, p. 489; BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 55/2007, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_int.htm e, in una prospettiva di analisi che involge anche le forme di *soft law* ed, in particolare, il “metodo aperto di coordinamento”, SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell’Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di «soft law»*, *Quad. cost.*, 2004, p. 281; GIUBBONI, *Ambiguità e potenzialità dei diritti sociali europei*, *Dir. lav. Marche*, 2005, p. 17.

¹⁵⁰ Per la Carta sociale, in particolare, non è stato introdotto un meccanismo di tutela dei diritti simile a quello previsto per la Convenzione europea dei diritti umani (CEDU); tra i due sistemi principali di controllo sull’applicazione degli accordi internazionali in materia sociale - il sistema basato sui rapporti biennali e quello fondato sui ricorsi -, la scelta, nel caso della Carta sociale, è, infatti, caduto sul primo dei due sistemi: BIFULCO, *L’inviolabilità*, cit., pp. 331-332.

¹⁵¹ Sulla incorporazione della Carta nella parte II del Trattato costituzionale v., per tutti, BERCUSSON, *Social and Labour Rights under the EU Constitution*, in DE BURCA, DE WITTE (ed.), *Social Rights in Europe*, cit., p. 169. Fra gli innumerevoli contributi del periodo compreso fra la firma del Trattato costituzionale e la sua bocciatura referendaria, in Francia e Olanda, v., almeno, AZZARITI, *Il Trattato costituzionale europeo: un corpo senz’anima*, *Quad. cost.*, 2005, p. 413; GAMBINO, *Diritti fondamentali europei e Trattato costituzionale*, *Pol. dir.*, 2005, p. 3.

¹⁵² C.vo nostro.

¹⁵³ Conf. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento costituzionale europeo*, in *Trattato di Diritto privato dell’Unione Europea*, diretto da AJANI, BENACCHIO, vol. V, *Il lavoro subordinato*, SCIARRA, CARUSO (a cura di), Giappichelli, 2008 (in corso di pubblicazione).

¹⁵⁴ Atto di diritto internazionale avente la stessa forza di un normale trattato internazionale, la prima (in quanto tale, fonte di obbligo per gli Stati contraenti a livello internazionale, ma non fonte di veri e propri diritti soggettivi in capo ai singoli individui); dichiarazione o documento politico interamente attinente al sistema giuridico comunitario oltre che appartenente ad una ben precisa fase di evoluzione della politica sociale comunitaria (quella in cui si è realizzato un primo bilanciamento della dimensione dei mercati con la dimensione sociale), la seconda (così CARUSO, *I diritti sociali fondamentali* cit.); BIFULCO, *L’inviolabilità*, cit., pp. 325 e ss., ma anche BIAGI, SALOMONE, *L’Europa sociale e il diritto al lavoro: il ruolo della “European Social Charter”*, *Lav. giur.*, 2000, pp. 414-418. Suggestiva l’ipotesi di FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., p. 171, per la quale il valore di tali Carte sarebbe, tuttavia, diverso da quello delle “carte” o “dichiarazioni” a carattere internazionale per il fatto che esse presenterebbero «un più stringente rapporto con la sovranità»; ciò farebbe apparire le carte sopranazionali «come documenti giuridici vicini ad una valenza “positiva”». L’A. parla anche di «carattere misto» delle carte e degli enti sovranazionali, «a metà tra dimensione internazionale e dimensione transnazionale».

¹⁵⁵ Per quanto riguarda la *Carta comunitaria* - che ha riunito «in un testo del tutto sprovvisto di efficacia vincolante, diritti, principi e meri obiettivi di politica sociale» ed il cui principale risultato è stato quello di funzionare «come base programmatica della politica sociale comunitaria nei primi anni Novanta» (GIUBBONI, *Da Roma a Nizza*, cit., p. 14) - il carattere di documento programmatico non vincolante era già stato affermato, da più parti, all’indomani della sua adozione: si vedano, fra i tanti, DE LUCA, *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali: profili problematici e prospettive*, *Foro it.*, 1990, V, c. 129; LA MACCHIA, *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 769.

¹⁵⁶ Come osserva ALESSI, *Professionalità e contratto*, cit., pp. 69-70, con riguardo alla Carta comunitaria, riprendendo BERCUSSON, *La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali*, LD, 1991, p. 319 ed HEPPEL, *The Implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights*, *Mod. Law Review*, 1990, p. 644) la Corte ha dato ragione «a chi sosteneva che l’influenza delle previsioni della

ingresso, dopo il Consiglio europeo di Amsterdam (giugno 1997), nel Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE), che, pur con la debole formulazione dell'art. 136, § 1¹⁵⁷, ha certamente introdotto, nel diritto primario dell'Unione, «una novità di notevole significato simbolico e di indubbio rilievo pratico»¹⁵⁸.

Ma va soprattutto ricordato che la *Carta sociale*, nella versione modificata nel 1996, è stata ratificata dall'Italia con legge 9.2.1999, n. 30 e che, perciò, le sue disposizioni, al pari di tutte le altre norme di legge ordinaria, costituiscono norme di diritto interno di rango immediatamente inferiore a quelle costituzionali¹⁵⁹.

Ciò significa che il contenuto del diritto al lavoro che compare in quel testo – nel quale, come si vedrà, è presente una maggiore articolazione di significati rispetto alla scarna enunciazione costituzionale – chiarisce il significato del diritto costituzionalmente riconosciuto per via di una normale integrazione normativa del disposto costituzionale attraverso legge ordinaria, senza che, per giustificare l'influsso della *Carta sociale* sulla ricostruzione di significato del diritto al lavoro ex art. 4 Cost., occorra scomodare quelle teorie circolari, assiologicamente orientate, dell'interpretazione richiamate nel paragrafo introduttivo.

Per quanto poi riguarda la *Carta di Nizza* - senza voler qui ripercorrere l'intero dibattito sulla questione del suo valore giuridico¹⁶⁰, apertosi all'indomani della sua proclamazione¹⁶¹, né cedere ad eccessi di ottimismo sull'Europa dei valori - va sottolineato che a fronte di posizioni svalutative, che ne hanno messo in evidenza la valenza meramente declaratoria e simbolica e il suo valore precipuamente ricognitivo (e alle quali sembrava fornire supporto la stessa Commissione europea, nella Comunicazione di poco precedente la proclamazione della *Carta di Nizza*¹⁶²), numerose e accreditabili opinioni hanno, invece, visto nella Carta un atto di sostanza costituzionale¹⁶³, più

Carta si sarebbe potuta apprezzare nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto comunitario» (alcuni esempi di giurisprudenza fondata sulla Carta comunitaria sono infatti richiamati dall'A. a p. 69, nota 258).

¹⁵⁷ Per il quale i diritti sociali fondamentali definiti nella *Carta sociale* e nella *Carta comunitaria* sono «tenuti presenti» dalla Comunità e dagli Stati membri.

¹⁵⁸ GIUBBONI, *Da Roma a Nizza*, cit. Il richiamo operato dall'art. 136, § 1 (oltre che dal preambolo del TUE, nel quale il richiamo alle due Carte avviene in termini di «attaccamento ai diritti sociali fondamentali quali definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989») è, ridimensionato da BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 55/2007, p. 6, che ritiene «eccessivo parlare di "incorporazione" delle Carte sociali, deducendone la diretta efficacia e le "valenze prescrittive"».

¹⁵⁹ Sia la Corte costituzionale che la Corte di Cassazione italiana hanno fondato spesso le proprie decisioni sulla *Carta sociale*: cfr. BIAGI, SALOMONE, *L'Europa sociale e il diritto al lavoro*, cit., pp. 417-418 e, ivi, la nota 24.

¹⁶⁰ Sul diverso profilo della sua *efficacia politica*, alla quale va ricondotta la «auto-obbligazione» delle istituzioni europee al rispetto della Carta, v. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali*, cit.

¹⁶¹ Il dibattito è, comprensibilmente, amplissimo ed involge la letteratura italiana e straniera, oltre che suoi diversi ambiti disciplinari (costituzionalistico, giuslavoristico, sociologico). Per una bibliografia essenziale sul punto, si vedano gli AA. cit. alle note 6 e 7, e, ivi, gli ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁶² COM 2000 644 def.

¹⁶³ Di una tensione fra concezione della Carta come strumento funzionale al processo costituzionale europeo e concezione secondo cui essa sarebbe, invece, un semplice documento di consolidamento e ricognizione dell'*acquis* comunitario relativo ai diritti fondamentali parla POIARES MADURO, *The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in HERVEY, KENNER (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Oxford, 2003, p. 269.

che di natura pattizia¹⁶⁴; un'originale forma di «*soft law* paracostituzionale»¹⁶⁵; un testo sicuramente dotato di «una diversa e maggiore rilevanza *giuridica*» rispetto alla Carta comunitaria¹⁶⁶ che, in quanto tale, si offre già all'attività interpretativa della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, ex artt. 6 e 46 del TUE¹⁶⁷, oltre che e, più in generale, del giurista.

Il rilievo che la Carta può assumere sotto il profilo interpretativo, per i giudici nazionali, è stato, del resto, collegato al generale “obbligo di interpretazione conforme” che – secondo recenti e, anche in questo caso, accreditabili letture - si impone per ogni norma di diritto comunitario a prescindere dal suo carattere di norma direttamente applicabile e pertanto, come viene esplicitamente chiarito, anche per la Carta di Nizza¹⁶⁸.

La circostanza che la Carta non sia stata «“battezzata” alla fonte della efficacia giuridica»¹⁶⁹, non ha, inoltre, impedito che essa cominciasse a rappresentare un punto di riferimento per le più svariate giurisdizioni, nazionali, comunitarie ed europee¹⁷⁰ (in Italia la Corte costituzionale¹⁷¹, la Corte di Cassazione e certa giurisprudenza di merito¹⁷²; in altri Stati, i Tribunali costituzionali, come quello spagnolo¹⁷³ e portoghese; la Corte di Strasburgo¹⁷⁴ e, più volte, il Tribunale di prima istanza¹⁷⁵), nonostante l'iniziale *self restraint* della Corte di Giustizia, da qualcuno apostrofato come «una sorta di *sfida* rispetto agli avvocati generali», i quali, sin dal principio, richiamavano

¹⁶⁴ MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, cit. pp. 49 e ss.

¹⁶⁵ BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *Introduzione*, cit. p. 31, cui *adde* GIUBBONI, *Da Roma a Nizza*, cit., pp. 21 e 23 ed ALESSI, *Professionalità e contratto*, cit., p. 74.

¹⁶⁶ È anche significativo che un espresso richiamo ai diritti civili, sociali, economici e politici sanciti, oltre che dalla Costituzione nazionale, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. sia presente negli Statuti regionali: cfr., per es., lo Statuto della Regione Lazio: art. 6, comma 3.

¹⁶⁷ Sempre GIUBBONI S., *Da Roma Nizza*, cit. p. 22.

¹⁶⁸ CELOTTO, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme? Quest. Giust.*, 2006, pp. 505 e ss. ma sp. pp. 516-517.

¹⁶⁹ L'espressione è di CELOTTO, PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta*, cit., p. 427.

¹⁷⁰ Fra le numerose sintesi delle posizioni assunte dalle varie giurisdizioni sul valore giuridico della Carta di Nizza, v. CELOTTO, *Giudici nazionali e Carta di Nizza*, cit., pp. 504-505; GAMBINO, *Diritti fondamentali europei e Trattato costituzionale*, *Pol. dir.*, 2005, 1, sp. pp. 5-7; CELOTTO, PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001 - 2004)*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

¹⁷¹ È ormai noto che la Corte costituzionale italiana vi ha fatto ricorso, per la prima volta (anche se semplicemente *ad adiuvandum*) nel 2002 (Corte cost. 24 aprile 2002, n. 135, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1062), in una pronuncia con cui è stata respinta l'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata, in relazione agli artt. 189 e 266-271 cod. proc. pen. sulle intercettazioni, per presunto contrasto con la tutela del domicilio; nella sentenza, i giudici costituzionali, pur dichiarando la Carta priva di efficacia giuridica, ne hanno riconosciuto il «carattere espressivo di principi comuni degli ordinamenti europei».

¹⁷² Un ulteriore, e più deciso, richiamo alla Carta è stato compiuto dalla, pur nota, ordinanza della Corte di appello di Roma (Corte d'appello di Roma, sez. lavoro, ord. 11 aprile 2002, *Riv. giur. lav.*, 2003, II, p. 170, con nota di SANDULLI, *Sulla vincolatività giuridica della Carta di Nizza*, *ivi*, p. 175) nella quale si legge che «anche se non ancora inserita nei trattati, la Carta (*n.d.r.*) è ormai considerata pienamente operante come punto di riferimento essenziale non solo per l'attività delle istituzioni comunitarie, ma anche per l'attività interpretativa dei giudici europei».

¹⁷³ Tribunale costituzionale spagnolo, sent. n. 292 del 30 novembre 2000.

¹⁷⁴ Sull'uso della Carta da parte della Corte di Strasburgo – in particolare nelle due sentenze *Goodwin* del 2002 e *Bosphorus* del 2005 - v. BRONZINI, PICONE, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza delle Corti europee, I diritti dell'uomo*, 2006, p. 5

¹⁷⁵ Sulle cui pronunce v., in particolare, DI TURI, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, *Dir. Un. Eur.*, 2002, p. 671.

la Carta quale “fonte preziosissima”¹⁷⁶.

La Carta di Nizza è stata, dunque, oggetto di un significativo processo di «applicazione anticipata»¹⁷⁷ che ne ha, di fatto, realizzato una «profonda penetrazione» «nel circuito giurisdizionale multilivello del vecchio continente»¹⁷⁸.

La stessa Corte di giustizia ha mostrato negli ultimi anni una maggiore apertura nei confronti del *Bill of Rights* di Nizza, richiamandolo espressamente in alcune sue recenti decisioni¹⁷⁹, benché non possa disconoscersi che, anche in queste pronunce, il riferimento alla Carta sia ancora limitato e «troppo recente per trarne conseguenze al livello della teoria delle fonti del diritto europeo»¹⁸⁰.

In ogni caso, se una qualche rilevanza giuridica si era tentato di attribuire alla Carta anche in passato - quando in mancanza di un espresso inserimento o richiamo nei Trattati la ricostruzione della sua efficacia giuridica in termini di utilità *ai fini interpretativi* era il «punto più avanzato» cui poteva giungersi «senza “forzare” la forma giuridica dell’atto stesso»¹⁸¹- tanto più deve riconoscersene oggi – in presenza di sempre più numerosi riferimenti ad essa da parte della Corte di giustizia¹⁸², ma, soprattutto, del richiamo testuale compiuto dall’art. 6, § 1, del TUE - il suo riverbero sul piano della interpretazione di quelle parti delle Costituzioni nazionali che hanno ad oggetto diritti fondamentali e, per quel che qui interessa, il diritto al lavoro.

Sembra, con ciò abbondantemente dimostrato l’assunto iniziale: l’idea che i contenuti del diritto al lavoro, ex art. 4, comma 1, Cost., si evidenziano meglio se tale disposizione viene letta alla luce delle enunciazioni contenute nelle tre Carte (specialmente, come si vedrà, nella Carta sociale e nella Carta di Nizza) poiché queste ultime sono in grado di fornire un contributo interpretativo che consente di immettere nel contenuto del diritto costituzionalmente riconosciuto le (maggiori) articolazioni di significato presenti nelle formulazioni delle Carte.

¹⁷⁶ Sempre CELOTTO, *Giudici nazionali e Carta di Nizza*, cit., p. 505. Cfr., in particolare, le conclusioni dell’Avv. gen. Tizzano dell’8 febbraio 2001 in causa C-173/99, BECTU/*Secretary of State for Trade and Industry* (punti 26-28), in *Racc.*, p. I-4881 ss. La successiva sentenza della CGCE 26 giugno 2001 (in *Racc.*, p. I-4900 ss.) non contiene alcun riferimento alla Carta.

¹⁷⁷ BRONZINI, PICONE, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza*, cit., p. 5.

¹⁷⁸ BRONZINI, PICONE, *Le Corti sopranazionali e il Parlamento europeo insistono per l’«efficacia anticipata» della Carta di Nizza*, *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 330.

¹⁷⁹ CCGE 26 giugno 2006, C-540/03, Parlamento c. Consiglio; CCGE 18 gennaio 2007, causa C-385/05 (Cgt, Cfdt et al. contro Primo ministro francese) sulla Direttiva n. 2002/14 (che istituisce un quadro generale relativo all’informazione e consultazione dei lavoratori nella Comunità), per la quale si rinvia ad ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell’impresa: informazione, consultazione e partecipazione*, in *Trattato di Diritto privato dell’Unione Europea*, diretto da AJANI, BENACCHIO, vol. V, *Il lavoro subordinato*, SCIARRA, CARUSO (a cura di), Giappichelli, 2008 (in corso di pubblicazione); CCGE 13 marzo 2007, C-432/05, *Unibet c. Justitiekanslern*; e le due ultime e note decisioni dei casi *Viking* e *Laval* (CCGE 11 dicembre 2007, causa C-438/05; CCGE 18 dicembre 2007, causa C-341/05). La prima delle cinque decisioni cit. è stata salutata come una sentenza “storica” da alcuni commentatori: si vedano sp. BRONZINI, PICONE, *La Corte del Lussemburgo «scopre» la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela «multilevel» dei diritti fondamentali?*, *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 979; nonché, dopo la sentenza del 13 marzo 2007, BRONZINI, PICONE, *Le corti sovranazionali e il Parlamento europeo*, cit.

¹⁸⁰ BALLESTRERO, *Europa dei mercati*, cit., p. 10 e nota 19.

¹⁸¹ CELOTTO, PISTORIO, *L’efficacia giuridica della Carta*, cit., p. 428.

¹⁸² La circostanza che l’esistenza di un catalogo scritto di diritti fondamentali abbia contribuito ad esaltare il ruolo della Corte di giustizia, sulla cui giurisprudenza gli effetti della Carta appaiono di potenziamento, piuttosto che di ridimensionamento, è sottolineata da CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, 2007, pp. 36-37.

7. Il diritto al lavoro: A) nella Carta sociale

È, pertanto, finalmente possibile soffermarsi sul contenuto del il diritto al lavoro nelle tre Carte¹⁸³, verificando se sia ancora possibile ritenere, pessimisticamente, «che nelle enciclopedie giuridiche dell'Europa comunitaria *fin de siècle* (...), la voce *Diritto al lavoro* rinvii il lettore alla voce *Catastrofe*»¹⁸⁴ o contenga indicazioni vaghe e per nulla esplicative del significato da attribuire al diritto in parola.

La risposta a tale provocatorio interrogativo è – lo anticipa sin d'ora – negativa.

Non soltanto il diritto al lavoro compare in tutte e tre le Carte richiamate, ma è, in ognuna, diversamente enunciato, così da finire «declinato nelle sue molteplici versioni»¹⁸⁵.

A) Soltanto nella Carta sociale è, tuttavia, visibile, a chiare lettere, la cosiddetta *dimensione positiva* del diritto al lavoro, nella duplice versione del diritto alla realizzazione e al mantenimento della piena occupazione e del diritto a servizi per l'impiego gratuiti (art. 1, §§ 1 e 3)¹⁸⁶.

All'enunciato generale in base al quale «ogni persona deve avere la possibilità di guadagnarsi la vita con un lavoro liberamente intrapreso» (Parte I, n° 1), segue, infatti (Parte II, art. 1), l'indicazione degli obblighi posti a carico degli Stati allo scopo di assicurare l'esercizio effettivo del diritto¹⁸⁷. Si prevede, in particolare, che le Parti si impegnino lungo quattro direttrici: (1) realizzando e mantenendo il livello più elevato e più stabile possibile dell'impiego in vista della realizzazione del pieno impiego; (2) tutelando in modo efficace il diritto del lavoratore di guadagnarsi la vita con un lavoro liberamente intrapreso; (3) istituendo o mantenendo servizi per l'impiego gratuiti per tutti i lavoratori; (4) assicurando o favorendo un orientamento, una formazione ed un riadattamento professionale adeguati (Parte II, art. 1).

Entrambe le dimensioni del diritto al lavoro – quella positiva e quella negativa - sono, pertanto, presenti nel testo della Carta sociale: oltre all'aspetto legato alla libertà di scelta del lavoro, è esplicito – e particolarmente articolato – il riferimento alla dimensione positiva del diritto: la sua realizzazione impone, in primo luogo, una politica economica della piena occupazione; in secondo luogo, efficienti e gratuiti servizi per l'impiego; ed, infine, adeguati servizi di orientamento, formazione e riadattamento professionale.

L'articolazione fornita al contenuto del diritto è, dunque, massima nella *Carta sociale*, dove la posizione soggettiva si dilata sino al punto da coprire il diritto all'orientamento e alla formazione professionale, mettendo in luce, da una parte, la stretta connessione tra garanzia di effettività del

¹⁸³ Per una ricostruzione ragionata e comparata del diritto al lavoro garantito dalle tre Carte v. pure ALESSI, *Professionalità e contratto*, cit., pp. 78-80.

¹⁸⁴ ROMAGNOLI, *Dal lavoro ai lavori*, cit., p. 4.

¹⁸⁵ ALESSI, *Professionalità e contratto*, cit., p. 77.

¹⁸⁶ Cfr. BIAGI, SALOMONE, *L'Europa sociale e il diritto al lavoro*, cit.

¹⁸⁷ Nella *Carta sociale* il diritto al lavoro è, infatti, preso in considerazione in due punti: secondo la peculiare tecnica di redazione della Carta, i diritti che vi sono riconosciuti vengono enunciati in disposizioni generali numerate e assai sintetiche, nella Parte I, e sono poi ripresi e precisati nella Parte II, in una serie di articoli (corrispondenti, per numero e intitolazione, a quelli in cui sono enunciati i diritti nella Parte I) nella quale vengono configurate le obbligazioni poste a carico degli Stati «allo scopo di assicurare l'esercizio effettivo» di ciascun diritto. La descrizione della tecnica con la quale i diritti vengono enunciati e precisati dalla *Carta sociale* è ripresa da PEZZINI, *La decisione*, cit., p. 191.

diritto al lavoro e servizi per l'impiego qualitativamente efficienti¹⁸⁸, dall'altra, il nesso tra diritto al lavoro e professionalità¹⁸⁹.

Alla luce delle premesse compiute nel paragrafo precedente – e cioè dell'avvenuta ratifica della Carta sociale da parte dell'Italia e della conseguente conversione delle sue disposizioni in norme di legge ordinaria –, appare, allora, evidente che il contenuto del diritto al lavoro, ex art. 4 Cost., si precisa alla luce dei plurimi e diversi significati forniti allo stesso diritto dalle disposizioni della Carta sociale: ciò vale soprattutto, per il profilo del diritto a servizi per l'impiego e del nesso fra diritto al lavoro e professionalità, entrambi meno accentuati dalla elaborazione dottrinale che ha cercato, nel tempo, di gettar luce sul significato del diritto ex art. 4, comma 1, Cost.

Ulteriori utili indicazioni – riguardanti, in questo caso, il profilo dell'obbligo degli Stati di porre in essere una politica economica di pieno impiego, si ricavano dalla interpretazione che del diritto riconosciuto dalla Carta sociale è stata fornita dal Comitato europeo dei diritti sociali¹⁹⁰. Quest'ultimo è, come è noto, composto da esperti indipendenti che – sulla base delle relazioni presentate dai Governi nazionali – verificano, in merito ad ogni singola disposizione della Carta, l'adempimento dei relativi obblighi di attuazione da parte degli Stati.

In ordine al diritto al lavoro e all'obbligo di porre in essere politiche economiche di pieno impiego, il Comitato ha fornito, invero, un'interpretazione piuttosto “riduzionista”, ritenendo che un semplice aumento dei tassi nazionali di disoccupazione non consenta di ritenere inadempienti gli Stati che abbiano, comunque, posto in essere misure occupazionali tali da migliorare la situazione del mercato del lavoro¹⁹¹. Il Comitato ha, così, ritenuto che l'obbligo di realizzare una politica economica di pieno impiego sia un semplice obbligo di “adoperarsi affinché”, piuttosto che un dovere di conseguire obiettivi occupazionali misurabili.

Più che di una insufficienza dei meccanismi atti a garantire l'effettivo rispetto dei diritti e delle politiche sociali enunciati nella Carta sociale¹⁹², la cautela espressa dal Comitato dipende, probabilmente, dalla oggettiva difficoltà di realizzare, sul piano internazionale, una giurisdizionalizzazione dei diritti sociali; la medesima difficoltà che, in fondo, «impedisce, sul piano della sovranità interna, di realizzare una piena ed efficace tutela giurisdizionale di quegli stessi diritti»¹⁹³, soprattutto nella loro declinazione di “diritti a prestazione”.

7.1. (segue) B) nella Carta comunitaria e nella Carta di Nizza

¹⁸⁸ Il collegamento appare evidente e rende condivisibile l'idea che la norma in questione ponga in capo agli Stati un obbligo di “buon funzionamento” del servizio: cfr. BIAGI, SALOMONE, *L'Europa sociale*, cit., p. 420.

¹⁸⁹ Sul punto, ampiamente, ALESSI, *Professionalità e contratto*, cit.

¹⁹⁰ Sulla quale v. ASHAGBOR, *The Right to Work*, in DE BURCA, DE WITTE (ed.), *Social Rights in Europe*, cit., pp. 244-249 che richiama puntualmente le relative *Conclusions* del Comitato.

¹⁹¹ Come viene riferito da ASHAGBOR, *The Right to Work*, cit., pp. 244-245 e nota 8, per il Comitato, «a large increase in the rate of unemployment would not prevent the Committee from concluding that the Charter was being satisfied, so long as a substantial effort is made to improve the labour market situation».

¹⁹² Come ritiene CARUSO, *I diritti sociali fondamentali*, cit.

¹⁹³ BIFULCO, *L'inviolabilità*, cit., p. 332.

B) Diversamente che nella *Carta sociale*, nella *Carta comunitaria* del 1989 e nella *Carta di Nizza*, l'enfasi è posta sulla *dimensione negativa* del diritto e cioè sul profilo del diritto-libertà¹⁹⁴, come emerge, per quanto riguarda la *Carta di Nizza*, dalla stessa collocazione del diritto nel capo II (dedicato alla libertà), piuttosto che nel IV (dedicato alla solidarietà)¹⁹⁵.

Il diritto al lavoro è, infatti, laconicamente conferito ad ogni persona – ed in termini di «libertà di scelta e di esercizio di una professione» - dalla *Carta comunitaria* (art. 4); ed è analogamente attribuito ad «ogni individuo» come «diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata», dalla *Carta di Nizza* (art. 15, § 1).

Poiché, come subito si vedrà, nella Carta di Nizza è presente una maggiore articolazione del diritto-libertà riconosciuto anche nella Carta comunitaria, si continuerà, d'ora in avanti, a fare esclusivo riferimento alle formulazioni della prima.

Nell'art. 15 del *Bill of Rights* di Nizza compare, infatti, una significativa estensione della libertà di lavoro e di professione sotto il profilo della libertà di circolazione all'interno del territorio dell'Unione¹⁹⁶. Tale estensione viene riferita ai soli soggetti (*i cittadini dell'Unione*) che abbiano potuto godere *effettivamente* della libertà prevista dal par. 1¹⁹⁷ e funziona, sostanzialmente, come specificazione del principio generale della libertà di circolazione e di soggiorno attribuita a tutti dei cittadini dell'Unione dall'art. 45 TCE¹⁹⁸, nonché come norma complementare alle disposizioni del TCE che riguardano la libera circolazione dei lavoratori, il diritto di stabilimento dei cittadini e la libertà di prestazione dei servizi all'interno della Comunità (artt. 39, 43 e 49 TCE)¹⁹⁹.

Due sono, pertanto, i soggetti titolari del diritto (*rectius*: dei diritti) garantito dall'art. 15 della *Carta di Nizza*. Mentre nel § 1 il soggetto titolare è ogni *persona*, cosicché la norma assume una chiara impronta di tipo universalistico, nel § 2, i soggetti titolari del diritto-libertà sono, invece, i soli *cittadini dell'Unione*. Se nel § 1 è, inoltre, enfatizzato il profilo del *libero esercizio di un lavoro o di una professione* («liberamente scelta e accettata»), nel secondo viene sottolineato l'aspetto

¹⁹⁴ ASHIAGBOR D., *The Right to Work*, cit., *passim*, ma sp. pp. 241.

¹⁹⁵ Di un generale «spostamento di accenti dalla persona all'individuo e alla sua libertà di autodeterminazione, con accenti neoliberali nella tutela dei diritti» e di un'accentuazione della concezione individualistica dei diritti fondamentali parla CARTABIA, *L'ora dei diritti*, cit., pp. 34-35.

¹⁹⁶ Recita, infatti, il § 2 dell'art. 15 che «Ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro».

¹⁹⁷ DEMURO, *Art. 15. Libertà professionale e diritto di lavorare*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta*, cit., p. 126.

¹⁹⁸ DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 340; ALES, *Libertà e "uguaglianza solidale"*, cit., p. 115.

¹⁹⁹ Il diritto comunitario svela, pertanto, un forte nesso fra diritto al lavoro e libertà di circolazione. Tale legame si palesa - oltre che nell'art. 15, § 2, della Carta - nell'art. 39, § 3, TCE, per il quale la libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità comporta il diritto di (a) rispondere ad offerte di lavoro effettive; di (b) spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri; (c) di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro e (d) di rimanere nel territorio di uno Stato membro dopo avere occupato un impiego; nel titolo I del Reg. n. 1612/1968 (sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità), i cui artt. 1 e 2 enunciano il diritto dei cittadini comunitari di accedere ed esercitare in tutti i Paesi membri attività di lavoro subordinato, di scambiare domande e offerte di impiego e di concludere contratti di lavoro; nonché, infine, nella dir. n. 38/2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Sul tema della libera circolazione dei lavoratori, ci si limita a rinviare, per tutti, al recente contributo di GIUBBONI, ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, 2007.

della *libertà di spostamento e di stabilimento* (all'interno del territorio dell'Unione) per la ricerca di un lavoro.

In considerazione di quest'ultimo aspetto, si è ritenuto che il riconoscimento del diritto-libertà di lavoro, nell'art. 15, riveli un forte nesso con le quattro fondamentali libertà di circolazione previste dal TCE [persone, merci, capitali e servizi: art. 3 c)], al punto tale da poter essere considerato come un riconoscimento essenzialmente strumentale al funzionamento del mercato unico. E, cioè, come un diritto-libertà precipuamente riconosciuto nell'ottica funzionalistica della eliminazione delle barriere e degli ostacoli al regolare funzionamento del mercato unico interno²⁰⁰.

Si è, però, finito per sottolineare, in tal modo, il più tradizionale profilo del diritto-libertà, che è quello legato ad una visione spiccatamente economicistica dell'Europa, trascurando di cogliere altre – e sicuramente più suggestive – interpretazioni della disposizione della Carta, imperniate sulla enfattizzazione del diritto-libertà della persona di svolgere un lavoro *adeguato* alle proprie qualificazioni ed attitudini; un lavoro che le consenta, per questa via, di costruire un proprio personale progetto di vita²⁰¹.

Quest'ultimo profilo era già significativamente valorizzato dalla Convenzione dell'OIL sulla politica dell'impiego del 1964²⁰², che, nel riprendere la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo²⁰³, raccomandava una politica attiva dell'impiego tendente proprio a garantire «che vi fosse libera scelta dell'occupazione e che ogni lavoratore avesse le possibilità per acquisire le qualificazioni necessarie per occupare un impiego che gli convenga e di utilizzare in tale impiego le sue qualificazioni nonché le sue attitudini»²⁰⁴. Si tratta di un aspetto del diritto al lavoro che può essere accentuato – come si è visto²⁰⁵ - anche nella interpretazione della norma costituzionale nazionale, attraverso una rilettura dei suoi nessi con l'art. 2 Cost.

Nell'enfatizzare il primo aspetto del diritto al lavoro garantito dalla Carta, si è anche finito per ritenere non visibile, al suo interno, alcun diritto (al lavoro come diritto) sociale a prestazione; e ciò in sintonia con la diffusa opinione che il *diritto al lavoro* in senso proprio (e, cioè, la dimensione positiva del diritto)²⁰⁶ manchi di esplicito riconoscimento nella *Carta di Nizza* che, nel suo capo II

²⁰⁰ È questa l'opinione di ASHIAGBOR, *The Right to Work*, cit., pp. 243-244.

²⁰¹ Tale interpretazione può essere utilmente suffragata dall'analisi di altri documenti comunitari; segnatamente delle Comunicazioni della Commissione sui servizi pubblici per l'impiego [«*Modernizzare i servizi pubblici dell'impiego per sostenere la strategia europea per l'occupazione*»: COM (1998) 641 def. del 13.11.1998] e sul *Bilancio* e il *Futuro* della Strategia europea per l'occupazione [«*Bilancio di cinque anni della strategia europea per l'occupazione*» [COM (2002) 416 def. del 17.7.2002; *Futuro della strategia europea per l'occupazione* COM (2003) 6 def. del 14.7.2003]. Per un approfondimento dei nessi istituiti da tali documenti fra servizi preordinati al soddisfacimento del diritto al lavoro, politiche di attivazione e ricerca di un lavoro "adeguato", si rinvia ad ALAIMO, «*Il diritto costituzionale al lavoro nei mercati integrati*», cap. II.

²⁰² Convenzione C-122 sulla Politica dell'impiego, ratificata dall'Italia con le l. 19 ottobre 1970, n. 864.

²⁰³ Ed, in particolare, la disposizione secondo cui «ogni persona ha diritto al lavoro, alla libera scelta del suo lavoro, a condizioni eque e soddisfacenti di lavoro e alla protezione contro la disoccupazione».

²⁰⁴ Più generica, ma sostanzialmente sintonica, la Convenzione OIL n° 168 del 1998 – riguardante la *Promozione dell'occupazione e la protezione contro la disoccupazione* - che raccomanda agli Stati la promozione di un impiego pieno, produttivo e liberamente scelto.

²⁰⁵ Cfr. retro il § 2.

²⁰⁶ Denuncia questa omissione ARRIGO, *La nuova Carta europea*, cit., p. 15; su quest'assenza, v. anche DE SCHUTTER, *La garanzia dei diritti*, cit., p. 212, per il quale il diritto al lavoro garantito dall'art. 15, § 1, della Carta di Nizza si ridurrebbe al diritto a non essere soggetti al lavoro forzato, per un verso, e al diritto a non essere discriminati nell'accesso all'impiego, dall'altro (diritti entrambi riconosciuti da altre disposizioni della Carta); giustamente critica nei confronti questa lettura ALESSI, *Professionalità e contratto*, cit., p. 77.

- dedicato, appunto, alle libertà -, avrebbe semplicemente garantito il «diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata» e con ciò, dunque, la sola dimensione negativa del diritto.

L'opinione parrebbe confortata dalla lettura della *Comunicazione della Commissione sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*²⁰⁷ nella quale si legge che alcuni diritti, tra cui quello al lavoro, non sono stati inseriti in quanto definiscono «solo obiettivi politici i quali, a norma delle conclusioni di Colonia, non potevano figurare nella Carta». Ma parrebbe, soprattutto, confortata da quanti osservano che una previsione esplicita del diritto al lavoro nella *Carta di Nizza* non ha potuto essere disposta “a cuor leggero”, per via delle sue possibili ripercussioni sul delicato equilibrio dei poteri e competenze della Comunità e degli Stati membri, «essendo le politiche del lavoro di gelosa competenza nazionale e substatuale, rispetto alle quali la Comunità potrebbe intervenire solo con atti *non vincolanti*»²⁰⁸.

Va evidenziato, tuttavia, che la Comunicazione della Commissione è molto concisa e abbastanza criptica sul punto relativo all'assenza del diritto al lavoro nella Carta, limitandosi a ricordare che: «*non sono stati (...) ripresi alcuni diritti prospettati inizialmente: - (...) perché si è ritenuto che definissero solo obiettivi politici i quali, a norma delle conclusioni di Colonia, non potevano figurare nella Carta, come per esempio, il diritto al lavoro o il diritto ad un'equa retribuzione (...)*».

Simile precisazione non sembra, tuttavia, precludere, in modo assoluto, la possibilità di rinvenire, all'interno della Carta, anche una dimensione positiva del diritto al lavoro²⁰⁹.

Se non è agevole rintracciarne una riguardante le politiche dell'occupazione e il pieno impiego, è certamente possibile – mettendo in comunicazione disposizioni della Carta che, a prima vista, sanciscono diritti diversi - individuare almeno quella attinente al diritto a servizi per l'impiego gratuiti; com'è, d'altra parte, possibile individuare – sempre nella Carta - una ulteriore dimensione del diritto al lavoro e cioè quella riguardante il diritto alla stabilità (i.e.: diritto a non subire licenziamenti ingiustificati).

Secondo altra lettura (DEMURO, *Art. 15. Libertà professionale*, p. 126), è da ritenersi che, nell'art. 15, «il primo paragrafo nella prima parte non abbia ad oggetto il diritto *al lavoro* ma un diritto diverso, il diritto ad avere *chances* di lavoro». Sotteso al *diritto di lavorare*, di cui al § 1 dell'art. 15, sarebbe, infatti, l'obiettivo comunitario della *employability*; non esisterebbe, dunque, nella Carta «il diritto al lavoro inteso come “pretesa a” ottenere un lavoro con l'aiuto dello stato, ma la promozione di una “forza lavoro competente, qualificata, adattabile”, nonché di “mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici”». In sintesi, una affermazione non di diritti soggettivi ma di politiche economiche in grado di garantire “una tutela che assicuri a chi cerca o cerca di conservare, il lavoro *uguali punti di partenza ma non di arrivo*”» (*Id.*, p. 127, riprendendo D'ANTONA, *Il diritto al lavoro*, cit.).

²⁰⁷ COM (2000) 559 del 13.9.2000, p. 7.

²⁰⁸ ARRIGO, *La nuova Carta europea*, cit., p. 16 cui *adde* DEMURO, *Art. 15. Libertà professionale*, cit., p. 126; cfr. anche CARINCI, PIZZOFRATO, «Costituzione» europea e diritti sociali fondamentali, *Lav. dir.*, 2000, pp. 289-290, nonché BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su Costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, *Lav. dir.*, 2000, pp. 556-557.

²⁰⁹ Sia pure concisamente, anche DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., p. 340, afferma che nell'art. 15 della Carta di Nizza convivano, «come già nell'art. 4, comma 1, della Costituzione, un *profilo relativo alla tutela dell'aspirazione al lavoro di ogni individuo, al quale non può non attribuirsi un carattere (meramente) programmatico nei confronti delle politiche pubbliche*, ed un profilo più spiccatamente di libertà, che involge la scelta o l'accettazione del proprio lavoro» (c.vo nostro).

Va, infatti, evidenziato che – nel capo IV della Carta, intitolato alla solidarietà – è solennemente garantito ad ogni individuo il diritto di accedere a servizi di collocamento gratuito (art. 29)²¹⁰ e che quest'ultima garanzia - più che fondare un diverso ed autonomo diritto a prestazione, strumentale al soddisfacimento del diritto al lavoro²¹¹ - integra, piuttosto, *il riconoscimento di una specifica dimensione del diritto al lavoro*.

Lo stesso può dirsi per la disposizione sul diritto alla «tutela in caso di licenziamento ingiustificato», nella quale, pure, può essere letto il *riconoscimento di una ulteriore dimensione del diritto al lavoro*: quella, appunto, del diritto a non subire licenziamenti ingiustificati.

Se, pertanto, si considera l'intera trama della *Carta di Nizza*, non fermandosi alle singole dislocazioni dei diritti nei suoi vari capi, né guardando alle loro enunciazioni come ad una pluralità di monadi, può ritenersi che una dimensione positiva del diritto al lavoro sia presente anche all'interno di questo documento e che essa emerga proprio dal combinato disposto degli artt. 15 e 29; mentre nell'art. 30 può leggersi il riconoscimento dello specifico significato del diritto al lavoro come diritto alla stabilità²¹².

Se è vero, dunque, che, nella *Carta di Nizza* il diritto al lavoro (al pari del diritto alla formazione) viene disancorato da quella visione *welfarista* che ne enfatizza l'aspetto del diritto a politiche pubbliche di pieno impiego e che esso è, pertanto, «collocato in una dimensione più moderna di effettiva libertà della persona in cui il soggetto è, al contempo, considerato come agente del proprio progetto»²¹³ (la libertà positiva²¹⁴), è pur vero che soltanto a prima vista, l'unico riconoscimento presente nella *Carta di Nizza* è quello del diritto al lavoro-libertà. Nella "nervatura" della Carta è, in realtà, visibile anche il riconoscimento del diritto al lavoro come diritto sociale a prestazione, ed in particolare a *prestazioni relative alla organizzazione di servizi per l'impiego*.

Lungi dal doversi, dunque, intravedere una «irrimediabile regressione» nella circostanza che la Carta parli esplicitamente di «diritto di lavorare», piuttosto che di «diritto al lavoro»²¹⁵, nel *Bill of Rights* di Nizza possono leggersi, da una parte, (a) la valorizzazione del diritto-libertà di svolgere un lavoro *adeguato* alle qualificazioni e alle attitudini personali; dall'altra, almeno due ulteriori significati tipici della formula "diritto al lavoro": (b) il diritto a servizi per l'impiego gratuiti e (c) il diritto a non subire licenziamenti ingiustificati.

²¹⁰ Per un commento a questa disposizione si rinvia a LOTITO, *Art. 29, Diritto di accesso ai servizi di collocamento*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali*, cit., pp. 218 e ss.

²¹¹ Come, invece, ritiene LOTITO, *Art. 29*, cit., p. 219.

²¹² Le due norme sono messe in collegamento anche da ALES, *Libertà e "uguaglianza solidale"*, cit., pp. 115-116, in un'ottica di "libertà di" rispetto al lavoro e cioè come disposizioni che riconoscono diritti il cui esercizio consente a ciascun individuo di accedere liberamente al lavoro.

²¹³ CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability"*, cit., p. 40.

²¹⁴ Cfr. *retro*, § 3.2.2.

²¹⁵ RODOTÀ, *La Carta come atto politico*, cit., p. 75

8. (segue) Il contributo interpretativo delle Carte europee dei diritti nella ricostruzione di significato del diritto al lavoro: considerazioni conclusive

Il diritto al lavoro - rivisto dalla prospettiva della costituzione nazionale - si conferma, dunque, come diritto sociale di cittadinanza “aperto” e “multilivello”; come diritto dotato di contenuti semantici variabili, che dipendono, *in primis*, dalla possibilità di istituire nessi fra l’art. 4, comma 1, e le altre disposizioni costituzionali di principio (nonché, come si è visto, dalla possibilità di attualizzarli) e, in secondo luogo, dal “transito” di alcuni significati propri delle formulazioni presenti nelle Carte europee dei diritti, nella stessa disposizione costituzionale, che finisce per inglobare in sé alcuni tipici contenuti delle prime.

Per quanto più specificamente riguarda il rapporto fra le disposizioni della Carta di Nizza (artt. 15, 29 e 30) e l’art. 4 della Costituzione nazionale, il “transito” di significati dalla prima alla seconda appare legato al disposto dell’art. 53 della Carta²¹⁶ che, imponendo una interpretazione dei diritti fondamentali che non pregiudichi né sminuisca il significato dei diritti garantiti dalle Costituzioni nazionali (oltre che dalle fonti internazionali ivi richiamate)²¹⁷, finisce per assegnare alla Carta una funzione di *arricchimento* del catalogo e del contenuto dei diritti fondamentali presenti nelle Costituzioni nazionali. Sembra, dunque, che l’interazione fra le Costituzioni nazionali e la Carta di Nizza, oltre ad investire l’ambito della tutela giurisdizionale dei diritti e più che essere improntata al criterio del “massimo *standard* di tutela” (o del “miglior livello di salvaguardia”²¹⁸ o della “sussidiarietà costituzionale al rialzo”²¹⁹), debba svolgersi, come si era premesso, sul terreno della interpretazione, e cioè della ricostruzione dei *significati* delle disposizioni che riconoscono i diritti; un terreno in cui, indipendentemente dalla sede (Costituzioni nazionali o Carta) in cui le disposizioni sono collocate, divengono centrali le formulazioni connotate da una maggiore *articolazione* della gamma delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute.

Tale opzione consente di far “passare” il significato che il diritto al lavoro assume, *in una considerazione d’insieme*, nella Carta di Nizza, nella disposizione della Costituzione nazionale; è così possibile enfatizzare di quel diritto alcuni profili rimarcati da una lettura combinata delle (più volte richiamate) disposizioni del *Bill of Rights* comunitario (il profilo del diritto-libertà; del diritto a servizi per l’impiego gratuiti; del diritto a non essere arbitrariamente licenziati).

Il contributo interpretativo che le tre Carte, ma soprattutto la Carta di Nizza e la Carta sociale, forniscono, dunque, alla ricostruzione di significato del diritto al lavoro ex art. 4, comma 1, Cost., può essere sintetizzato come segue:

- Nel diritto sociale al lavoro si conferma, da un lato, la presenza di una dimensione negativa, che impone, come si è visto, una *protezione* del diritto inteso come diritto sociale di libertà e cioè,

²¹⁶ Secondo il quale «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

²¹⁷ CARTABIA, Art. 53. *Livello di protezione*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta*, cit., pp. 364-365.

²¹⁸ SILVESTRI, *Verso uno jus commune*, cit.

²¹⁹ L’espressione è impiegata da BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su Costituzione europea*, cit., p. 568 e ripresa da DEL PUNTA, *I diritti sociali*, cit., p. 344.

appunto, come libertà di lavoro²²⁰; viene, con ciò, definitivamente smentita l'idea che il profilo della libertà di lavoro sia escluso dalla garanzia costituzionale del comma 1 dell'art. 4 Cost., e sia, semmai, rinvenibile nel comma 2²²¹. Una lettura aggiornata di tale profilo impone, inoltre, di valorizzare il diritto-libertà di svolgere un lavoro *decente, di qualità ed adeguato* alle qualificazioni e alle attitudini personali.

- Nel medesimo diritto si evidenzia, d'altro lato, una dimensione positiva – quella del diritto sociale a prestazioni relative alla organizzazione di servizi per l'impiego (più chiaramente espressa, come si è visto, dalla *Carta sociale*) - a volte non adeguatamente focalizzata dalla dottrina, soprattutto da quella meno recente. Ciò conferma l'interpretazione che vede la realizzazione del diritto al lavoro affidata ad azioni pubbliche duplicemente orientate: finalizzate, da una parte, all'incremento delle occasioni di lavoro attraverso congrue politiche dell'occupazione e, dall'altra, alla predisposizione di un adeguato ed efficiente sistema di servizi per l'impiego.
- Nel disposto dell'art. 4, comma 1, Cost. può essere, infine, innervato anche il diritto alla stabilità: diritto a non subire licenziamenti ingiustificati e a ricevere, dunque, una tutela legislativa adeguata allo scopo.

Ne esce confermata, con ciò, l'ipotesi iniziale e cioè l'idea che una lettura dinamica dei diversi livelli di riconoscimento (nazionale, comunitario, sopranazionale) dei diritti sociali non possa che basarsi, nel «diritto intercostituzionale vivente», su una «interpretazione doppiamente o circolarmente conforme»²²² degli enunciati del diritto interno e di quelli del diritto comunitario (ma anche sopranazionale), con un conseguente ripensamento «del modo in cui si è abituati a concepire, all'interno della tradizione giuridica e costituzionale nazionale»²²³ le disposizioni su alcuni diritti sociali fondamentali ed una interpretazione che, grazie a tale circolarità, ne scongiuri la rigidità e la fissità dei contenuti.

²²⁰ In senso diametralmente opposto, suggerisce che tale profilo debba essere, invece, ridimensionato, nella lettura della norma costituzionale, MARTINI, *Il lavoro tra diritto*, cit., p. 182.

²²¹ Cfr., *retro*, l'idea di MANCINI, *Sub art. 4 Cost.*, cit., riferita *retro* al § 3.2.1., testo e nota 86.

²²² Ancora RUGGERI, *Dinamiche della formazione*, cit., p. 9.

²²³ CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: ridondanza, conflitto o integrazione?*, 2008 (dattiloscritto).

I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale:
indifferenza, conflitto o integrazione?
(prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*

Bruno Caruso

1. I diritti sociali dalla dimensione nazionale allo spazio europeo.	39
2. La prospettiva di osservazione e l'atteggiamento dei giuslavoristi.	41
3. Verso una prospettiva di integrazione tra diritti sociali nazionali e europei. Alcuni punti di partenza.	46
4. Omologazione europea o identità nazionale dei diritti sociali?	48
5. Ordinamento europeo e diritti sociali. Lo sciopero e la libertà di azione collettiva nei casi Laval e Viking.	50
6. La identità sociale "bilanciata" dell'Europa. I principi sociali europei secondo la Corte di giustizia.	55
7. Il bilanciamento in concreto: argomentazioni e conclusioni nei casi Laval e Viking.	61
7.1. Il ricorso alla tecnica del bilanciamento.	61
7.2. L'applicazione della tecnica del bilanciamento.	63
7.2.1 Il test di idoneità (o adeguatezza) nel caso Laval e nel caso Viking.	63
7.2.2. Il test di Necessità nel caso Viking	65
7.2.3. Il test di proporzionalità in senso stretto nel caso Viking.	66
8. Laval e Viking: e dopo?	67

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 61/2008

1. I diritti sociali dalla dimensione nazionale allo spazio europeo.

Quella che segue è una riflessione, ancora iniziale, su alcuni passaggi considerati cruciali sia per la dogmatica dei diritti sociali, sia per l'idea di ordinamento giuridico europeo che si va delineando tra gli studiosi. La prima riflessione è preliminare, e riguarda sia il metodo sia l'approccio alla tematica dei diritti sociali nello spazio costituzionale europeo.

La dimensione sovranazionale dei diritti sociali impone di confrontarsi, con riferimento al metodo comparato, con quel che si definisce *constitutional cross fertilization*²²⁴. Con tale espressione si intende il rapporto di reciproco condizionamento (*legal irritants*)²²⁵ delle regole giuridiche nazionali e sovranazionali che si realizza mediante un processo di osmosi tra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo.

Tale meccanismo di interazione tra ordinamenti, diversi ma integrati, incomincia a riguardare non solo settori parziali dell'esperienza giuridica, ma anche le stesse strutture costituzionali e, precisamente, la parte di esse riguardante i diritti sociali fondamentali. Oggetto di cambiamento nella contaminazione con la dimensione sovranazionale è, dunque, il sistema nervoso centrale degli ordinamenti giuridici nazionali²²⁶ e, non soltanto quindi, le nervature periferiche (i sistemi di regolazione parziali).

Che poi una tale percezione di cambiamento possa essere occultata o rimossa, più o meno consapevolmente, è un altro discorso su cui non ci si sofferma in questo saggio.

Ci si limiterà, infatti, ad una riflessione, suffragata solo da alcuni esempi, su come la chimica dei diritti sociali, nello spazio sociale allargato, sia destinata a mutare rispetto alla sostanza già "sintetizzata" nello spazio interno.

Fuor di metafora, si sostiene che i diritti sociali, collocati fuori dai confini nazionali, meritino di essere riconsiderati nel loro contenuto - sostanziale e/o procedurale che sia²²⁷ - ma anche negli strumenti a disposizione per la loro esigibilità e giustiziabilità.

Si sostiene, infatti, che la contaminazione tra tradizioni costituzionali nazionali e ordinamento sovranazionale finisca, inevitabilmente, per produrre processi di riposizionamento anche del

²²⁴ Sia consentito rinviare a B. CARUSO, *Changes in the workplace and the Dialogue of Labor Scholars in the "Global Village"*, in B. Aaron - K.V. W. Stone (a cura di), *Rethinking Comparative Labor Law*, Vandepas Publishing, 2007; ID., I CAMBIAMENTI NEI LUOGHI DI LAVORO E IL DIALOGO TRA GIUSLAVORISTI NEL "VILLAGGIO GLOBALE", in L. MONTUSCHI (A CURA DI), *UN DIRITTO IN EVOLUZIONE. STUDI IN ONORE DI YASUO SUWA*, GIUFFRÈ, MILANO, 2007, p. 3 ss.

²²⁵ Nella prospettiva propria di G. Teubner, *Legal Irritants: come l'unificazione del diritto dà luogo a nuove divergenze*, *Ars interpretandi*, v. 11, pp. 143-176. Il processo di condizionamento delle regole dell'ordinamento interno da parte delle istituzioni comunitarie e in, particolare, della Corte di giustizia dà luogo a fenomeni giuridici particolari, non ultimo la c.d. discriminazione all'inverso, che si produce quando un cittadino può subire una discriminazione in virtù delle proprie norme nazionali rispetto ad un cittadino di un altro stato membro che beneficia dell'applicazione di norme comunitarie, si v. B. Nascimbene, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di giustizia e Corte Costituzionale a confronto*, *Dir. Un. Eur.*, 2007, 3, pp. 717- 733.

²²⁶ Quel che con una sintesi impropria possono essere considerate le strutture costituzionali.

²²⁷ Si rinvia alla analisi di C. Fabre, *Social rights under the Constitution. Government and the decent life*, 2000, Oxford University Press. Su cui A. J. Menéndez, *New Foundations for Social Rights. A deliberative democratic approach*, ARENA WP, 02/32. T. Novitz, *Are Social Rights Necessarily Collective Rights? A Critical Analysis of the Collective Complaints Protocol to the European Social Charter*, *EHRHLH*, 2002, 1, pp. 50-66.

modo in cui si è abituati a concepire, all'interno della tradizione giuridica e costituzionale nazionale, alcuni diritti sociali fondamentali: si pensi, solo per fare alcuni esempi oggi discussi, al diritto al lavoro e alla formazione²²⁸, al diritto di sciopero, al diritto di associazione e contrattazione collettiva, alla tutela contro il licenziamento.

La seconda parte di questo scritto è dedicata all'analisi di alcuni diritti sociali classici, in particolare, il diritto di sciopero e di azione collettiva osservati nella prospettiva di un ordinamento la cui dimensione giuridica può definirsi ad accentuato pluralismo, meglio - utilizzando un concetto più appropriato alla dimensione di tale ordinamento - di carattere multilivello.

Filo conduttore è l'idea - che non potrà essere sufficientemente avvalorata - che la dimensione sovranazionale possa rendere più densi o addirittura forgiare nuovi principi di rilevanza costituzionale con ricadute salienti, per via del conduttore giurisprudenziale, sugli ordinamenti nazionali: si fa riferimento a recenti arret della Corte di giustizia sul principio di uguaglianza²²⁹; ma pure alla possibilità di considerare un principio costituzionale di tutela contro il licenziamento che dalla dimensione sovranazionale, possa trasferirsi attraverso la tecnica dell'*incorporation* nella dimensione costituzionale nazionale²³⁰.

Tale influenza dell'ordinamento europeo sugli ordinamenti nazionali potrebbe essere registrata anche sul piano della tutela dei diritti sociali fondamentali attraverso un uso più diffuso di tecniche che hanno invece trovato scarsa fortuna nell'ordinamento interno: si pensi, per esempio, all'utilizzo della tecnica dell'abuso del diritto (art. 54 della Carta di Nizza)²³¹; ovvero, alla attuazione dei diritti sociali attraverso strumenti soft anziché hard (si fa riferimento alla recente evoluzione della regolazione europea sul diritto all'ambiente di lavoro salubre).

Questo processo di cambiamento si mostra con una certa evidenza soprattutto negli ordinamenti

²²⁸ Con riferimento al diritto alla formazione, cfr. B. Caruso, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2007, p. 1; B. CARUSO-D. COMANDÈ, *La formazione e il "lavoro di qualità": la prospettiva europea*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, di prossima pubblicazione. Sul diritto al lavoro, v. A. Alaimo, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 60/2008.

²²⁹ Si veda, ad esempio, la oramai celeberrima sentenza della Corte di Giustizia, 22 novembre 2005, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*; e ancora Corte di Giustizia, 11 luglio 2006, C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA* e Corte di Giustizia 13 settembre 2007, C-307/05, *Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*. In tutte le sentenze citate, la Corte interpreta i divieti di discriminazione sanciti nel nuovo diritto antidiscriminatorio "come espressione di un principio generale di eguaglianza che è da considerare un principio generale del diritto comunitario"; in questi termini da ultimo M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007.

²³⁰ Sulla teoria della *incorporation* per quel che concerne i diritti fondamentali e l'utilizzo che ne ha fatto la Corte di Giustizia si v. M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, 2007, p. 53; per quel che concerne la tutela contro il licenziamento nella dimensione europea di recente L. Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e costituzione italiana a confronto*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 58/2008; M.V. Ballestrero (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, 2007.

²³¹ In Italia la tecnica dell'abuso del diritto è stata utilizzata soprattutto nel diritto civile, meno nel diritto costituzionale anche per l'assenza di una esplicita disposizione esistente invece in altri ordinamenti costituzionali, per esempio quello tedesco (art. 18) o quello greco (art. 25.3). Si rinvia a R. Bifulco - A. Celotto, *Commento all'art. 54*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Il Mulino, 2001.

in cui i diritti sociali sono solennemente dichiarati in Costituzioni scritte²³²; ordinamenti costituzionali che si ispirano a tradizioni storico-giuridiche²³³ e prassi giurisprudenziali abbastanza simili, quanto ai principi di riferimento; ordinamenti ove operano Corti costituzionali che, sebbene con poteri diversi, sono aduse a trattare comunque la materia dei diritti sociali nella ordinaria attività di *constitutional review*.

Il che si colloca nell'ordine di una normale prevedibilità del processo in atto. Non manca tuttavia qualche segnale che indica come alcuni cambiamenti nello stesso segno siano registrabili, grazie alla giurisprudenza quasi federale e quasi costituzionale della Corte di giustizia²³⁴, anche in ordinamenti europei a diversa tradizione giuridica e privi di un sistema formale di *constitutional review*.

Tuttavia, è soprattutto negli ordinamenti del primo tipo che l'allargamento dello spazio costituzionale oltre quello nazionale pone il problema se tutto ciò produca fenomeni di inutile sovrapposizione tra diritti e tutele, di pericolosi conflitti o, invece, come si è più propensi a credere - essendo questa la tesi centrale dell'articolo - di utile integrazione delle diverse grammatiche dei diritti sociali²³⁵. Ciò attraverso una loro più accentuata circolazione che non implica, tuttavia, l'abbandono delle peculiarità nazionali (la logica multilivello)²³⁶.

Nel considerare le relazioni tra spazio giuridico nazionale e spazio europeo, per quel che concerne i diritti sociali, ci si confronterà, pertanto, con queste tre opposte diagnosi: indifferenza e/o ridondanza, conflitto, positiva integrazione.

2. La prospettiva di osservazione e l'atteggiamento dei giuslavoristi.

L'osservazione su come i diritti sociali cambiano nella dimensione sovranazionale non sarà collocata all'interno del quadro più sistematico costituito da una nuova concettualizzazione dei principi costituzionali dell'ordinamento europeo. Una simile prospettiva - come del resto suggerisce

²³² A. J. Menéndez, *New Foundations for Social Right*, op. loc. cit.

²³³ Sull'influenza delle tradizioni costituzionali nazionali sul processo costituzionale europeo si rinvia per tutti a M. Fioravanti – S. Mannoni, *Il «modello costituzionale» europeo: tradizioni e prospettive*, in G. Bonacchi (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Il Mulino, 2001, pp. 23-70.

²³⁴ Si veda da ultimo S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2006, 1, pp. 39 ss.

²³⁵ G. Silvestri, *Verso uno *ius commune* europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 1, p. 19 parla di relazioni che possono condurre ad un rafforzamento dei diritti fondamentali presenti nelle tradizioni costituzionali nazionali, ad una possibile specificazione o ad un risultato di affievolimento, propendendo, nel caso della Carta di Nizza, per l'ipotesi della specificazione. Nella medesima prospettiva di integrazione tra ordinamenti, A. Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, 2007,

www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0008_ruggeri.pdf. Si v. pure A. Alaimo, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto «aperto» e «multilivello»*, cit. ed ivi ulteriori riferimenti sull'apertura di significato che le norme della costituzione nazionale sul diritto al lavoro e alla formazione possono ricevere dalla lettura coordinata con le norme della Carta di Nizza.

²³⁶ In tal senso pure F. Bano, *L'«Europa sociale» nel Trattato costituzionale*, *Riv. giur. lav.*, 2005, 4, p. 832 ma passim; S. Giubboni, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 27, 2004, p. 9 e ss.; Id. *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, 2003, p. 241 ss., ma passim.

la più accreditata dottrina costituzionalistica²³⁷ - sarebbe ormai legittima anche a prescindere dalla questione, che sembra a questo punto risolta, dell'efficacia giuridica della Carta di Nizza²³⁸.

In questo saggio si privilegia, invece, un approccio teleologico che, come è noto, caratterizza l'agire degli attori istituzionali più coinvolti nella costruzione dell'ordinamento europeo: la Commissione e la Corte di giustizia in primo luogo.

In una prospettiva, dunque, più pragmatica e funzionale, il discorso sullo spazio sovranazionale dei diritti sociali andrebbe introdotto a partire da alcune domande che si pongono nel seguente modo: esiste già un'autonoma piattaforma di diritti sociali di dimensione europea, distinta da quella nazionale, ed essa è funzionale al processo di integrazione?

Se la risposta fosse positiva, occorrerebbe allora logicamente domandarsi: tali diritti operanti nello spazio europeo, riproducono il contenuto di quelli già presenti nelle costituzioni nazionali o se ne differenziano? Detto altrimenti: si può parlare di un'autonoma struttura e di una autonoma funzione dei diritti sociali nello spazio costituzionale europeo?

E se la risposta alle precedenti domande fosse ancora positiva, se fosse superato il test - che non è di certo un *elephant test* -, occorrerebbe, allora, ulteriormente chiedersi se le tecniche di esigibilità e giustiziabilità dei diritti sociali nello spazio europeo rafforzino o indeboliscano, si sovrappongano inutilmente o integrino, quelle già a disposizione in ambito nazionale. Anche per le tecniche di tutela (l'esigibilità e la giustiziabilità) occorrerebbe operare un ulteriore test in relazione alle tre diverse diagnosi di indifferenza, conflitto o integrazione indicate.

Prima di cominciare a confrontarsi con quel che rappresenta più l'incipit di un programma ambizioso di ricerca che il contenuto necessariamente limitato di un saggio, occorre riservare una rapida osservazione all'atteggiamento dei giuristi, e in particolare dei giuslavoristi, con riguardo all'impatto della dimensione giuridica sovranazionale sui diritti sociali, storicamente costruiti a misura degli stati nazione e dei rispettivi sistemi di welfare.

Un primo atteggiamento può essere riferito all'approccio cosmopolita e universalista, riconducibile soprattutto, ma non solo, all'elaborazione e alla cultura giusinternazionalistica²³⁹; approccio

²³⁷ Si fa riferimento al saggio seminale di A. Von Bogdandy, *I principi costituzionali dell'Unione Europea*, Federalismi.it, marzo 2005. Dello stesso autore, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione Europea*, *Dir. Pub.*, 2001, 3, p. 849 e s.; Id., *The European Union as a Human Rights organization? Human Rights and the core of the European Union*, in *Com. Market, Law Rev.*, 2000, 37, pp. 107-1338. Sul processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea A. Ruggieri, *Carte internazionali dei diritti*, cit., p. 3 e ivi gli ulteriori riferimenti alla dottrina costituzionalistica italiana alla nota 8.

²³⁸ Ai sensi dell'articolo 1, punto 8, del Trattato di Lisbona, l'articolo 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea sarà sostituito dal testo seguente: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni".

La Carta, nella versione approvata nel 2007, e le relative "spiegazioni" del Presidium aggiornate saranno pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

²³⁹ A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Laterza, 2005; P. Alston (a cura di) *Labour Rights as Human Rights*, Oxford University Press, 2005; B. Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, 2005; T. Novitz, 'A Human Face' for the Union or More Cosmetic Surgery? *EU Competence in Global Social Governance and Promotion of Core Labour Standards*, *Maastricht Jour. Eur. Compar. Law*, 2002, 3, pp. 231-262; S. Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights*, *Public Law*, 2006, pp. 498-520; A. Williams,

sicuramente dotato di grande fascino culturale e dignità scientifica, che ha ripreso slancio in questi anni sull'onda del fenomeno della c.d. globalizzazione giuridica²⁴⁰.

Si tratta di quelle posizioni che vedono nell'internazionalizzazione della cultura e della pratica dei diritti fondamentali, soprattutto dei diritti umani, attraverso la loro affermazione giudiziale da parte di corti internazionali e in un rinnovato attivismo di organizzazioni e agenzie internazionali ed europee di nuovo conio²⁴¹, l'unica possibile risposta alla rinnovata mercificazione del lavoro nell'economia globale. Tale strategia si indica sinteticamente come "tutela multilivello dei diritti"²⁴².

In questa prospettiva, la dinamica transnazionale dell'affermazione dei diritti, anche sociali, gioca o dovrebbe giocare un ruolo fondamentale nello spostare gli equilibri domestici a favore dei diritti. Le "piattaforme internazionali dei diritti fondamentali" e la giurisprudenza delle Corti internazionali, che su di esse si va sempre più consistentemente formando, sarebbero fattori determinanti sia per rafforzare l'interpretazione delle norme interne da parte della giurisprudenza delle corti domestiche, sia per condizionare, nel senso del rafforzamento dei diritti, gli indirizzi giurisprudenziali in situazioni di incertezza, sia, infine, per effettuare operazioni di bilanciamento in caso di possibile contrasto con diritti e libertà economiche o di altro tipo²⁴³.

Un secondo atteggiamento potrebbe essere considerato singolare, proprio perché proveniente da giuslavoristi impegnati, da sempre, nell'osservare, positivamente, l'evoluzione del diritto sociale europeo e favorevoli all'approfondimento del processo di integrazione politica e sociale tra gli stati membri. Si tratta di un atteggiamento, per altro, differenziato al suo interno, che ha in

EU Human Rights Policies, A Study in Irony, Oxford University Press, 2005. M. Zanichelli, *Il significato dei diritti fondamentali*, in M. Cartabia (a cura di) op. cit.

²⁴⁰ M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, Laterza, 2006; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, 2005. S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, 2006. Si v. pure M. R. Ferrarese, *Il diritto orizzontale. L'ordinamento giuridico globale secondo Sabino Cassese*, in *Pol. Dir.*, 2007, 4, pp. 639 ss.

²⁴¹ Sulla Agenzia europea sui diritti fondamentali si rinvia ai saggi contenuti in P. Alston - O. De Schutter (edited by), *Monitoring fundamental rights in the EU, The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Hart Publishing, 2005.

²⁴² La letteratura sulla tutela multilivello dei diritti tende a diventare sconfinata: per la dottrina costituzionalistica italiana si v. A. Ruggeri, *Riconoscimento e tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, attraverso le esperienze di normazione e dal punto di vista della teoria della Costituzione*, 2007, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/libertadiritti/ruggeri.html>; P. Bilancia, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, 2004,

<http://www.giuripol.unimi.it/persone/Curriculum/BILANCIA/Le%20nuove%20frontiere%20della%20tutela%20multilivello%20dei%20diritti.pdf>; i saggi contenuti nel volume di P. Bilancia - E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Giuffrè, 2004. Per l'approccio lavoristico, G. Bronzini - V. Picone, *La Corte del Lussemburgo «scopre» la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela «multilevel» dei diritti fondamentali?* *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2006, 4, p. 979 ss. Indispensabile poi la lettura dei contributi del maggiore teorico del costituzionalismo multilivello, I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited*, *Com. Market Law Rev.*, 4, 1999, pp. 703-750; Id. *Multilevel constitutionalism in the European Union*, *Eur. Law Rev.*, 2002, 5, pp. 511-529; I. Pernice - F. Mayer, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in V. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, 2003. Ulteriori riferimenti in A. Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti*, cit. p. 4 n. 11.

²⁴³ Su questa prospettiva è in corso una ricerca comparata coordinata da Julia Lopez con la partecipazione di chi scrive, M. Freedland e K. Stone. Si v. già J. Lopez, *Beyond the National Case: The Role of Transnational Labor Law in Shaping Domestic Regulation*, in B. Aaron - K.V. W. Stone (a cura di), *Rethinking Comparative Labor Law*, cit.

comune l'esito di ridimensionare fortemente la dimensione sociale e costituzionale dell'ordinamento europeo, con un inusitato rilancio della sindrome nazionalista²⁴⁴, per quel che concerne i diritti sociali.

È un atteggiamento non insensibile al "vento del nord" proveniente dalla Scandinavia, ove le vicende giudiziarie e ora i recenti arresti della Corte di giustizia sui casi Viking e Laval²⁴⁵ hanno destato concrete, e non più astratte, preoccupazioni circa l'incidenza di regole e principi dell'ordinamento europeo, concernenti le libertà economiche di stabilimento e di prestazione di servizi sulle regole interne dei sistemi di relazioni industriali e su alcuni diritti sociali fondamentali: le libertà di azione e organizzazione sindacale e lo stesso diritto di sciopero.

È un atteggiamento che condivide lo slogan sindacale dei manifestanti svedesi che sfilavano nel 2004 durante la gestione sindacale e giudiziaria del caso Laval, al grido "le leggi del lavoro svedesi in Svezia" e, si aggiunge, "per i lavoratori svedesi"²⁴⁶. È, per semplificare, la tesi di chi fa propria la posizione dei governi svedese e danese e degli stessi sindacati coinvolti nel giudizio, che davanti la Corte di giustizia, nella fase istruttoria, hanno sostenuto l'ipotesi dell'immunità dei sistemi sindacali nazionali dal diritto comunitario; ciò a norma dell'art. 137 § 5 del TCE che escluderebbe dalla competenza dell'Unione i tradizionali diritti sociali collettivi (sciopero e libertà associativa). Una posizione che imputa alle citate sentenze il carattere dell'invadenza e della prevaricazione della volontà degli stati membri²⁴⁷.

È una posizione difensiva rispetto all'integrazione sociale europea, tradizionale cavallo di battaglia di una parte almeno della sinistra giuslavoristica italiana, la quale scopre, quasi improvvisamente, che il diritto comunitario possiederebbe una originaria tara economicista che lo indurrebbe ad una irresistibile coazione a colonizzare i sistemi sociali nazionali²⁴⁸; nel momento in cui l'ordinamento europeo riconosce come libertà fondamentali (di rilievo costituzionale) la libera circolazione dei servizi e di stabilimento, esse finirebbero per porsi come indesiderati ospiti (se non addirittura "parassiti") comunitari nello spazio sociale e costituzionale nazionale; tali libertà si considerano, infatti, in grado di indebolire e snaturare non tanto le leggi del lavoro nazionali, ma addirittura la tradizione costituzionale e i diritti sociali degli stati più avanzati e la tradizione e la

²⁴⁴ Sulla sindrome nazionalista all'origine del rapporto tra dottrina giuslavoristica italiana e ordinamento europeo si rinvia a M. Barbera - B. Caruso *L'apporto della dottrina giuslavoristica italiana alle teorie sull'integrazione europea*, paper presentato al workshop European Legal Integration The New Italian Scholarship, University of Trento 11-12 December 2006.

²⁴⁵ Infra §§ 5 ss.

²⁴⁶ Così A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lav. Dir.*, 2001, 1, p. 69; nella medesima posizione, anche se con argomentazioni diverse, U. Carabelli - V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso, nelle direttive sociali*, WPCSDLE M. D'Antona int. 35/2005; U. Carabelli, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, dattiloscritto, 2008 (in corso di pubblicazione in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2008); Id., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 33 ss.; M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, *Lav. Dir.*, 2008 (di prossima pubblicazione); B. Venenziani, *La Corte di giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, 2008 in <http://www.cgil.it/giuridico/>; A. Supiot, *L'Europe gagnée par «l'économie communiste de marché»*, 2008, <http://www.cgil.it/giuridico/>

²⁴⁷ U. Carabelli, *Note critiche*, cit., p. 17.

²⁴⁸ Non a caso viene richiamato l'articolo seminale di G. Lyon Caen, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit Ouvrier*, 1992, p. 313 ss.

cultura giuridica nazionale “volontarista” delle relazioni sindacali²⁴⁹.

Siamo di fronte ad un'evidente diagnosi di conflitto tra spazio costituzionale nazionale e spazio sovranazionale, di cui si diceva prima.

È una posizione cui fanno da pendant anche letture iper-riduttive della Carta di Nizza secondo le quali essa, garantendo un contenuto minimo e rinviando, comunque, alle determinazioni concrete contenute nelle legislazioni degli stati nazionali, in nulla innoverebbe²⁵⁰. Si sostiene, di conseguenza che per evitare i danni ai tradizionali diritti sociali nazionali - che le libertà economiche, costituzionalizzate nell'ordinamento europeo produrrebbero - è sufficiente una lettura correttiva del diritto comunitario secondario; le disposizioni della Carta di Nizza sarebbero, infatti, sostanzialmente e formalmente inutili per bilanciare la costituzione economica dell'Unione.

È questa, invece, la diagnosi di indifferenza che si basa su un atteggiamento definibile di minimalismo costituzionale con riferimento alla evoluzione ordinamentale dell'UE.

La prospettiva dei diritti umani per certi versi, ma soprattutto la sindrome nazionalistica e il minimalismo costituzionale, con il riduzionismo interpretativo che vi è connesso, partono dal presupposto che c'è qualcosa di meglio del costituzionalismo europeo; qualcosa che ha il sapore se non di antico, di “novecento”: il costituzionalismo sociale fortificato a ridosso (e a difesa), dei confini nazionali.

Il limite comune di queste varieguate posizioni consiste nel pensare alla costruzione europea in termini pan politici e, in fondo, di “decisione costituzionale”²⁵¹. Sono posizioni che trascurano che la costruzione europea, anche per il profilo costituzionale, si configura non come una decisione politica ma come un processo, ad alta dose di complessità, che non esclude ma sussume e internalizza le contraddizioni anche politiche; costruzione che risulta spesso sorprendente nella sua

²⁴⁹ Soprattutto la posizione di U. Carabelli op. loc. cit.; cenni pure in B. Veneziani, *La Corte di giustizia*, cit., p. 7 con riferimento al tradizionale rapporto tra legge e contratto nell'ordinamento interno. Si veda pure, in generale, una esplicita formulazione dell'ipotesi di conflitto tra ordinamento costituzionale nazionale e diritto comunitario in A. Somma, *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo: cronaca di un conflitto insanabile*, *Pol. Dir.*, 2004, 2, p. 263 e ss.; L. Favoureu, *I garanti dei diritti fondamentali europei*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione*, cit., 254-255.

²⁵⁰ Posizione con lucidità espressa da A. Lo Faro – A. Andronico, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, 108, p. 513 ss. Sulla medesima posizione di sostanziale indifferenza del riconoscimento dei diritti sociali in ambito europeo sull'assetto costituzionale interno anche G. Proia, *Lavoro e costituzione europea*, *Arg. Dir. Lav.* 2004, p. 526 che, tuttavia, ritiene, seguendo la posizione di Zagrebelsky, che la Carta possa funzionare non solo come test di accesso all'Unione di nuovi stati ma anche come standard di salvaguardia nei confronti di involuzioni interne all'Unione. Anche M. Rusciano, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, 1, p. 908, con una posizione di indifferenza moderata, ritiene che il diritto del lavoro italiano non sembra ricevere particolari scossoni dal Trattato costituzionale. Si v. pure F. Carinci – A. Pizzoferrato, *Costituzione europea e diritti sociali fondamentali*, in *Lav. Dir.*, 2000, 2, pp. 281 ss.

²⁵¹ Su questa posizione teorica oltre a A. Somma, *Diritto comunitario*, cit., si v. M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. Dir.*, 2000, 3, p. 367 ss.; C. De Flores, *Il fallimento della Costituzione europea*, 2008, <http://www.constituzionalismo.it/articolo.asp?id=272>; A. Cantaro, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella Costituzione europea*, Giappichelli, 2007; C. Jorge, *Cosa resta della Costituzione europea?* *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2005, pp. 35-73; G. Ferrara, *La Carta europea dei diritti. Da Weimar a Maastricht*, in *La rivista del Manifesto*, 2000, n. 10, 24 ss. Più sfumatamente, U. De Servio, *I diritti fondamentali europei, e i diritti costituzionali italiani*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e costituzione*, op. cit. Contrario a questa impostazione, G. Silvestri, *Verso uno ius commune*, op. cit.

eccentricità e nella serendipità degli esiti²⁵². Un processo che non segue né la logica né la cronologia del costituzionalismo monostatale, trattandosi di un ordinamento pluristatale, che va inteso, come ci dice A. Manzella, citando Rudolf Smend, come «ordinamento giuridico del processo di integrazione»²⁵³. Un ordinamento che, proprio perché si evolve rizomaticamente²⁵⁴, deve essere accompagnato interpretativamente, nella sua evoluzione, dalla giurisprudenza scientifica sulla base di principi che se radicati nelle tradizioni costituzionali, proprio perché relativi e non assoluti come i valori²⁵⁵, devono essere adattati al, e integrati nel, nuovo ordine costituzionale²⁵⁶. Del resto, pare condivisibile la prospettiva costituzionale che tende a circondare i diritti fondamentali (tra di essi anche il diritto di sciopero e di azione collettiva) di un'aurea di ragionevolezza: «un diritto fondamentale è “ragionevole” non quando il valore ad esso sotteso è del tutto “relativo” (pena la sua degradazione a semplice situazione tollerata dall'ordinamento)...né quando all'opposto ha pretesa di “assolutezza” (finendo col diventare schimittianamente tirannico...) ma solo quando esso mostra una natura squisitamente relazionale»²⁵⁷.

3. Verso una prospettiva di integrazione tra diritti sociali nazionali e europei. Alcuni punti di partenza.

Per cominciare a formulare alcune possibili risposte alle domande che si sono elencate nel precedente paragrafo, occorre partire da alcuni punti fermi.

Il primo si potrebbe porre nel seguente modo: la contaminazione tra spazio costituzionale sociale nazionale e sovranazionale non è più soltanto postulata o auspicabile, ma incomincia a lasciare tracce e segnali che vanno prontamente colti. Se la prospettiva di una lettura di destra per una critica da sinistra della evoluzione dei diritti sociali in Europa e del contenuto della Carta di Nizza

²⁵² A. Manzella *Dalla convenzione alla Costituzione*, Il Mulino, 2003; A. Manzella -P. Melograni - E. Paciotti - S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, 2001 e ivi il saggio di S. Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, p. 67; G. Della Cananea, *L'Unione Europea. Un ordinamento composito*, Laterza, 2003, p. 112 ss.; S. Cassese, *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, *Quad. Cost.*, 2002, 3, p. 469 ss.; C. Pinelli, *Il momento della scrittura*, Il Mulino, 2002.; A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, 2002; in una posizione intermedia E. W. Böckenförde, *Dove sta andando l'Europa?*, in *Id.*, *Diritto e secolarizzazione*, Laterza, 2007, specie p. 192, ma passim; e pure A. Barbera, *Esiste una Costituzione europea?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, p. 654 ss.

²⁵³ A. Manzella, *Dalla convenzione alla Costituzione*, cit. p. 923 considera che la Costituzione europea “partecipa del fenomeno...di unione di Costituzioni che si comunicano reciprocamente legittimità, attraverso il diritto e attraverso canali differenziati ma interdipendenti con i popoli-popolo europeo”.

²⁵⁴ L'evoluzione dell'ordinamento europeo, come la radice erbacea rizomatica, si presenta allungata e ramificata: l'accostamento dell'ordinamento europeo al rizoma appare come un atto di fiducia in un momento non proprio felice dell'esperienza e dell'ideale europeo: il rizoma, proprio per la sua struttura, permette infatti il superamento delle condizioni climatiche sfavorevoli rigenerando nuove piante.

²⁵⁵ Sulla relatività dei principi contro l'assolutezza dei valori si rinvia a G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, p. 147 ss.; si veda inoltre, dello stesso autore, anche il bel volume/intervista, *La virtù del dubbio*, Laterza, 2007.

²⁵⁶ Fondamentale il saggio di M. Poyares Maduro, *The double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in T. K. Hervey – J. Kenner (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, 2003.

²⁵⁷ Così A. Spadaro, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, *Pol. Dir.*, 2006, 1, p. 172, che continua: «la ragionevolezza dei diritti fondamentali discende dal fatto che - pur rimanendo (in astratto) “assoluti” e “inviolabili” - essi devono rivelarsi (in concreto) “bilanciabili” e “negoziabili”. Dunque non esistono, o comunque non dovrebbero essere ammissibili, almeno in via ordinaria, diritti fondamentali che non siano intrinsecamente flessibili, moderati, equilibrati, passibili di ponderazione/bilanciamento. In una parola: relazionali e dunque ragionevoli».

appare strumentale - come lo fu a suo tempo per lo statuto dei lavoratori - altrettanto discutibile è l'atteggiamento di chi, desideroso di una certa evoluzione (il *wishful thinking*), legge nei dati ciò che vuole leggere e non ciò che vi è scritto realmente²⁵⁸.

Pare più opportuno sforzarsi di interpretare, quanto più obiettivamente possibile, il processo di evoluzione in atto.

Chi studia l'evoluzione dell'ordinamento europeo fuori dai due opposti pregiudizi sopra rilevati, ci dice che le strutture costituzionali nazionali non possono che interagire con la struttura costituzionale europea in formazione, ma che tutto ciò avverrà secondo itinerari e con effetti oggi non del tutto prevedibili, essendo il processo non retto da una logica causale lineare²⁵⁹. E, aggiunge, che tutto ciò implica la necessità, se non l'urgenza, di lavorare ad una nuova e originale teoria costituzionale dell'ordinamento europeo²⁶⁰.

Tale costruzione teorica non è affare riservato alla dottrina costituzionalistica, ma un ruolo determinante vi avranno, ognuno per la propria parte, i cultori di altre discipline. Si può aggiungere che i giuslavoristi avranno particolari responsabilità essendo in qualche modo co-custodi dei principi, dei compiti e degli obiettivi sociali dell'Unione, ormai fissati in articoli-clausole generali di apertura del nuovo Trattato che vanno adeguatamente intese come disposizioni di riferimento nell'attività di interpretazione del diritto secondario²⁶¹. In primo luogo, il principio - che assurge, già nelle costituzioni interne, a principio costituzionale supremo - del rispetto della dignità umana e che ha come pendant il riconoscimento che l'Unione «pone la persona al centro della azione...» (punto due del preambolo della Carta di Nizza, art. 1 della Carta)²⁶². Ma pure il riferimento ai principi di libertà, uguaglianza, solidarietà e non discriminazione.

²⁵⁸ Si v. la nota critica a Corte d'Appello Roma, 11 aprile 2002 (ordinanza), di R. Calvano, *La Corte d'appello di Roma applica la Carta dei diritti Ue. Diritto pretorio o Ius Commune europeo?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, fasc. 12, pp. 2238 ss.; per una messa a punto del valore giuridico della Carta di Nizza e del suo impatto sui diritti sociali costituzionali si rinvia a B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. Sciarra - B. Caruso (a cura di), *Il lavoro dipendente*, Giappichelli, 2008 (di prossima pubblicazione), vol. V del Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea, diretto da G. Ajani e G. Benacchio.

²⁵⁹ C. Pinelli, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, *Dir. Un. Eur.*, 1999, 4, p. 725 ss.

²⁶⁰ A. Von Bogdandy, *I principi costituzionali dell'Unione Europea*, op. cit.; E. W. Böckenförde, *Dove sta andando l'Europa?*, op. cit., p. 192; A. Ruggeri, *Riconoscimento e tutela "multilivello" dei diritti fondamentali*, op. cit.; Id., *Quale costituzione per l'Europa?*, *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2004, 1, p. 150 ss.; Id. *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, cit.

²⁶¹ Sull'importanza delle clausole generali di apertura del nuovo Trattato si sofferma C. Pinelli, *Diritti fondamentali e riassetto istituzionale dell'Unione*, *Dir. Pubbl.*, 2003, 3, p. 820 che così convincentemente sintetizza il passaggio da Amsterdam al nuovo Trattato (passando per le convenzioni): la novità consiste «nel fatto che nei trattati vigenti, anche nell'aggiornata formulazione di Amsterdam, gli obiettivi costituiscono l'autentico orizzonte dell'azione della Comunità e dell'Unione, e i principi fungono più da limiti di rispetto di tale azione che da riferimenti destinati a orientarla, mentre secondo il progetto di trattato costituzionale (*oggi del nuovo trattato sul punto non modificato* n.d.a.) i principi, di cui gli obiettivi costituiscono solo un'opportuna specificazione, costituiscono un impegno e una guida costante per le istituzioni europee e per i loro interventi. Si è così voluto passare da un sistema di matrice funzionalistica a un ordinamento assimilabile sul punto agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri».

²⁶² Sulla dignità umana non solo come valore, ma come diritto in grado di condizionare anche le libertà economiche, nella evoluzione della giurisprudenza comunitaria (in particolare i casi *Omega* e *Schmidberger* infra § 5 ss.) si veda ampiamente A. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, *Riv. Dir. Inter.*, 2006, 3, pp. 644- 692; G. Pino, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in I. Trujillo-F. Viola (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Il Mulino, 2007; A. Spadaro, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali*, op. cit., p. 170 e nota 6.

Il che non impedisce di constatare che la costruzione di una teoria costituzionale dell'ordinamento europeo, per la dimensione specifica dei diritti sociali, è compito scientificamente e giuridicamente delicato e che molto dovrà essere fatto per coordinare le disposizioni sociali inserite nella Carta di Nizza con quelle contenute in altri documenti²⁶³.

E ancor più arduo è il compito di mettere in comunicazione, con adeguate aperture di significato e operazioni interpretative, la configurazione dei diritti sociali nella Carta di Nizza, nella lettura "adequatrice" e di bilanciamento con le disposizioni dei trattati sulle libertà economiche che incomincia a darne la Corte di giustizia (*infra* § 5 ss).

Nei prossimi anni si tratterà, infatti, di mettere a punto l'assetto (o il modello) sociale comunitario che verrà fuori da questa fase di cambiamento che dovrebbe avere il suo esito nella trasformazione della Carta di Nizza da documento politico in documento dotato di efficacia giuridica costituzionale, attraverso la ratifica del nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione, che la richiama.

Il secondo punto fermo da cui partire, per rispondere alle domande precedentemente formulate, può essere posto nei seguenti termini.

Per iniziare a definire una teoria e una pratica dei diritti sociali che tenga conto dell'integrazione europea, bisognerà avere la forza di astenersi sia dall'asserire, sia dal negare la "coesistenza pacifica" tra principi sociali e principi del libero mercato: che è quel che, invece, viene più facile ai giuslavoristi, propensi come sono a prospettive assiologiche assorbenti altri tipi di considerazioni.

Ben più gravoso, anche se apparentemente più modesto, è il compito di cercare di accompagnare la co-evoluzione - non il semplice bilanciamento - vale dire il cambiamento, reciprocamente indotto, tra regolazione dei diritti sociali e regolazione della libertà di circolazione e della libertà di concorrenza nello spazio europeo secondo indicazioni e segnali che provengono dalla Corte di giustizia²⁶⁴.

4. Omologazione europea o identità nazionale dei diritti sociali?

Cosa si obietta a questo ultimo auspicabile processo, dal punto di vista della teoria costituzionale dei diritti fondamentali? Si obietta che la grammatica dei diritti in generale, e dei diritti sociali in particolare, affidata all'interpretazione omologante della Corte di giustizia europea possa portare,

²⁶³ La Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 e la Carta sociale europea del 1961, ma anche altre piattaforme internazionali dei diritti, in primo luogo la CEDU e le disposizioni dell'OIL. Insiste su questo giustamente S. Sciarra, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella 'modernizzazione' del diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 52/2007; si v. pure A. Alaimo *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti*, *op. cit.*

²⁶⁴ Si vedano, *ex aliis*, la sentenza della Corte di Giustizia, 23 novembre 1989, C-145/88, *Torfaen Borough Council c. B&Q*, capostipite del filone dei c.d. *Sunday trading cases* riguardanti l'interpretazione dell'art. 28 TCE; e anche le sentenze di condanna degli Stati membri riguardanti normative che prevedevano aiuti di stato vietati dall'art. 87 TCE, tra cui Corte di Giustizia, 7 marzo 2002, C-310/99, *Commissione c. Repubblica italiana* sulla legislazione nazionale di agevolazione dei contratti di formazione e lavoro; in dottrina, da ultimo, cfr. G. Ricci – L. Di Via, *Monopoli previdenziali e diritto comune antitrust*, in S. Sciarra (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, il Mulino, 2007, pp. 39 ss.

nel tempo, ad un impoverimento se non della loro funzione, delle loro specifiche identità nazionali²⁶⁵; e, perché no, ad una riduzione della intensità di tutela che essi svolgono nei rispettivi ordinamenti in virtù anche del contributo delle Corti costituzionali; si pensi per esempio allo storico contributo della giurisprudenza della Corte Costituzionale nella costruzione dello sciopero come diritto assoluto di libertà della persona, a titolarità individuale, in Italia.

I segnali provenienti dai recenti casi risolti dalla Corte di giustizia (*infra* § 5 ss), non del tutto tranquillizzanti per i diritti sociali storici (il diritto di sciopero e di azione collettiva), sembrerebbero confermare le preoccupazioni di chi ritiene che i diritti sociali nazionali (la ricchezza della loro tradizione) avrebbero tutto da perdere nella contaminazione con la dimensione sovranazionale degli stessi (l'ipotesi del conflitto)²⁶⁶.

Ne deriverebbe, altresì, il paventato rischio di una perdita di ruolo e di prestigio delle stesse Corti costituzionali deputate ad interpretarli ed affermarli nello spazio nazionale. A tale ultima preoccupazione segue l'auspicio di un dialogo diretto e più intenso tra la Corte Costituzionale e la Corte di giustizia proprio a partire, per quel che riguarda l'Italia, da un *revirement* della posizione della prima che, come sostenuto a partire dalla sentenza *Granital*²⁶⁷, rifiuta di considerarsi autorità giurisdizionale di ultima istanza per sollevare le questioni di pregiudizialità comunitaria ex art. 234 TCE, così negando la possibilità di un suo dialogo diretto ed esplicito con la Corte di giustizia²⁶⁸. Si postula, dunque, il dialogo diretto tra le alti corti, controllabile dalla pubblica opinione e dalla comunità scientifica, come strumento per garantire una integrazione non coloniale tra diritti e principi costituzionali nazionali e europei²⁶⁹.

Tale posizione è condivisibile nei suoi rilievi di fondo, ma merita una precisazione. Proprio perché è vero che il fenomeno comunitario è talmente complesso e innovativo «per cercare di ricondurlo a categorie tradizionali dei rapporti tra Stati come il dualismo o, anche, lo stesso monismo»²⁷⁰, pare dubbio che si possano considerare, come sembra invece sostenere la citata dottrina, le strutture costituzionali nazionali ed europee, e le relative identità, in chiave sostanzialmente dualista e di separazione.

A tale posizione sembra, invece, sfuggire l'elemento di contaminazione e di osmosi giuridica in atto attraverso quello che si è definito, nel paragrafo di apertura, il metodo della *constitutional cross fertilization*.

²⁶⁵ È l'obiezione di M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali*, op. cit., p. 57 ss.; sostanzialmente sulla medesima posizione, con riferimento agli articoli 39 e 40 della Costituzione, gli autori citati alla nota 23.

²⁶⁶ "Non ci si può nascondere che [...] l'applicazione nel nostro paese della giurisprudenza della Corte di giustizia potrebbe entrare in contrasto con la norma costituzionale in materia di sciopero (art. 40 cost.);" in questi termini U. Carabelli, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia*, cit., p. 16.

²⁶⁷ Si tratta della sentenza della Corte Costituzionale del 8 giugno 1984, n. 170; rel. La Pergola.

²⁶⁸ M. Cartabia op. loc. cit.; sul dialogo tra Corte di giustizia e Corte costituzionale a proposito della teoria dei contro limiti si rinvia tra i tanti a R. Cheppa, *Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte Costituzionale*, *Dir. Un. Eur.*, 2007, 3, pp. 493-511; A. Pace, *Granital, ventitré anni dopo*, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/ordinamentieuropei/La%20sentenza%20Granital,%2023%20anni%20do-poll.pdf> 2007; M. Cartabia - A. Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur.cost.*, 2002, pp. 4502 ss.; F. Salmoni, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 2, pp. 491-563. R. Calvano, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Cedam 2004, p. 266 ss.

²⁶⁹ In particolare M. Cartabia, op. cit., p. 57 ss.

²⁷⁰ A. Celotto, *Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze tra giudizio di costituzionalità e giudizio di "comunitarietà"*, in *Giur. cost.* 2004, p. 1732.

A conferma dell'assunto, si possono portare alcuni esempi che dimostrano come la relazione tra dimensione sovranazionale dei diritti sociali e loro identità nazionali, non vada probabilmente intesa come di mera coesistenza, che presuppone identità diverse che, nell'incontro, si mantengano tali; ma neppure come fusione e annullamento, termini che presuppongono che la identità più forte o territorialmente più ampia domini, assorba e alla fine distrugga la più debole. Si è propensi a considerare che tali diversificate identità, come nelle relazioni di amore maturo, nell'incontro non rimangano indifferenti, né si fondano o si annullino, ma cambino insieme pur rimanendo ognuna diversa.

La libertà di azione sindacale, per esempio, si è tradizionalmente esplicitata all'interno dei confini nazionali, presentandosi l'ipotesi del conflitto transnazionale, residuale; la globalizzazione e soprattutto l'integrazione dei mercati in Europa, rendono oggi, se non fisiologico, sicuramente più realistico l'utilizzo delle libertà economiche come strumento di elusione di vincoli sociali nazionali (il dumping sociale)²⁷¹; il che finisce per generare inedite forme di conflitto di dimensione transnazionale su cui inizia ad essere chiamata a giudicare la Corte di giustizia in funzione latamente arbitrale e di bilanciamento di principi.

5. Ordinamento europeo e diritti sociali. Lo sciopero e la libertà di azione collettiva nei casi Laval e Viking.

I casi Laval²⁷² e Viking²⁷³, decisi dalla Corte di giustizia e anticipati dalle già problematiche conclusioni degli avvocati generali²⁷⁴, costituiscono l'esempio più eclatante di come la grammatica nazionale dei diritti sociali - concernente anche diritti tra i più sacri e onusti di tradizione, come lo sciopero anche nella forma dello sciopero di solidarietà, l'azione collettiva di protesta - entri in comunicazione con la grammatica di un ordinamento diverso, quello sovranazionale, e di quali

²⁷¹ Si veda la recente sentenza della Corte di Giustizia, 3 aprile 2008, C- 346/06, *Rüffert* su cui il duro commento di L. Patrino, *Il caso Rüffert: la Corte di giustizia CE fa un altro passo avanti nella 'via giudiziaria' al dumping sociale*, 2008, <http://www.costituzionalismo.it/articolo.asp?id=273>.

²⁷² Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007, C- 341/05, *Laval*.

²⁷³ Corte di Giustizia, 11 dicembre 2007, C- 438/05, *Viking*.

²⁷⁴ Cfr. le Conclusioni degli Avvocati Generali Mengozzi per *Laval* e Poiares Maduro per *Viking*, entrambe del 23 maggio 2007. Già ancor prima delle sentenze è stata ampia l'attenzione della dottrina a dimostrazione dell'importanza della posta in gioco soprattutto con riferimento ai principi coinvolti, piuttosto che a reali interessi. T. Boeri e F. Coricelli, *Europa: più grande o più unita?*, Laterza, 2003, nella fase di adesione dei PECO, consideravano «del tutto improbabile che i flussi di commercio e gli investimenti diretti associati all'allargamento possano influire in modo significativo su salari e occupazione negli attuali membri dell'UE. Alcuni effetti su salari e occupazione potranno essere percepiti a livello locale, nelle regioni ricche ai confini con i PECO, e limitatamente ai lavoratori con bassi livelli e specifici settori», p. 59. Si v. pure F. E. Caroleo - F. Pastore, *Verso una nuova geografia regionale dell'Europa: gli effetti dell'allargamento dell'Unione Europea sul mercato del lavoro*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2006, pp. 201 ss. I casi *Laval*, *Viking* e *Rüffert* sembrano confermare tali analisi. Prima delle sentenze si erano già occupati dei casi *Laval* e *Viking* - soprattutto a ridosso delle articolate opinioni degli avvocati generali Mengozzi e Poiares Maduro - oltre agli autori citati alla nota 23 (in particolare lo scritto di Lo Faro) anche T. Blanke, *The Viking case*, *Transfer* 2006, 2, p. 251 ss.; Id. *Observations on the Opinions of Advocates General Maduro and Mengozzi delivered on 23 May 2007 in the Viking1 and Laval cases*, *Transfer*, 2007, 3, p. 497 ss.; B. Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day*, *Eur. Law Jour.*, 2007, 3 pp. 279-308. G. Bronzini - V. Picone, *Diritto di sciopero e libertà di circolazione nelle recenti conclusioni degli Avvocati Generali*, *Rivista critica dir. lav.*, 2007, 3, p. 619 ss.; R. Eklund, *The Laval Case*, *Ind. Law Jour.*, 2006, 2, p. 202 ss. B. Veneziani, *La Costituzione europea, il diritto del lavoro e le icone della solidarietà*, in G. Ferrara- M. Pallini- B. Veneziani, *Costituzione europea: quale futuro?*, Ediesse, 2006, p. 9, ss.; K. Ahlberg - N. Bruun - J. Malmberg, *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, *Transfer*, 2006, pp. 155-166; P. Zampini, *Il caso Laval : la libera circolazione dei servizi di fronte a nuove incognite*, *Europa e diritto*, 2007, 1, 13; M. Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm: Il diritto comunitario ha già la sua Bolkestein?*, *Riv. It. Dir. Lav.* 2006, II, p. 240 ss.

possano essere gli effetti di tale commistione.

Nelle sentenze, sull'abbrivio di articolate argomentazioni degli avvocati generali Poiares Maduro e Mengozzi, viene esplicitamente accantonata ogni ipotesi di non interferenza tra sistema di diritti sociali nazionali e ordinamento europeo, con particolare riferimento alle libertà economiche fondamentali di circolazione; in particolare le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, garantite dagli art. 43 e 49 TCE, di cui si afferma l'efficacia orizzontale nei confronti anche di atti privati di natura collettiva posti in essere dalle organizzazioni sindacali²⁷⁵; quest'ultimi, come è noto, costituiscono, invece, nella diversa prospettiva teorica dell'ordinamento sindacale, atti autonomi di esercizio del potere di autotutela, però, costituzionalmente legittimati e riconosciuti, in tutti gli ordinamenti statali a costituzione rigida, alla stregua di diritti sociali fondamentali nominati: diritto di sciopero e di esercizio della libera attività sindacale anche di natura negoziale.

Le sentenze non si fermano a sancire questa già rilevante interferenza nel caso concreto; esse si spingono a rigettare ogni ipotesi di relazione di indifferenza tra i diritti sociali nazionali e le modalità in cui i medesimi diritti (di sciopero e di azione collettiva) vengono riconosciuti e operano nell'ordinamento sovranazionale. Ciò nella misura in cui i giudici europei rigettano la lettura immunitaria dei principi e delle regole dei sistemi sindacali nazionali rispetto alle regole e ai principi dell'ordinamento europeo²⁷⁶. Tale tesi è sostenuta nelle due sentenze in virtù di una lettura sistematica e non letterale dell'art. 137 § 5 del TCE che conduce a ritenere prevalenti i principi di diritto comunitario sulla formale ripartizione delle competenze²⁷⁷.

Viene, pertanto, ribadito l'importante assunto, ben altrimenti accolto dalla dottrina giuslavorista

²⁷⁵ Sull'efficacia orizzontale delle norme sulle libertà economiche concordano, con sfumature argomentative diverse ma convergenti, sia le opinioni degli avvocati generali, con stile molto colloquiale (ampi gli argomenti di Poiares Maduro in Viking punti 31-54; e pure di Mengozzi in Laval, punti 137 ss, con un esplicito e originale riferimento alla specificità del caso relativo a atti privati di natura sindacale rispetto ai precedenti trattati dalla Corte p. 158), sia le sentenze ma con argomenti molto più stringati e assertivi: Laval punto 98-99; Viking punti 32-38. Il diverso stile dell'argomentazione degli avvocati generali rispetto alla Corte è riconducibile alla percezione della funzione federale, da parte della Corte, di *constitutional adjudication*; per cui l'uso di uno stile neutrale e assertivo, molto più simile a quello della Corte di Cassazione francese, piuttosto che di uno stile più persuasivo (che riflette pure il sistema della *dissenting opinion* e la minore autopercezione come Corte costituzionale) della Corte suprema americana. Su questo ampiamente v. M. Rosenfeld, *Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*, *International Journal of Constitutional Law*, 2006, p. 9. Sullo stile e ruolo costituzionale della Corte suprema americana pure S. M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, Il Mulino, 2003, p. 221 ss.

²⁷⁶ Viking punti 39-42; Laval punti 88-89. L'ipotesi immunitaria era stata invece sostenuta fortemente in corso di causa sia dai governi finlandese e svedese, ma anche da altri, sia dai sindacati: ampi ragguagli in B. Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union*, op. cit.

²⁷⁷ Laval punto 87: "È sufficiente in proposito ricordare che, se è vero che, nei settori che non rientrano nella competenza comunitaria, gli Stati membri restano in linea di principio liberi di fissare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e le modalità di esercizio degli stessi, rimane tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, detti Stati sono comunque obbligati a rispettare il diritto comunitario". Laval punto 88: "Pertanto, il fatto che l'art. 137 CE non si applichi né al diritto di sciopero né a quello di serrata non fa sì che un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale sia esclusa dal settore della libera prestazione dei servizi". In termini pressoché analoghi Viking punti 40 e 41. Ampiamente critico, sulla base di una diversa interpretazione esegetica dell'art. 137 § 5 U. Carabelli *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia*, cit.; tale lettura induce l'autore a valorizzare le prerogative statali e costituzionali in materia di diritti sociali collettivi (il patriottismo costituzionale), inducendolo a devalorizzare il riconoscimento nell'ordinamento europeo che ne fa la Corte. B. Veneziani, *La Corte di giustizia*, cit., invece, mette in dovuto rilievo tale riconoscimento ma finisce per considerarlo un dono dei Danai.

nel caso *Del Cerro Alonso*²⁷⁸, che i principi fondamentali dell'ordinamento europeo²⁷⁹, non possono soffrire le limitazioni politiche delle competenze fissate nei trattati e si espandono, a partire da singoli casi, fino a determinare l'assetto, per natura mobile, delle competenze e gli spazi di intervento della Corte stessa. I principi dell'ordinamento europeo come leva, dunque, per scardinare l'assetto rigido delle competenze.

Si tratta di un metodo ormai classico di integrazione attraverso il diritto cui la Corte di giustizia ci ha abituati, in particolare, il diritto prodotto dal dialogo tra le corti; metodo che si può legittimamente condividere o non condividere, a seconda dell'idea che ognuno si è fatta dell'integrazione europea; quel che pare sbagliato è dividerlo o non dividerlo a giorni alterni, o caso per caso, a seconda degli assetti degli interessi che, di volta in volta, ne viene fuori: in questo caso si tratterebbe non di legittima condivisione del metodo della "giurisprudenza degli interessi" ma di quel che Massimo D'Antona indicava come opportunismo metodologico²⁸⁰.

Tale visione interventista, condivisa dalle due sentenze e dalle opinioni degli avvocati generali, produce dispositivi che, in questo caso, danno torto ai sindacati che rivendicavano, per la copertura alle loro azioni collettive, norme legali e convenzionali nazionali, appartenenti a sistemi sindacali maturi e regole endosindacali di comportamento nei conflitti transnazionali; e ragione alle aziende (una lettone, l'altra finlandese) che rivendicavano, invece, sostanzialmente la libertà di sfuggire ai più pesanti vincoli economici e sindacali delle democrazie sociali scandinave rispetto a quelli dei paesi di nuova adesione (i c.d. PECO).

I diritti di azione collettiva, e sostanzialmente il principio di autonomia sindacale - che nel diritto di sciopero si esplica nella libera scelta del fine e dei mezzi dell'azione di autotutela - verrebbero, dunque, fortemente condizionati dal rispetto, imposto dalla Corte di giustizia, delle libertà economiche; esse, nella lettura che si attribuisce alla Corte di giustizia, sarebbero considerate valori, prima ancora che principi, assiologicamente prevalenti nell'ordinamento europeo, con l'effetto di assolutizzare quest'ultime, subordinandovi i primi che da valori assoluti, nell'ordinamento nazionale, finirebbero per essere degradati a principi relativi.

I casi *Laval* e *Viking*, secondo questa lettura orientata, riporterebbero l'asse del bilanciamento, almeno per i diritti sociali, indietro fino al 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*²⁸¹), epoca in

²⁷⁸ Vale rilevare che la Corte ha posto in essere la medesima operazione di allargamento delle competenze comunitarie, con una interpretazione restrittiva dell'art. 137 § 5, ancorché di segno sociale invertito rispetto ai due casi in esame, per la materia della retribuzione (pur essa esclusa) nel caso *Del Cerro Alonso*, cit., dove ha riconosciuto il diritto alla parità di trattamento retributivo con riferimento al riconoscimento degli scatti di anzianità anche riferiti alla fase del contratto di lavoro a termine. Cfr. in argomento la nota alla sentenza di L. Zappalà, *La parità retributiva dei lavoratori flessibili nell'ordinamento comunitario*, Riv. it. dir. lav. 2008, 2 (di prossima pubblicazione).

²⁷⁹ Sui principi fondamentali dell'ordinamento europeo oltre a A. Von Bogdandy, *I principi costituzionali dell'Unione Europea*, cit., cfr. P. Mengozzi, *Les principes fondamentaux du droit communautaire et le droit des Etats membres*, Rev. Droit Un. Europ., 2002, 3, p. 435 ss.; K. Lenaerts, "In the Union we Trust": Trust-Enhancing Principles of Community Law, in *Com. Mar. Law Rev.*, 2004, 41, pp. 317-343. F. Toriello, *I principi generali del diritto comunitario*, Giuffrè, 2000, specie capp. I e V.

²⁸⁰ M. D'Antona, *L'anomalia post-positivista nel diritto del lavoro e la questione del metodo*, in Riv. crit. dir. priv., 1990, pp. 207-228, ora in B. Caruso – S. Sciarra (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, 2000, vol. I, pp. 60 ss.

²⁸¹ Sent. Corte di Giustizia, 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft MbH C. Einfuhr- und Vorratsstelle fur Getreide und Futtermittel*; prima ancora Corte di Giustizia 4 febbraio 1959, C- 1/58, *Stork c. l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio* e Corte di Giustizia, 1 aprile 1965, C- 40/64, *Sgarlata e altri c. Commissione della C.E.E.*

cui la Corte sosteneva che la salvaguardia dei diritti fondamentali andava garantita «entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità»; tutto questo rappresenterebbe, (nella misura in cui si ometterebbe, *rectius*, si circoscrive, nella lettura correttiva proposta dall'avv. Poiães Maduro, *Albany*²⁸²) un evidente passo di gambero per i diritti sociali, rispetto alla storica evoluzione della giurisprudenza della Corte relativa ad altre tipologie di diritti a dimensione individuale (il diritto alle ferie nel caso *Bectu*, il diritto alla dignità della persona e alla libertà di manifestazione del pensiero e di riunione nei casi *Omega*²⁸³ e *Schmidberger*²⁸⁴ ma pure in *Karner*²⁸⁵ e *Swedish Matches*²⁸⁶) che si ritengono diversamente condizionabili le libertà economiche²⁸⁷.

Dalla composizione dei pezzi del mosaico della giurisprudenza della Corte di giustizia si confermerebbe, pertanto, una visione complessivamente individualista, se non mercantilista, dei diritti fondamentali con la costruzione di una gerarchia, effetto di un bilanciamento arbitrario, che darebbe luogo ad una piramide parzialmente capovolta rispetto agli ordinamenti nazionali e all'ordinamento italiano: al primo posto – ma non con assoluta certezza²⁸⁸ - i diritti e le libertà civili

²⁸² Il riferimento sistematico e argomentato al caso *Albany* (Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, C- 67/96) è soprattutto nella opinione dell'avv. Poiães Maduro (punti 13 e 20 ma soprattutto 26- 27) in *Viking* (Mengozzi in Laval ne accenna soltanto incidentalmente ai punti 15 e 34); in Poiães vi è contestazione del richiamo analogico a tale sentenza effettuata dal sindacato finlandese e dalla Federazione internazionale. Tale richiamo serve a confermare, con forza, l'ipotesi dell'immunità della contrattazione collettiva dal diritto della concorrenza; ma tale richiamo apre la tesi che l'ipotesi immunitaria non possa applicarsi alle libertà di circolazione proprio in ragione della differenza tra l'ipotesi di conflitto tra diritti sociali collettivi e libertà di concorrenza (che aprirebbe una contraddizione nel Trattato) e quella invece tra diritti sociali e libertà di circolazione che non aprirebbe invece alcuna contraddizione perché "le stesse possono essere conciliate con obiettivi di politica sociale" (punto 27 infine). L'argomentazione di Poiães Maduro è sostanzialmente ripresa dalla sentenza *Viking* punti 48-43. *Albany* viene, invece, non a caso, ignorata in Laval la cui motivazione è molto più discutibile (v. infra § 7).

²⁸³ Corte di Giustizia, 14 ottobre 2004, C- 36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*. Si tratta di casi ampiamente citati dalle sentenze e dalle opinioni degli avvocati in Laval e Viking.

²⁸⁴ Corte di Giustizia, 12 giugno 2003, C- 112/00, C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Austria* e i suoi precedenti: Corte di Giustizia, 26 giugno 1997, C-368/95, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*; Corte di Giustizia, 9 dicembre 1997, C- 265/95, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*; Corte di Giustizia, 9 febbraio 1995, C-412/93, *Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec c. TF1 Publicité SA e M6 Publicité SA*. Per una analisi di *Schmidberger* T. Tridimas, *The ECJ and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?*, Federal Trust Constitutional Online Paper 05/04, <www.fedtrust.co.uk/uploads/constitution/05_04.pdf>, pp. 10 ss ; E. Reid, *Squaring the Circle for Tomorrow's World: A Comparative Analysis of the Approaches of the EC and WTO to balancing Economic and Non-Economic Interests in International Trade*, in T. Tridimas -P. Nebbia (edited by), *European Union Law for the twenty-first Century: Rethinking the New Legal Order*, External Relations Hart, 2004, p. 303.

²⁸⁵ Corte di Giustizia, 25 marzo 2004, C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*. Per un commento J. Krzemińska, *Freedom of Commercial Speech in Europe*, *European Union Studies Association (EUSA): Biennial Conference, 2005 (9th)*, March 31-April 02 2005, http://aei.pitt.edu/archive/00003043/01/JKrzeminska_EUSA_paper.txt

²⁸⁶ Corte di Giustizia, 14 dicembre 2004, C- 210/03, *Swedish Match c. Secretary of State for Health*.

²⁸⁷ Per una convincente rilettura storica dell'itinerario della giurisprudenza della Corte di giustizia sul rapporto tra libertà economiche e diritti fondamentali, C. Kombos, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity*, in Eur. Publ. Law, 3, pp. 433-460; si v. pure A. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, cit.; G. Pino, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa*, cit. Cfr. pure i saggi in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, cit.

²⁸⁸ In effetti, non sembra neppure certo che tra diritti fondamentali di prima generazione e libertà economiche possa riscontrarsi una relazione di priorità a favore dei primi: in realtà la Corte utilizza un approccio oltremodo casistico ricorrendo alla tecnica del bilanciamento e al principio di proporzionalità in senso stretto. Ampia analisi in C. Kombos, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms*, cit.: nell'approccio classico (ERT) i diritti fondamentali e le libertà economiche sono considerati complementari, i diritti assumono la funzione di controllo esterno alla legittimità del ricorso alle deroghe alla libertà di circolazione; a questo segue l'approccio ibrido: i diritti fondamentali divengono, in questo caso, fondamento di legittimazione delle deroghe all'esercizio delle libertà economiche (*Schmidberger*). Secondo J.C. Krzemińska, *Freedom of Commercial*, cit., la Corte porrebbe una gerarchia tra diritti civili e libertà economiche; secondo Tridimas essi sarebbero invece collocati sullo stesso piano. Così la Corte in *Schmidberger* punto 74 "Poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo

classiche, poi le libertà economiche (di fatto veri e propri diritti²⁸⁹) e, infine, i diritti sociali di natura collettiva (quelli più marcati in funzione di “contropotere sociale”), fortemente deprivati dal contenuto di autonomia e libertà, ma condizionati dalle - e, dunque, poziori e recessivi rispetto alle - libertà economiche.

Nella migliore delle ipotesi si dimostrerebbe l'assoluta irrazionalità (Habermas) della tecnica del bilanciamento, contro ogni tentativo di ricondurla a razionalità logica e giuridica (Axely).

Onde l'invito perentorio alla Corte di giustizia, ai limiti della *étiquette* istituzionale, a non affondare i “piedi (per altro non proprio della misura di Cenerentola) nel piatto della nostra Costituzione”²⁹⁰.

Se ci si fermasse ai dispositivi, non considerando le argomentazioni e i meta principi che vi si traggono, e se non si operasse una corretta contestualizzazione delle due sentenze, da questi commenti, sembrerebbe confermata l'ipotesi del conflitto tra sistemi nazionali di diritti sociali e ordinamento europeo. Le sentenze non si salverebbero neppure collocando altrove la loro ragione di fondo, vale a dire nell'assenza di *good regulation*, vale a dire «nella assenza di una reale ed efficiente cooperazione fra apparati burocratici ed amministrativi ... alla base di un disordine regolativo, causa ed insieme effetto di una integrazione rallentata e macchinosa carente attività di gestione amministrativa», oltre che dell'incapacità dei sindacati nazionali di adattare i propri sistemi di relazioni industriali alla realtà complessa della integrazione economica²⁹¹.

Fatto è che - qualunque sia la ragione, soggettiva nella prima lettura, oggettiva nella seconda - la Corte di giustizia avrebbe legittimato, in entrambi i casi, mediante il “dono avvelenato” della piena legittimazione costituzionale dei diritti sociali collettivi, la natura superiore delle libertà economiche di circolazione. Ciò significherebbe, se non proprio la legittimazione esplicita del *social dumping*²⁹², qualcosa che gli somiglia molto sul piano degli effetti. Quel che pare ancor più grave sul piano teorico, le sentenze avrebbero pure legittimato una relativa perdita di autonomia dei diritti

interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci”.

²⁸⁹ Si veda sul punto A. Biondi, *Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights*, *Eur. Human Rights Law Review*, 2004, 1, p. 51 ss.; F. G. Jacobs, *Human Rights in the EU: The Role of the Court of Justice*, *Eur. Law Rev.* 2001, 4, p. 331 ss.; J Krzemińska, *Free Speech Meets Free Movement-How Fundamental Really is “Fundamental”?*, ZERP-Discussionpapier 3/2005, www.zerp.uni-bremen.de/english/home.htm.

²⁹⁰ Così si conclude il duro intervento di M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval*, cit.: “Detto in altri termini: le due sentenze ci costringono a riflettere seriamente sulle conseguenze di affidare la nostra tradizione costituzionale alla mediazione di una Corte, interprete del diritto dei Trattati che non è ora, e non sarà nel prossimo futuro, la costituzione dell'UE; una Corte, che non è ora e non sarà, la Corte costituzionale dell'UE”. Si veda pure, più in generale, M.V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT – 55/2007

²⁹¹ S. Sciarra, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, cit.

²⁹² B. Veneziani, *La Corte di giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, cit. Che il *social dumping* possa costituire un effetto legittimo dell'esercizio delle libertà economiche viene esplicitamente contestato sia nelle conclusioni sia nella sentenza sul caso: Laval p. 103. nell'opinione dell'avv. Mengozzi già nella rubrica e poi ai punti 4, 246, 249, 251, 273, 280, 307, 308 e nella nota 95 dove si cita la sentenza della Corte di Giustizia, 19 gennaio 2006, C- 244/04, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*. In effetti, da inchieste giornalistiche svedesi sembrerebbe accertato che, nel caso Laval, l'impresa lettone non rispettasse di fatto, entro le mura domestiche, neppure il contratto collettivo stipulato con la CWA, il sindacato lettone dei lavoratori edili (l'applicazione di tale contratto è, invece, uno degli argomenti utilizzati dalla Corte per giustificare il suo dispositivo). Tale argomento della Corte, è, invece, fatto proprio, supinamente da N. Reich, *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union: The Laval and Viking Cases before the European Court of Justice*, in *German Law Jour.* 2008, 2, p. 12.

sociali fondamentali nazionali rispetto alle libertà economiche comunitarie che finirebbero per costituire limiti esterni al pieno esplicarsi degli stessi²⁹³.

L'osmosi tra diritti sociali comunitari e nazionali, finirebbe per produrre un risultato a somma negativa, avvalorando l'ipotesi del conflitto tra dimensione europea e nazionale dei diritti sociali, con buona pace dello stesso articolo 53 della Carta di Nizza che non consentirebbe, invece, nessuna interpretazione delle sue disposizioni (nella specie l'art. 28) in termini limitativi e riduttivi delle Costituzioni nazionali²⁹⁴.

Evocando i fantasmi di una Corte di giustizia che "mette i piedi" laddove non dovrebbe (nell'identità sociali e costituzionali nazionali) una parte ragguardevole della dottrina giuslavorista italiana guarda, con apprensione, all'ordinamento svedese e finlandese, ma pensa, ovviamente, all'art. 39 primo comma e 40 della Costituzione italiana dei cui valori assoluti si ritiene indefettibile custode.

Ma le cose stanno davvero in questi termini?

6. La identità sociale "bilanciata" dell'Europa. I principi sociali europei secondo la Corte di giustizia.

Le sentenze Laval e Viking non hanno bisogno di, e probabilmente non meritano, difese d'ufficio, soprattutto se esse si limitano a riprodurre meccanicamente gli itinerari argomentativi²⁹⁵. Pare più utile ragionare sulle prospettive dei diritti sociali nello spazio europeo, guardando con maggiore distacco alle argomentazioni ivi contenute e, magari, contestualizzandole. Le sentenze (soprattutto il caso Laval, ma anche il più recente caso *Rüffert*²⁹⁶), peraltro, contribuiscono a confermare il clima di pessimismo sul destino dell'Europa politica, sulla sua natura sociale e, soprattutto,

²⁹³ Su questo punto v. infra § 6.

²⁹⁴ Sull'art. 53 della Carta di Nizza si rinvia alle considerazioni di A. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali*, cit. pp. 553-654; in generale si rinvia a M. Cartabia, *commento all'art. 53*, in R. Bifulco- M. Cartaria- A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, cit.

²⁹⁵ È l'operazione condotta da N. Reich, *Free Movement v. Social Rights*, cit.; l'autore, non a caso, era consulente del governo lettone all'epoca del caso Laval.

²⁹⁶ La sentenza Ruffert, in linea con la sentenza Laval (richiamata esplicitamente al punto 33), smentendo clamorosamente le opposte conclusioni dell'avv. Bot (Conclusioni del 20 settembre 2006), ha stabilito che la direttiva 96/71 e l'art. 49 del TCE renderebbero illegittime le disposizioni legislative vigenti in Germania che impongono "agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione"; con tale sentenza la Corte ha di fatto destabilizzato il sistema di contrattazione collettiva di secondo livello (i contratti collettivi specifici) vigente in Germania. Il caso ha avuto origine dalla contestazione delle sanzioni applicate ad un'impresa aggiudicataria di un appalto del Land della Bassa Sassonia per non avere, quest'ultima, operato in modo tale che la società polacca subappaltatrice rispettasse per i propri dipendenti polacchi i contratti collettivi tedeschi specifici, di livello locale. La Corte ha ritenuto sufficiente, per integrare il rispetto degli obblighi di tutela della direttiva sul distacco, l'applicazione del contratto nazionale ad efficacia erga omnes. Pare evidente che in tal modo nessun imprenditore tedesco dovrà farsi carico in futuro di stipulare contratti locali con i sindacati edili tedeschi, posto che qualsiasi impresa tedesca potrà subappaltare lavori, a più basso costo, ad imprese che utilizzano lavoratori stranieri per i quali correrebbe l'obbligo di applicare soltanto il contratto nazionale. La legge tedesca, infatti, pur imponendo a pena di sanzione il contratto collettivo specifico, non lo qualifica "formalmente" contratto ad efficacia generale non rientrando, pertanto, la tipologia del contratto locale né nella fattispecie dell'art. 3. n. 1 né in quella dell'art. 3 n. 8 della direttiva sul distacco. Da notare che favorevolmente alla tesi accolta dalla Corte si era pure pronunciata la Commissione europea (circostanza riferita dall'avv. Bot, punto 52 ss. delle conclusioni). La Corte ha pure utilizzato l'argomento giusto il quale il sistema del land tedesco applicandosi soltanto agli appalti pubblici e non a quelli privati non opererebbe con l'obiettivo della tutela generale dei lavoratori. L'avv. generale Bot, più correttamente, nella sua opinione, considerava la norma della legge del Land Bassa Sassonia sull'aggiudicazione degli appalti pubblici (*Landesvergabegeetz Nds*) - che impone oltre al salario

sulla sua valenza costituzionale; clima diffusosi rapidamente, tra studiosi e osservatori, all'indomani dei referendum francese e olandese, e confermato dai nuovi trattati di funzionamento dell'Unione, simbolicamente, de-costituzionalizzati²⁹⁷.

È, tuttavia, probabile che né l'approccio del pessimismo della ragione, né quello dell'ottimismo della volontà siano di molta utilità in questo caso, vuoi per intendere le motivazioni delle sentenze, vuoi per decifrare le tendenze del progetto europeo. Molto meglio il necessario distacco, per quanto possibile.

Va, intanto, rilevato che i casi *Viking* e *Laval*, pur affermando A) i medesimi principi, si differenziano B) nell'itinerario argomentativo²⁹⁸ e, in parte, nelle conclusioni.

A) Per quel che riguarda i principi comuni enunciati, possono essere collocati lungo la seguente sequenza logica:

a) Le sentenze "riconoscono" i diritti sociali collettivi come tratto identitario dell'ordinamento europeo; essi sono considerati una parte integrante del patrimonio costituzionale comune degli stati membri, in virtù del richiamo generale a tali tradizioni contenuto già nelle vigenti disposizioni dei trattati (art. 136 TCE, art. 6 TUE): si tratta, per questo profilo, di un *riconoscimento obliquo e innominato*.

b) Le sentenze "rafforzano" tale riconoscimento mediante l'esplicito riferimento ai diritti sociali collettivi enunciati nelle disposizioni della carta Nizza (art. 28); a tale documento, equiparato ad altre fonti richiamate ma esterne all'ordinamento europeo²⁹⁹, non viene riconosciuta efficacia

minimo attraverso la previsione dell'obbligatorietà del contratto nazionale, l'obbligatorietà delle maggiori tariffe dei contratti collettivi non ad efficacia erga omnes -, "misura di attuazione di protezione nazionale rafforzata" a norma dell'art. 3. n. 7, della direttiva 96/71 (punto 94).

²⁹⁷ Sul negativo impatto della de-costituzionalizzazione dei trattati, in una visione di costituzionalismo classico applicato all'ordinamento europeo, C. De Flores, *Il fallimento della Costituzione europea*, cit.; pure L. Patruno, *Lo spirito del tempo e il processo di riforma delle istituzioni europee*, 2008, www.costituzionalismo.it; per una lettura tesa a ridimensionare e a considerare formale l'operazione di de-costituzionalizzazione e sostanziali le innovazioni inserite nel nuovo Trattato, J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, 2007.

²⁹⁸ Per *Laval* vanno considerati due fattori di specificità rispetto a *Viking*, per così dire estrinseci ai principi di diritto affermati. 1) In *Laval* il giudice relatore, Uno Lõhmus, è un giudice estone, appartenente ad un paese *new comer* esattamente come la società oggetto del caso (la *Laval* è una società lettone); un giudice, dunque, con una anzianità nel ruolo di giudice della Corte di giustizia di appena 4 anni; nel suo curriculum mancano pubblicazioni strettamente lavoristiche, pur con qualche competenza in materia dei diritti umani, derivante dalla sua posizione di ex membro della CEDU. In *Viking* il giudice relatore è, invece, un lussemburghese di lunga frequentazione della Corte, avendovi prestato servizio dal 1996 fino al gennaio del 2008, e dal 1989 al 1996 come membro del Tribunale di primo grado, con uno specifico background lavoristico testimoniato dalle sue pubblicazioni e dall'essere stato, prima della sua esperienza di giudice europeo, un alto funzionario del ministero del lavoro lussemburghese. 2) Nel caso *Laval* va, inoltre, considerato l'oggetto della richiesta dei sindacati svedesi nei confronti dell'impresa lettone e della sua consociata svedese, che non si limitava al rispetto dei livelli retributivi operanti in SVEZIA, ma anche ai maggiori oneri assicurativi e previdenziali previsti dal contratto collettivo dell'edilizia svedese (sovrainposte e addizionale speciale edilizia); oneri che i sindacati svedesi intendevano imporre all'impresa lettone; quest'ultima, infatti, avrebbe dovuto versare tali contributi ad una società di assicurazioni svedese FORA; dalla presentazione iniziale del caso che fa la Corte di giustizia sembra che i lavoratori lettoni non avrebbero mai potuto godere dei vantaggi conseguenti ai maggiori contributi che l'azienda lettone avrebbe dovuto versare (sentenza *Laval* punti 20, 21, 31, 32). Tali circostanze di fatto hanno, probabilmente, inciso sulla assertività delle affermazioni e della enunciazione del principio di diritto in *Laval* rispetto a *Viking*.

²⁹⁹ Sia *Laval* punti 90 ss., sia *Viking* punti 43 ss., in modo del tutto analogo, oltre a richiamare specificamente l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali nella versione proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000, richiamano la Convenzione OIL n. 87 del 1948, la Carta comunitaria dei diritti sociali del 1989, la Carta sociale europea del 1961, richiamata a sua volta dall'art. 136 del TCE. Anche l'avv. Mengozzi (punto 76) e l'avv. Poiars Maduro (punto 60) richiamano esplicitamente l'art. 28 della Carta di Nizza.

giuridica diretta e immediata. In ragione del suo status attuale di dichiarazione solenne³⁰⁰, il suo richiamo contribuisce soltanto a rafforzare argomentativamente l'operazione ermeneutica di "riconoscimento" identitario dei diritti sociali collettivi che la Corte pone in essere. Si tratta, per questa parte della motivazione, di un *riconoscimento diretto e nominato* dei diritti sociali come componente essenziale dell'identità europea.

Detto questo, suonerà paradossale agli orecchi di molti giuslavoristi, ma Laval e Viking, nonostante i loro dispositivi, segnano formalmente, più ancora di Albany, il passaggio dall'integrazione dell'Europa attraverso il diritto (*through law*) all'integrazione attraverso i diritti, in particolare attraverso, i diritti sociali (*through social rights*)³⁰¹.

Che i diritti vengano "riconosciuti" è, tuttavia, passaggio diverso dalla loro "affermazione". Tra riconoscimento e affermazione dei diritti non ci sta certamente il mare; pare, tuttavia, arguibile una netta distinzione concettuale che la Corte non esplicita, ma lascia chiaramente intravedere allorché pone in essere l'operazione di bilanciamento con le libertà economiche fondamentali (*infra* § 7).

È certo, in ogni caso, che le due sentenze, ma pure le opinioni dei due avvocati generali, segnano uno storico passaggio: i diritti e le politiche sociali sono considerati tratti identitari fondamentali del nuovo ordinamento. Il richiamo ai diritti sociali, quali lo sciopero e l'azione collettiva anche diversa dallo sciopero, quali nervature fondamentali ed indefettibili dell'ordinamento europeo, è, quanto mai, esplicito³⁰². Tutto ciò avviene in virtù di principi ricostruiti e riconosciuti dalla Corte, ma non direttamente affermati dalle norme, posta la genericità e la volatilità del richiamo alle politiche sociali negli attuali trattati, per un verso³⁰³; e, per l'altro, la mancanza (sicuramente al momento della emanazione delle sentenze) di efficacia giuridica della Carta di Nizza, dove essi vengono più propriamente menzionati rispetto agli originari trattati, oltre che inseriti in un contesto meglio adeguato, costituito delle disposizioni generali e di apertura del nuovo Trattato³⁰⁴.

La Carta di Nizza viene, infatti, utilizzata dalla Corte "come se" avesse efficacia giuridica, ma essa

³⁰⁰ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è stata solennemente proclamata da Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea e Commissione europea a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

³⁰¹ Sostiene giustamente L. Azzena, *Integrazione europea e percorso dei diritti fondamentali tra giurisprudenza e scrittura*, in I. Trujillo e F. Viola, (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, cit. p. 84, che la lingua inglese rende meglio in questo caso il concetto.

³⁰² Si vedano i punti delle sentenze e delle opinioni citati *supra* alla nota 76.

³⁰³ Condivisibili in tal senso le considerazioni di M. Rusciano, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, cit. p. 893 ss.

³⁰⁴ Sulla importanza "costituzionale" delle disposizioni di principio nel trattato costituzionale (rimaste invariate) nel nuovo Trattato di Lisbona, C. Pinelli, *Diritti fondamentali e riassetto istituzionale dell'Unione*, cit.; sull'impatto della Carta di Nizza - allorché sarà giuridicamente efficace - sulla attuale prevalenza dei valori economici nei trattati vigenti, si era già espresso M. Poiares Maduro, *The double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights*, cit. p. 284 ss. Sulla necessità di un nuovo contratto sociale come tratto identitario fondamentale dell'UE, lo stesso avvocato generale del caso Viking in *Europe's Social Self: "the Sickness Unto death"*, in *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, edited by J. Shaw, Hart, 2000, p. 348-349, ma *passim*. Non è casuale che le due sentenze Laval (punto 104) e Viking (punto 78), a supporto delle proprie decisioni, richiamino alcune norme principio/ clausole generali dell'attuale TCE, in particolare l'art. 2 e l'art. 3 n. 1 let c. e j) che mettono il mercato e l'integrazione economica al centro degli obiettivi della Comunità europea. È questo un passaggio argomentativo poco considerato dai critici delle sentenze: le Corti hanno, in ogni caso, deciso i due casi alla luce degli attuali Trattati che sicuramente impongono la prevalenza delle libertà economiche, prevalenza che ha caratterizzato il percorso "giuridicamente obbligato" sin qui seguito dalla Corte di giustizia, come nota Poiares Maduro, *The double Constitutional life*, cit., p. 284 ss.

rimane - e di questo trapela la consapevolezza sia nei giudici sia nelle opinioni degli avvocati generali - formalmente, allo stadio di efficacia politica, acquisita attraverso la proclamazione solenne (che è cosa diversa dalla efficacia giuridica) e attraverso il pallido obbligo morale dichiarato dalle principali istituzioni di adeguarsi ad essa nel proprio operare³⁰⁵. Questa sottile e ad un tempo profonda distinzione tra “riconoscimento” e “affermazione” dei diritti spiega, probabilmente, alcune conseguenze sull’operazione di bilanciamento - anche sotto il profilo logico - che viene, poi, effettuata (*infra* § 7). Nelle due sentenze è, comunque, presente una chiara apertura di significato nei confronti della Carta di Nizza: tale documento assume rilievo, nel discorso della Corte, più come *metodo interpretativo*, piuttosto che come *fonte normativa*³⁰⁶.

Ma proseguiamo con ordine.

Al riconoscimento dei diritti sociali, come tratto identitario dell’ordinamento europeo, si giustappongono due affermazioni, una tralaticia e l’altra estemporanea, più direttamente funzionali alla soluzione, in concreto, dei due casi.

c) La prima è costituita dall’affermazione (non mero riconoscimento) delle libertà economiche di circolazione - soprattutto della libertà di circolazione dei servizi, anche se sostanzialmente collocata sullo stesso piano della libertà stabilimento - come libertà/diritti fondamentali direttamente ed esplicitamente dichiarate tali dai trattati, cui convenzionalmente e storicamente la Corte di giustizia ha attribuito valore di costituzione materiale dell’unione³⁰⁷.

d) La seconda, condivisa anche dagli avvocati - teologicamente orientata alla soluzione tecnica del caso, piuttosto che all’asseverazione di un astratto principio - riguarda il riconoscimento della efficacia orizzontale delle disposizioni del trattato sulle libertà economiche.

Occorre, a questo punto, inserire una riflessione, a mo’ di inciso, per operare una corretta contestualizzazione delle due sentenze.

Nella ormai storica giurisprudenza della Corte sulle libertà di circolazione - più ancora che nella sua giurisprudenza sul principio di libera concorrenza³⁰⁸ - tali libertà economiche sono state strettamente correlate al valore/principio dell’integrazione europea.

Le libertà economiche³⁰⁹, nella ormai lunga narrazione della Corte di giustizia, non costituiscono un valore in sé, espressione del principio individualistico/proprietario, come invece nel discorso

³⁰⁵ Si rinvia a B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento costituzionale europeo*, cit.; M. Rusciano, op. loc. ult. cit.

³⁰⁶ La proposta di riferirsi alla Carta di Nizza come *metodo interpretativo*, piuttosto che come *teoria delle fonti* è in A. Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti*, cit., p. 10

³⁰⁷ Sulla sostanza costituzionale del Trattato - il Trattato come Carta fondamentale della Comunità - cfr. Corte di Giustizia, 23 aprile 1986, C-294/83, Parti écologiste Les Verts c. Parlamento europeo. In dottrina J.H.H. Weiler, *La trasformazione dell’Europa*, in Id. (a cura di), *La Costituzione dell’Europa*, Il Mulino, 2003, p. 36 ss.; S. Cassese, *La Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1991, p. 481; L. Torchia, *Una Costituzione senza stato*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, p. 418.

³⁰⁸ M. Pallini, *Il Rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell’ordinamento comunitario e nazionale*, *Riv. It. dir. lav.*, 2000, II, p. 225 ss.; S. Sciarra (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, il Mulino, 2007; V. Brino, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarità?*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, p. 329 ss.

³⁰⁹ C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oup, 2004; S. Giubboni- G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione europea*, il Mulino, 2007; S. Borelli, *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lav. Dir.*, 2008, I, p. 125 ss.

costituzionale della Corte suprema americana³¹⁰. Il discorso sulle libertà economiche di circolazione è sempre stato ricondotto, funzionalmente, a quel vero e proprio principio costituzionale supremo che, nell'ordinamento europeo e nella giurisprudenza ormai pluridecennale della CDG, è costituito dall'integrazione politica dell'Europa, filtrata dal credo funzionalista³¹¹. A tal punto che la libertà di circolazione dei servizi, nel successivo caso *Rüffert*, viene addirittura postulata, anche in contrasto con le più ragionevoli argomentazioni dell'avvocato generale Bot. La piena valorizzazione della libertà di circolazione di imprese e servizi, nella visione della Corte, è per altro da sempre considerata il vaccino più efficace contro ogni visione (e politica) protezionistica degli stati; quest'ultima finirebbe per coincidere con la negazione stessa dell'idea di integrazione europea; con l'effetto della compartimentazione dei mercati nazionali del lavoro cui espressamente si riferisce l'avv. Póires Maduro nel caso *Viking*³¹².

L'equazione integrazione politica = pieno esercizio delle libertà di circolazione in uno spazio comune e senza frontiere ha, dunque, costituito, nel linguaggio dei giudici della Corte, ad un tempo, un orizzonte ideale e una quotidiana prassi decisoria. Essa si rafforza allorché si tratta di integrare paesi di nuova adesione, con economie deboli; e ciò nella misura in cui la Corte finisce, pure, per condividere - è probabile anche se non dichiarato - alcuni postulati della teoria economica sui vantaggi competitivi che dovrebbero essere mantenuti a favore dei paesi di nuova annessione³¹³.

Si può, pertanto, sostenere che nelle due sentenze, mentre i diritti sociali vengono riconosciuti (e si tratta di una novità), le libertà economiche vengono affermate e ribadite (e non si tratta di una novità).

Tutto questo spiega, anche se non giustifica del tutto, una prima sequenza logica del ragionamento della Corte; ragionamento, per altro anticipato, sicuramente in modo più scandito e convincente, dalle argomentazioni degli avvocati generali.

La sequenza logica può essere posta nel seguente modo.

e) Proprio in quanto le libertà economiche sono già affermate (se non addirittura postulate) nell'ordinamento europeo, sono esse che fungono da limiti esterni ai diritti sociali nell'occasione

³¹⁰ Si rinvia a M. J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano (1870-1960)*, Il Mulino, 2004, specie p. 259 ss.

³¹¹ Si rinvia per tutti a M. Póires Maduro, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oup, 1998.

³¹² Cfr. le Conclusioni dell'A.G. Póires Maduro in *Viking*, punti 62, 63, 71 e 73 n. 4.

³¹³ In tal senso esplicitamente N. Reich, *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union*, cit., passim.

La teoria dei vantaggi competitivi nel commercio internazionale, già avanzata da Ricardo è sviluppata nel modello HOS, Modello di Heckscher-Ohlin. Il modello è stato poi rifinito da Stolper-Samuelson. Qui una sintesi estrema dei punti centrali.

Secondo gli economisti classici, il vantaggio comparato era basato sulle differenze nelle tecniche produttive, ma non offrivano alcuna spiegazione di queste differenze. La teoria di Heckscher-Ohlin estende il modello classico per esaminare le cause del vantaggio comparato e gli effetti del commercio internazionale sulle remunerazioni dei fattori nei due paesi.

La teoria H-O, nella sua essenza, può essere presentata sottoforma di due teoremi:

1. Teorema di Heckscher-Ohlin: riguarda la struttura degli scambi e afferma che "un paese esporterà il bene la cui produzione richiede l'utilizzo intensivo del fattore che nel paese è relativamente abbondante e poco costoso, mentre importerà il bene la cui produzione richiede l'impiego intensivo del fattore che nel paese è relativamente scarso e costoso"
2. Teorema del pareggiamento del prezzo dei fattori: riguarda gli effetti del commercio internazionale sui prezzi dei fattori e si può enunciare in maniera seguente: "il commercio internazionale conduce all'eguaglianza delle remunerazioni relative e assolute dei fattori omogenei tra i paesi" (Samuelson)

riconosciuti. Tale affermazione non è netta. In alcuni passaggi sembra, infatti, che la Corte rovesci l'assunto e consideri le libertà economiche alla stregua di diritti fondamentali, nei confronti delle quali la tutela e i diritti sociali, e le norme di interesse pubblico che li veicolano, costituiscono, essi, limiti esterni. L'ambiguità di questo passaggio produce, come detto, delle ricadute sul modo in cui la Corte opera il bilanciamento³¹⁴.

f) La dinamica riconoscimento del diritto > fissazione dei limiti esterni di natura legale viene considerata "normale" dalla Corte, perché propria di tutti gli ordinamenti nazionali e va estesa anche nell'ordinamento europeo³¹⁵.

Questo argomento sistematico, sintetizzato nei due passaggi precedenti, è concettualmente più solido per contrastare la tesi immunitaria fondata sull'art. 137 § 5. Una cosa è affermare, apoditticamente, che un astratto obbligo derivante dal diritto comunitario (non violare gli obblighi di libera circolazione) consente di manipolare il sistema delle competenze e, quindi, di legittimare ciò che la dottrina giuslavoristica critica considera una vera e propria intrusione indebita nell'assetto nazionale dei diritti. Altro, è affermare che nell'ordinamento europeo, così come nell'ordinamento nazionale, la declinazione dei diritti implica la necessità di dotarsi di una razionale e

³¹⁴ La concezione delle libertà economiche come limiti esterni ai diritti sociali sembra emergere nelle conclusioni dell'avv. Mengozzi ai punti 81, 82 ove è più evidente la tradizione costituzionale italiana. Pure in Laval punti 91 e 92: *"Benché, dunque, il diritto di intraprendere un'azione collettiva debba essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto, rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, esso è tutelato conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali.*

Se è vero che, come ricorda il governo svedese, il diritto di intraprendere azioni collettive gode in Svezia, come in altri Stati membri, di una tutela costituzionale, resta però il fatto che, come risulta dal punto 10 della presente sentenza, secondo la Costituzione svedese tale diritto, che include in detto Stato membro quello di bloccare i cantieri, può essere esercitato purché non vi si oppongano disposizioni di una legge o di un contratto collettivo".

Salvo introdurre qualche incertezza al punto successivo (93) ove sembrerebbe che il diritto finisca per fungere da limite esterno alla libertà economica: il diritto come legittimo interesse *"che giustifica, in linea di principio una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale"*.

Pure la sentenza Viking ai punti 44 e 5 *"Se dunque è vero che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto, rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tali diritti sono tutelati conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. Peraltro, come risulta dal punto 5 della presente sentenza, secondo la normativa finlandese il diritto di sciopero non può essere esercitato, in particolare, nel caso in cui lo sciopero sarebbe contrario al buon costume o vietato dal diritto nazionale o comunitario"*; con le medesime incertezze di Laval al punto 45. Nelle conclusioni dell'avv. Poirares Maduro, punto 23, invece, è ben posta la posizione del diritto di azione collettiva come limite esterno della libertà economica: *"Le disposizioni sullo stabilimento e la libera prestazione di servizi non sono in alcun modo incompatibili con la tutela dei diritti fondamentali o con il perseguimento degli obiettivi di politica sociale della Comunità. Né le norme del Trattato sulla libera circolazione né il diritto di associazione e quello di sciopero sono assoluti. Inoltre, nulla, nel Trattato, indica che gli obiettivi di politica sociale della Comunità debbano sempre avere la precedenza su quello della realizzazione di un mercato comune in grado di funzionare correttamente. Al contrario, l'inclusione di entrambi questi obiettivi di politica legislativa nel Trattato indica l'intenzione della Comunità di perseguirli contemporaneamente.*

Pertanto, il fatto che una restrizione alla libera circolazione derivi dall'esercizio di un diritto fondamentale o da un comportamento che ricade nell'ambito delle disposizioni di politica sociale non rende inapplicabili le norme sulla libera circolazione". Pure punti 24 e 58. Nelle conclusioni dell'avv. Poirares Maduro ai punti 57-59 c'è forse, tra i quattro documenti analizzati, la più lucida formulazione della teoria del bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche.

³¹⁵ Nella sentenza Viking, immediatamente al punto 5, la Corte richiama la costituzione finlandese e la giurisprudenza della corte di suprema sui limiti esterni al diritto di sciopero.

ragionevole teoria dei limiti e del bilanciamento, al di là di ogni visione assolutistica ed escatologica dei valori³¹⁶. È operazione ermeneutica già storicamente realizzata dalle Corti nazionali; l'ha fatto la Corte costituzionale italiana (ma anche la Corte di Cassazione) con la sua giurisprudenza sullo sciopero e i suoi limiti esterni.

Si può discutere se questa operazione di bilanciamento debba essere lasciata alla Corte di giustizia nel vuoto di iniziativa del legislatore europeo; ma anche questa è storia nota; come avvenuto nell'ordinamento italiano, le condizioni dell'intervento legislativo di bilanciamento del diritto di sciopero con altri diritti altrettanto essenziali, sono maturate lentamente, dopo che la via è stata, anche contraddittoriamente, spianata dalle Corti³¹⁷.

7. Il bilanciamento in concreto: argomentazioni e conclusioni nei casi Laval e Viking.

B) La Corte di giustizia, nei due casi oggetto di riflessione, non si è limitata a ragionare per principi ma ha argomentato utilizzando ampiamente la tecnica del bilanciamento. Giusta questa tecnica ha effettuato i tre noti test: di idoneità, di necessità, di proporzionalità in senso stretto (il secondo e il terzo soprattutto nella motivazione del caso Viking³¹⁸) giungendo, tramite la loro applicazione, a conclusioni non favorevoli alle OOS.

7.1. Il ricorso alla tecnica del bilanciamento.

Non pare dubbio che, nella misura in cui la Corte ha deciso di bilanciare i diritti sociali collettivi, ha posto in essere un'operazione di relativizzazione. Se si considerano il diritto di sciopero e l'autonomia collettiva principi relativi e non valori assoluti, tale operazione non può essere contestata in sé (pena l'assunzione di una prospettiva di "tirannia dei valori").

Il problema nasce, invece, dal fatto che la Corte ha operato il bilanciamento ponderando i diritti fondamentali collettivi non con un diritto della persona riconosciuto equivalente (come avviene in Italia con l'articolo 1 della l. 146/90); bensì con le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento che sono due tipiche libertà economiche e di impresa. Un'operazione di limitazione del diritto fondamentale, quindi, che avrebbe dato luogo, secondo i critici, ad una comparazione - prima ancora che ad una gerarchia assiologica - ritenuta improponibile e non accettabile nell'approccio ortodosso ai diritti sociali fondamentali.

La dottrina giuslavoristica italiana fino agli anni '80, al contrario della giurisprudenza³¹⁹, ha promosso una concezione del diritto di sciopero come diritto pubblico di libertà, tendenzialmente non limitabile nei fini e nelle modalità. La teoria dei limiti esterni, con riferimento soprattutto alle modalità di esercizio - ma non alla finalità dell'azione di autotutela considerata, invece, libera - è attecchita, definitivamente, alla fine degli anni '80 a ridosso dell'emanazione della legge limitativa

³¹⁶ Si rinvia agli autori cit. alle note 32 e 34.

³¹⁷ Si rinvia a M. Ricci, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, 1999. Si veda, per i percorsi della dottrina giuslavoristica sui limiti dello sciopero nell'ordinamento italiano, G. Ferraro, *Gli anni '80: la dottrina lavoristica dalla marcia dei quarantamila a Maastricht*, in P. Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'età repubblicana*, Giuffrè, 2008, p. 202. In giurisprudenza, conferma il tradizionale orientamento in materia di limiti esterni di natura economica allo sciopero (diritto di proprietà e capacità produttiva delle aziende), la sentenza della Corte di Cassazione del 17 dicembre 2004, n. 23552.

³¹⁸ Punti 79 ss., in particolare 81 e 83 (test di necessità) e punto 84 e 87 (test di proporzionalità in senso stretto).

³¹⁹ G. Ferraro, op. loc. cit.

dello sciopero nei servizi pubblici essenziali. Tale intervento ha riconosciuto tra i diritti fondamentali bilanciabili con il diritto di sciopero, la libertà di movimento e circolazione delle persone (art. 1 comma 2 lett. b).

La libertà economica di circolazione riferita alle merci è stata considerata, invece, fondamentale nella riforma della Costituzione del 2001, in particolare nel nuovo articolo 120 che impone alle Regioni l'esplicito divieto di adottare "provvedimenti che ostacolano la libera circolazione...delle cose"; la medesima norma prevede, al comma 2, il potere sostitutivo del governo in caso di "mancato rispetto... della normativa comunitaria... ovvero quando lo (richiede) la tutela della unità... economica" del paese.

Orbene, seguendo la direttiva interpretativa prevalente circa la tassatività dei beni protetti dall'art. 1 della legge 146/90 non ci si potrebbe spingere fino ad un'interpretazione evolutiva della libertà di circolazione, oltre che delle persone, comprensiva anche delle "cose"; ma è altrettanto evidente che la libertà di circolazione delle merci, dopo l'intervento di riforma costituzionale del 2001, assurge a rango di bene/principio primario, oggetto di una particolare tutela fino al punto di giustificare un'eccezionale ipotesi di potere sostitutivo del governo. Non è dubbio, pertanto, che la libertà economica di circolazione, dopo la riforma costituzionale del 2001 assuma, anche nell'ordinamento interno, una considerazione diversa rispetto al passato³²⁰.

Se, dunque, nella *Weltanschauung* della Corte di giustizia, per le ragioni storiche e politiche sopra ricordate, le libertà civili (il diritto di riunione, la libertà di espressione) e persino il rispetto della dignità umana³²¹, possono essere oggetto di bilanciamento con le libertà economiche di circolazione e stabilimento, sembra comprensibile che, nella dinamica dell'ordinamento europeo, lo stesso accada per il diritto di sciopero e di azione collettiva. Quest'ultimi, per altro, in relazione all'operazione di bilanciamento che poi viene in concreto effettuata, con riferimento al test di necessità e di proporzionalità in senso stretto, vengono in rilievo - ed è questo l'elemento ovviamente idiosincratico a chi è aduso, nell'ordinamento interno, ad un'altra concezione e cultura del diritto di sciopero - sia nelle modalità di esercizio ma pure nelle finalità³²².

Ciò detto, è evidente che nella prospettiva di costruzione dell'ordinamento costituzionale europeo, il problema che si porrà è che la nozione sostanziale di sciopero e di azione collettiva debbono essere ridefinite³²³. Per esempio - come sembra emergere nelle conclusioni dell'avvocato Mengozzi sul caso Laval - essa dovrà includere forme di conflitto post moderne proprie della dimensione transazionale del conflitto (il boicottaggio, lo sciopero di solidarietà, ecc.)³²⁴.

³²⁰ Ci si potrebbe chiedere - ma si tratta di ipotesi astratta e assolutamente di scuola - se in caso di conflitto tra diritto di sciopero e libertà economica di circolazione all'interno dei confini nazionali, l'operazione di ponderazione debba essere rimessa soltanto ai giudici o inserita nel circuito della l. 146/90. Si pensi al caso, allo stato del tutto ipotetico, di uno sciopero contro la decisione di un'impresa di trasferire il proprio stabilimento da una regione ad un'altra ove l'istituto dell'apprendistato è regolato, sotto il profilo degli oneri formativi, in maniera più conveniente per l'impresa stessa.

³²¹ Cfr. la sentenza *Omega*, cit., punto 35.

³²² Soltanto nell'opinione dell'avv. Mengozzi si riconosce lo stile italiano con la posizione della chiara differenza tra contenuto essenziale del diritto e modalità (punti 80 e 81 delle conclusioni).

³²³ B. Caruso-G. Nicosia, *Il conflitto post-moderno: lo "sciopero" dei lavoratori autonomi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 43/2006; A. Supiot, *Revisiter les droits d'action collective*, *Droit social*, 2001, 1, p. 13 ss.

³²⁴ Cfr. le Conclusioni dell'A. G. Mengozzi sul caso Laval, punto 308.

7.2. L'applicazione della tecnica del bilanciamento.

Il bene azione collettiva a difesa di interessi dei lavoratori contro il dumping sociale e il bene libertà economica di circolazione vanno, dunque, secondo la Corte di giustizia, bilanciati e su questa affermazione, in se considerata, c'è poco da eccepire³²⁵. Libertà economiche fondamentali e diritti sociali non possono collocarsi in relazione di indifferenza. È la nuova dimensione sovranazionale dello spazio sociale e il suo confronto con l'*acquis* economico comunitario che, oggettivamente, pongono il problema del loro confronto. L'operazione di bilanciamento, oltretutto, è l'unica che consente la loro integrazione e non l'opposizione; ciò anche con riferimento alla dimensione nazionale dei diritti sociali che si proietta, attraverso il rispetto dinamico delle tradizioni costituzionali nazionali (art. 53 della Carta di Nizza), sullo spazio sociale sovranazionale. Negare ogni operazione di bilanciamento significherebbe negare ogni possibilità di integrazione tra diritti sociali e libertà economiche e assumere, invece, come insolubile il contrasto tra dinamica economica sovranazionale e tutela sociale nello spazio europeo; tale tutela andrebbe, quindi, relegata, in funzione protezionistica, entro i confini nazionali.

È, invece, il modo in cui viene operato il bilanciamento in concreto nei casi Laval e Viking, la tecnica argomentativa utilizzata e, alla fine, la soluzione dei casi che lasciano perplessi.

7.2.1 Il test di idoneità (o adeguatezza) nel caso Laval e nel caso Viking.

In entrambi i casi, il test di idoneità - la verifica che la misura limitativa di un diritto fondamentale sia effettivamente atta a realizzare determinati obiettivi legittimi di interesse pubblico o la tutela di ulteriori diritti fondamentali - è applicato all'azione collettiva dei sindacati e non al modo di esercizio della libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento. Nel caso Laval, al blocco dei cantieri della società consociata ad opera della coalizione dei sindacati svedesi, sino a determinare il recesso della pubblica autorità dal contratto di appalto, la chiusura del cantiere e il licenziamento per fine lavori dei lavoratori lettoni impiegati³²⁶. Nel caso Viking, invece, alla campagna unitaria del sindacato dei marittimi finlandesi (FSU) e della federazione internazionale (ITF) con relativa minaccia di sciopero contro il cambiamento di bandiera della nave traghetto Rosella (da finlandese in estone), finalizzata ad impedire che il cambiamento di bandiera comportasse il licenziamento o, comunque, un trattamento economico dell'equipaggio peggiore rispetto a quello previsto dal diritto e dal contratto collettivo applicabile ai marittimi finlandesi.

È l'azione collettiva che viene considerata, in entrambi i casi, misura limitativa della libertà fondamentale di circolazione; non, invece, gli strumenti di affermazione della libertà di circolazione (la

³²⁵ In questo senso molto più lucide e pertinenti le considerazioni dell'A.G. Poyares Maduro punti 59-63.

³²⁶ Entrambe le sentenze, in tal senso, si esprimono in termini abbastanza simili: punti 75-77 in Viking e punti 90- 93 in Laval ove si dice: "il diritto di intraprendere un'azione collettiva, che ha come scopo la tutela dei lavoratori, costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato. Sulla base di tali considerazioni ... l'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che azioni collettive come quelle in esame nella causa principale, finalizzate a indurre un'impresa stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro, costituiscono restrizioni ai sensi dell'articolo in parola. Tali restrizioni possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo".

scelta di cambiare bandiera al proprio vascello da parte della società Viking, il rifiuto di aderire al contratto collettivo svedese da parte della Laval) quali mezzi di limitazione della efficacia dell'azione collettiva per il fine di tutela.

Questa modalità di condurre il test dice perché la Corte abbia posto in essere un'operazione di *detachment* del diritto di azione collettiva dai suoi fini di tutela, collocando poi il test di stretta proporzionalità direttamente sugli obiettivi dell'azione, con conclusioni più accettabili nel caso Viking e meno accettabili nel caso Laval (*infra* par. 7.2.3.)³²⁷.

Appare, in ogni caso, assodato che, in entrambe le sentenze, l'azione collettiva viene considerata misura limitativa della libertà di circolazione; per ciò stesso le Corti si precludono di verificare nel *balancing test* se gli strumenti di affermazione della libertà di circolazione (il cambio di bandiera, il rifiuto di aderire al meccanismo negoziale svedese), possano essere considerate *in sé* lesive di altri beni: lo stesso principio di concorrenza leale con imprese dei paesi che subiscono la concorrenza di Laval e Viking, e la stessa efficacia del diritto di azione collettiva.

L'azione collettiva, nell'argomentazione della Corte (in entrambe le sentenze), degrada, pertanto, da *diritto fondamentale in sé a mezzo strumentale* alla realizzazione di un altro diritto: la tutela delle condizioni di lavoro e la lotta al dumping sociale nel caso Viking, le condizioni di trattamento minimo per i lavoratori distaccati, per come previste dall'art. 3 n. 1 della direttiva 96/71, nel caso Laval³²⁸. L'azione collettiva è, pertanto, considerata, in entrambe le sentenze, strumento o misura finalizzata a realizzare un diritto (la tutela del lavoro) ma potenzialmente idoneo a violarne un altro (le libertà economiche).

Ciò si porrebbe in contraddizione logica qualora il richiamo delle due sentenze ai diritti collettivi e all'art. 28 della Carta di Nizza fosse suonata come affermazione di quei diritti e non solo come mero riconoscimento. Appare meno in contraddizione se, invece, come pare, i diritti sociali collettivi siano semplicemente riconosciuti dalla Corte, nell'attuale contesto normativo, e non affermati, mentre esattamente il contrario avviene per le libertà economiche.

Risulta, pertanto, evidente, applicando lo schema di Alexy³²⁹, come la Corte, nel caso Laval soprattutto, abbia attribuito, nell'attuale contesto normativo dell'Unione, una diversa importanza astratta ai diritti in conflitto (bassa al diritto di azione collettiva, media alla tutela del lavoro, elevata alla libera circolazione).

È ovvio che tutto ciò possa diventare ragionevolmente contestabile sulla base di premesse (as-sio)logiche diverse da quelle della Corte (attribuendo per esempio una importanza equivalente ai

³²⁷ Il bene tutela del lavoro o contrasto al dumping sociale, considerato una minaccia seria ai posti di lavoro e alle condizioni di impiego, nella versione Viking; nella versione Laval l'eventuale pregiudizio limitato ai trattamenti minimi per i lavoratori distaccati, giusta la previsione dell'art. 3.1. della direttiva 96/71, con un formalistico e acrobatico superamento di quanto previsto dall'art. 3.8 della stessa.

³²⁸ La Corte, nel caso Laval, verifica in concreto se l'azione dei sindacati, che ha condotto al blocco dei cantieri della società L&P Baltic Bygg ABntieri, consociata della società lettone Laval nel sito svedese di Vaxholm e al suo successivo fallimento, sia effettivamente atta a realizzare determinati obiettivi legittimi di interesse pubblico o la tutela di ulteriori diritti fondamentali. Nel caso Viking il medesimo test è condotto sull'azione di solidarietà contro la società Viking che malgrado le pressioni dei sindacati, si era determinata per il cambiamento di bandiera (da finlandese a estone) della propria unità navale.

³²⁹ R. Alexy, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi*, 2002, pp. 131-144; Id., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 2005, pp. 97-123.

diritti sociali e alle libertà economiche, o rovesciando la graduazione)³³⁰. E diventerebbe altrettanto contestabile se le premesse di principio della Corte fossero prese davvero sul serio da essa stessa; se la Corte avesse intenzione (magari in un diverso quadro normativo) di affermare e non semplicemente riconoscere i diritti sociali collettivi nello spazio europeo e di considerare, sul serio, le libertà economiche un mero limite esterno al dispiegarsi degli stessi.

7.2.2. Il test di Necessità nel caso Viking

“Il test di necessità (o regola del mezzo più mite³³¹) presuppone che sia stata esperita con esito positivo la verifica di idoneità, e riguarda la verifica che la misura contestata sia la meno invasiva nei confronti del bene concorrente”³³². In tal caso le motivazioni delle due sentenze divergono sensibilmente. In Laval il test di necessità non viene neppure esperito, essendo risultata negativa la verifica di idoneità della misura (l'azione collettiva) restrittiva della libertà di circolazione dei servizi. La Corte in Laval fissa, infatti, apoditticamente, il limite della tutela dei lavoratori lettoni impiegati dalla impresa lettone - e quindi la legittimità dell'azione collettiva considerata nel suo fine - nel disposto dell'art. 3.1. della direttiva n. 96/71³³³; poiché l'azione dei sindacati svedesi era mirata ad imporre alla consociata non i minimi della direttiva ma gli standard di trattamento del contratto del settore edile praticati in Svezia (comprensivi dei maggiori oneri assicurativi, formativi e contributivi³³⁴), essa, in sé, non era in grado di superare il test di idoneità³³⁵; il giudizio negativo sul test di idoneità, rende inutile, per il giudice del caso Laval, pertanto, l'accesso al test di necessità.

Il test di necessità, invece, è ampiamente dispiegato nel caso Viking. Nella sentenza Viking, la

³³⁰ Sul significato sostanzialmente politico dell'operazione di bilanciamento costituzionale, si veda A. Morrone voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. del diritto*, Giuffrè, di prossima pubblicazione.

³³¹ R. Axely, *Diritti fondamentali*, cit. p. 137 “Tale criterio richiede che tra due mezzi che realizzano P₁ più o meno allo stesso modo, venga scelto quello che lede in misura minore P₂. Nel caso esista un mezzo meno limitativo di un diritto fondamentale ma parimenti adeguato al nostro scopo, una posizione soggettiva può quindi essere migliorata senza con ciò generare dei costi a carico degli altri. L'applicabilità del criterio di necessità presuppone tuttavia che non vi sia alcun principio P₃ che venga a sua volta pregiudicato attraverso il ricorso al mezzo meno lesivo nei confronti di P₂”.

³³² G. Pino, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa*, cit. pp. 120-121.

³³³ Cfr. Laval punto 81: “Di conseguenza, e fatta salva la facoltà, per le imprese aventi sede in altri Stati membri, di sottoscrivere volontariamente nello Stato membro ospitante, in particolare nell'ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto collettivo di lavoro eventualmente più favorevole, il livello di protezione che deve essere garantito ai lavoratori distaccati sul territorio dello Stato membro ospitante è limitato, in linea di principio, a quello previsto dall'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, a meno che tali lavoratori non godano già, in applicazione della legge o di contratti collettivi nello Stato membro di origine, di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie previste da tale disposizione”; e 108: “Occorre tuttavia rilevare che, per quanto riguarda gli obblighi specifici connessi alla sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia che le organizzazioni sindacali tentano di imporre alle imprese stabilite in altri Stati membri con un'azione collettiva come quelle in esame nella causa principale, l'ostacolo che quest'ultima comporta non può essere giustificato alla luce di tale obiettivo. Infatti, ... per quanto riguarda i lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, il datore di lavoro di questi ultimi è tenuto, grazie al coordinamento realizzato dalla direttiva 96/71, a rispettare un nucleo di norme imperative di protezione minima nello Stato membro ospitante”.

³³⁴ In esordio al punto 5 della sentenza il riferimento ai maggiori oneri.

³³⁵ La Corte in Laval, punti 109-110, non esclude che l'azione collettiva possa imporre alle imprese stabilite in un altro stato membro che distaccano temporaneamente loro maestranze proprie disposizioni statuali sui minimi (non le disposizioni standard) con mezzi appropriati. La Corte imputa, tuttavia, al sistema svedese di essere talmente farraginoso (le disposizioni non sarebbero state sufficientemente precise e accessibili) da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione di tali minimi dal parte dell'impresa.

Corte valuta positivamente il primo test di idoneità: considera, infatti, adeguata l'azione dei sindacati contro il cambiamento di bandiera del vascello Rosella, posto che ciò può determinare in astratto un peggioramento delle condizioni di lavoro dell'equipaggio finlandese e il rischio di licenziamenti. Risolto positivamente il primo test, la Corte sembra prima rinviare al giudice di merito la verifica del secondo³³⁶, e cioè se nella specie i sindacati non disponessero di altri mezzi meno restrittivi della libertà di stabilimento per condurre a buon fine il negoziato con la Viking e se essi fossero stati esperiti prima di avviare l'azione in questione.

Finisce, però, in una successiva argomentazione della sentenza, con il considerarlo risolto in astratto³³⁷. Lo applica, pertanto, direttamente e compromettendo in tal modo la sua decisione, senza bisogno di attendere l'accertamento del giudice della causa di merito (punti 2 e 3 del dispositivo).

7.2.3. Il test di proporzionalità in senso stretto nel caso Viking.

È con il terzo test, quello di proporzionalità in senso stretto³³⁸, che la Corte in Viking prende più apertamente posizione finendo per considerare più "grave" la violazione della libertà di stabilimento di quanto, in concreto, si sia realizzata la violazione delle condizioni di lavoro. La Corte ci arriva sostituendosi eccezionalmente al giudice di rinvio e introducendo il principio della risposta "utile" anche per il profilo processuale: ciò "attraverso indicazioni ricavate dal fascicolo della causa principale nonché dalle osservazioni scritte e orali ...sottoposte" alla Corte stessa³³⁹. Risolve il test di stretta proporzionalità sulla base della considerazione³⁴⁰ - in effetti discutibile perché meramente agganciata ad un dato formale - che l'azione dei sindacati dovesse considerarsi sproporzionata; ciò in quanto lo statuto della Federazione internazionale dei lavoratori marittimi (ITF) impone l'inizio dell'azione sindacale, a richiesta di uno dei suoi membri, sulla base del semplice cambio di bandiera da parte del proprietario della nave "indipendentemente dall'eventualità che l'esercizio da parte di quest'ultimo del suo diritto alla libertà di stabilimento possa o meno avere conseguenze dannose per i posti o le condizioni di lavoro dei suoi dipendenti"³⁴¹.

Anche in tal caso è evidente il basso peso che la Corte attribuisce all'azione sindacale e alle sue regole rispetto a quello elevato che, invece, attribuisce alla libertà di stabilimento.

D'altro canto pare evidente, nel caso Viking, come più correttamente rispetto al bilanciamento effettuato nel caso Laval, la Corte ponderi allo stesso modo il peso (elevato) della tutela delle condizioni di lavoro e della libertà di stabilimento, anche se considera, poi, più grave, in concreto, la violazione di quest'ultima rispetto alla violazione del principio di tutela delle condizioni di lavoro.

³³⁶ Viking, punti 83 e 87.

³³⁷ Viking, punto 86.

³³⁸ "La verifica della proporzionalità in senso stretto riguarda la valutazione che il sacrificio imposto ai diritti fondamentali da una misura di interesse pubblico, sia "proporzionato", ossia ragionevolmente equilibrato al grado di soddisfazione di quest'ultima", nella nota formula di Axely: "Quanto più alto è il grado di non adempimento o di lesione di un principio, tanto più alta dev'essere l'importanza attribuita all'adempimento di un altro principio".

³³⁹ Viking, punto 85.

³⁴⁰ Viking, punto 89.

³⁴¹ Continua la Corte in Viking, punto 89: "In tal senso, come la Viking ha sostenuto in udienza senza essere sul punto contraddetta dalla ITF, la politica di riservare il diritto di contrattazione collettiva ai sindacati dello Stato del quale il proprietario effettivo di una nave ha la nazionalità viene applicata anche quando la nave è registrata in uno Stato che garantisce ai lavoratori una tutela sociale più elevata di quella di cui beneficerebbero nel primo Stato".

8. Laval e Viking: e dopo?

Quali conclusioni i giuristi del lavoro possono trarre dai due casi esaminati? L'orizzonte sociale dell'Europa che i giudici europei incominciano a disegnare è così oscuro come molti sono propensi a pensare? Davvero l'impatto della tradizione costituzionale italiana con la dimensione sovranazionale mette a rischio una pluridecennale identità dei diritti sociali collettivi, non solo specifica e peculiare ma anche di forte contenuto sostanziale e di tutela procedurale? Davvero l'apertura sovranazionale transnazionale dello spazio sociale può rivelarsi un distruttivo dono dei Danai?

Sarebbe troppo spingersi sino a questo punto; è certo, comunque, che i casi Laval, Viking, ma pure Rüffert, non giustificano neppure stucchevoli ottimismo.

Nel bene e nel male, i diritti sociali di azione collettiva entrano prepotentemente, con le due sentenze analizzate, nel lessico giuridico europeo, e ne arricchiscono la grammatica dei diritti; entrano, però, non dal *front door*, come era legittimo attendersi, ma da una ridimensionata *back door*; al seguito, per altro, di invadenti - se non proprio empì come i invitati della casa di Odisseo - ospiti della casa europea (le libertà economiche di circolazione).

Certo la paralisi in cui versa attualmente l'attività di regolazione sociale dell'Unione europea non corrobora il processo di assestamento e decantazione normativa che i nuovi fenomeni di conflitto e negoziazione transnazionale, indotti pure dal recente allargamento, suggerirebbero³⁴².

A fronte della complessità che i casi presentano, è comprensibile che a molti finisca per apparire oltremodo deludente e, comunque, insufficiente la risposta giudiziale che - si dimentica - è dettata pure dal quadro normativo vigente.

L'annunciata efficacia normativa della Carta di Nizza non può assumere, certo, le veci di Godot; pare, in ogni modo, evidente che quel vero e proprio triangolo delle Bermude - che rischia di diventare per i diritti sociali collettivi, la mancanza di competenze comunitarie in materia di sciopero e associazione collettiva, la primazia delle libertà economiche e la giurisprudenza della Corte - deve essere, in qualche modo, normalizzato. Il riconoscimento dei diritti sociali collettivi postulato nell'art. 28 della Carta di Nizza è incompatibile con la mancanza di competenze formali dell'Unione in materia di azione collettiva.

Si tratta, allora, di guardare con prudenza, ma con serenità, non soltanto ad un aggiornamento della regolazione europea, ma ad un possibile allargamento delle sue competenze. Il nuovo assetto ordinamentale europeo, fondato sul riconoscimento dei diritti sociali collettivi di seconda generazione, accanto alle libertà economiche fondamentali (la pari dignità formale, riconosciuta a chiare lettere dalle sentenze Laval e Viking) implica, infatti, una progressiva messa a punto della interazione equilibrata tra gli uni e le altre. Il bilanciamento che coinvolge diritti delicati come il diritto di sciopero e coalizione e altre forme di azione collettiva, non può soltanto essere limitato ai principi, ed affidato alla interpretazione adeguatrice (che rimane comunque indispensabile)

³⁴² E. Ales, S. Engblom, T. Jaspers, S. Laulom, S. Sciarra, A. Sobczak, F. Valdés Dal-Ré, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/transnational_agreements_ales_study_en.pdf; E. Ales, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato presente e futuro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 3, pp. 541-550. A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale europeo*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2007,3, pp. 551-569.

della Corte di giustizia, magari in dialogo più intenso con le Corti costituzionali nazionali; dovrebbe essere fissato anche da regole più precise e affidato a prassi di collaborazione tra organi amministrativi più fluidi³⁴³.

Se le libertà economiche di circolazione, infatti, ma anche il principio della concorrenza leale e regolata, hanno tutto da guadagnare dalla creazione di uno spazio sociale europeo omogeneo, reso tale non necessariamente con regole armonizzate – uno spazio governato dai medesimi principi -, è altrettanto vero che tali libertà e il principio di concorrenza, possono corroborare la dismissione di pratiche e concezioni dei diritti sociali intrise di protezionismo, nazionalismo di ritorno, e anche di corporativismo conservatore.

Nell'impatto reciproco, sia le libertà economiche sia i diritti sociali possono cambiare la loro pelle senza cambiare la loro natura; possono farlo adattandosi ad un mutamento senza precedenti, prodotto dalla creazione di un ordinamento giuridico integrato che contiene gli stati, e le loro differenti istituzioni e tradizioni, e, dunque, le specificità anche di regole giuridiche funzionali all'affermazione dei diritti. Certo, in questa prospettiva di reciproca interazione tra diritti sociali e libertà economiche occorrerebbe, forse considerare più modernamente e meno ideologicamente le relazioni tra capitale e lavoro non più come "perennemente e immanentemente" ispirate dalla logica del conflitto.

Per corroborare un tale processo di interazione e reciproca trasformazione di culture e principi nazionali, tra le libertà fondamentali e i diritti sociali, ci sono principi *ad hoc* costituzionalizzati nell'ordinamento europeo: il principio di sussidiarietà, per esempio, - più del mutuo riconoscimento - che non è soltanto un principio di regolazione delle competenze, ma di temperamento dinamico di identità diverse; e connesso ad esso, il principio di leale collaborazione; ma anche i principi di proporzionalità e di ragionevolezza, direttamente ripresi, in materia di diritti sociali dalla Corte di Giustizia, intesi quali passaggi cruciali della strategia argomentativa mirata ad un condivisibile bilanciamento.

Sembra, comunque, cruciale, in questa fase, intensificare la comunicazione, anche critica, tra la dottrina europea postnazionale³⁴⁴ e la Corte di giustizia, intesa quale tassello di un dialogo più ampio tra dottrina (che è parte integrante della società civile europea in costruzione) e le istituzioni europee. Il diritto costituzionale europeo *in progress* ha tutto da guadagnare da prove di democrazia basate proprio sull' "agire comunicativo"³⁴⁵.

L'orizzonte non è limpido ma proprio per questo occorre aguzzare la vista e guardare lontano.

³⁴³ In tal senso condivisibili le osservazioni di S. Sciarra, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, cit. La possibilità di un dialogo esplicito tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, è ora affermata dalla Corte Cost. con la sentenza n. 102/2008 e con l'ordinanza n. 103/2008: supra nota 46 e testo.

³⁴⁴ Si rinvia B. Caruso, *Changes in the workplace and the Dialogue of Labor Scholars in the "Global Village"*, in B. Aaron – K. V. W. Stone (edited by), *Rethinking Comparative Labor Law*, cit.; ivi pure i saggi, di M. Weiss, *Convergences and/or Divergences of Labor Law System? An European Perspective*; M. Freedland, *Developing the European Comparative Law of Personal Work Contracts*; K. V. W. Stone, *A new Labor Law for a New World of Work: The Case for a comparative- Transnational Approach*; J. Riot, *Future Direction for Labor Law Scholarship and International Collaboration*; H. W. Arthurs, *Compared to What? The UCLA Comparative Labor Law Project and the Future of comparative Labor Law*. Si veda pure M. Barbera-B. Caruso, *L'apporto della dottrina giuslavoristica italiana alle teorie sull'integrazione europea*, cit.; S. Sciarra, *Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*, in *Quad. Fior.*, 2002, 2, p. 427 ss.

³⁴⁵ Si rinvia a B. Caruso – C. Massimiani, *Prove di democrazia in Europa: la "flessicurezza" nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2007, 3, p. 457 ss., fascicolo speciale su "il lavoro tra flessibilità e sicurezza". In generale, M. Ferrarese, *Il diritto orizzontale*, cit. pp. 647 e ss.

Il problema delle informazioni riservate (art. 5 d. lgs n.25/07)*

Luciana Guaglianone

1. Le disposizioni comunitarie: costruzione di una norma	70
2. La norma nazionale. Limiti e controlimiti al dovere di informazione: uno sguardo d'insieme	71
3. La riservatezza	72
4. I protagonisti ed i destinatari dell'obbligo di riservatezza: i rappresentanti dei lavoratori	76
4.1. I lavoratori	79
4.2. Gli esperti, i terzi, i consulenti	81
5. Il segreto	82
5.1. ...dai <criteri obiettivi> (art. 6 direttiva 2002/14/CE) alle <esigenze tecniche, organizzative e produttive> (art. 5 d. lgs n. 25 /07)	83
5.2. la concretizzazione delle < esigenze tecniche, organizzative e produttive> tramite la Commissione di conciliazione	84
5.3. I parametri di valutazione della legittimità del segreto	86
6. La <privacy> delle persone giuridiche	88

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 76/2008

1. Le disposizioni comunitarie: costruzione di una norma

La limitazione del dovere del datore di lavoro di fornire ai rappresentanti dei lavoratori informazioni - ovvero circoscriverne la circolazione- non ha costituito una tendenza costante delle direttive in materia di partecipazione. Esenti dalle previsioni sono le direttive sul trasferimento d'azienda e sui licenziamenti collettivi, anche se queste, per prime, pur con riferimento ad un ambito settoriale, hanno introdotto un compiuto apparato normativo in materia di obblighi di informazione.

Gli obblighi di riservatezza e di segreto fanno la loro comparsa nella direttiva 94/45/CE riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo (da ora in poi direttiva CAE)³⁴⁶, permangono in quella che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori (Direttiva 2001/86/CE, da ora in poi direttiva SE)³⁴⁷ ed in quella che completa lo statuto della società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori (Direttiva 2003/72/CE, da ora in poi direttiva SCE)³⁴⁸ e trovano migliore articolazione nella direttiva 2002/14 CE (direttiva che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori)³⁴⁹. La maggiore definizione degli obblighi, sembra, quindi, in primo luogo, direttamente e proporzionalmente correlata alla progressiva fuoriuscita del sistema informativo dagli ambiti di eccezionalità (trasferimento di azienda- licenziamenti collettivi) e di tipicità (istituzione del tipo societario: Società europea, Società cooperativa europea). Si può, quindi, dire che la costruzione di un sistema più compiuto di controlimiti al dovere di informazione ha coinciso con il favore dell'ordinamento comunitario nei confronti di un incremento degli obblighi in materia di informazione; favore che ha portato a farli divenire, con la direttiva 2002/14 CE³⁵⁰, sistema.

In secondo luogo, l'estensione della protezione della riservatezza e del segreto si è accompagnata, nel tempo, ad una progressiva specificazione del contenuto dei diritti di informazione, specificazione che ha risentito, sia degli interventi operati dalla Corte di Giustizia Europea, sia delle disposizioni contenute nell'art. 27 della Carta di Nizza; adesso riproposte nel Trattato di Lisbona. La traduzione di ciò - per quanto inerisce gli obblighi informativi- ha determinato il passaggio dalla formulazione "vaga ed imprecisa"³⁵¹ della nozione di informazione, contenuta nella direttiva CAE, a quella più dettagliata (specie con riferimento allo scopo ed alle modalità) di cui alle direttive SE

³⁴⁶ Direttiva 94/45/CE riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo, in G.U.C.E. L 85/98 del 5/4/94

³⁴⁷ Direttiva 2001/86/CE che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in G.U.C.E. L 294/22 del 10/11/2002

³⁴⁸ Direttiva 2003/72/CE che completa lo statuto della società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori in G.U.C.E. L 207/25 del 18/8/2003

³⁴⁹ Direttiva 2002/14 CE che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, in G.U.C.E. L 80/29 del 23/3/2002

³⁵⁰ La novità è segnalata da GUARRIELLO, *Nota sulla trasposizione della direttiva 2002/14/CE dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori*, in www.cgil.it/GIURIDICO/

La trasformazione vera e propria dei diritti di informazione in sistema, però, è limitata dalla presenza di barriere numeriche quali sbarramenti all'applicabilità delle previsioni, sul punto v. ALESSI, *Sub art. 3*, in questa Rivista

³⁵¹ La direttiva 94/45CE indica nei "considerando" esclusivamente l'ambito entro il quale individuare le notizie da comunicare, né l'informazione viene definita all'interno della direttiva, mentre un'indicazione più analitica del contenuto dell'obbligo di informazione è contenuta nell'allegato. Sul punto v. GUARRIELLO, *Il recepimento della direttiva sui Comitati aziendali europei*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, p. 294

e SCE³⁵², ed è culminata nelle previsioni di cui all'art. 4 della direttiva 2002/14 CE³⁵³. In maniera simmetrica, la tutela della riservatezza e del segreto si è progressivamente raffinata. Per quanto più propriamente riguarda il contenuto dell'apparato di protezione dei diritti del datore di lavoro, non si riscontrano differenze tra la disposizione di cui alla direttiva CAE (art. 8), e quelle presenti nelle direttive sulla SE (art. 8) e sulla SCE (art. 10). Queste ultime, però, prevedono la possibilità di istituire apposite procedure, amministrative o giudiziarie, per la risoluzione delle controversie in materia. Il sistema di tutela, in tal modo, si avvia a divenire parzialmente autoconcluso. L'ultimo tassello dell'evoluzione degli obblighi di riservatezza e di segreto, posti da normative comunitarie, è costituito dall'art. 6 della direttiva 2002/14 CE. Da un punto di vista rigorosamente testuale, le modifiche apportate al contenuto delle precedenti previsioni non paiono particolarmente indicative; quello che, muta, completamente, è il contesto interpretativo all'interno del quale collocare la direttiva. L'informazione non appare più legata a fatti contingenti, ovvero appannaggio di organismi tipici, ma diventa un diritto collettivo, stabile e giuridificato, finalizzato (anche) alla realizzazione della Strategia europea per l'occupazione imperniata sui concetti di anticipazione, prevenzione e occupabilità (v. considerando n. 8)³⁵⁴. Obiettivi da raggiungere, questi, tramite l'intensificazione del dialogo sociale e delle relazioni di fiducia all'interno dell'impresa, nonché la promozione del "coinvolgimento dei lavoratori nella conduzione dell'impresa e nella determinazione del suo futuro" (v. considerando n. 7). Se le ultime affermazioni paiono abbastanza singolari, in quanto inserite in un contesto che ha privilegiato la promozione di una dimensione partecipativa "debole", acquisiscono notevole importanza quale spunto interpretativo. L'obbligo di informazione, alla luce di quanto sopra, dovrà essere interpretato come regola, e le previsioni in tema di informazioni riservate, quali eccezioni.

2. La norma nazionale. Limiti e controlimiti al dovere di informazione: uno sguardo d'insieme

L'art. 6 della direttiva 2002/14 CE è stato recepito dall'art. 5 del d. lgs. n. 25/07³⁵⁵. La norma, di complessa interpretazione, obbliga a confrontarsi con molteplici questioni, molte delle quali costituiscono il cuore della stessa normativa. Infatti, se gli articoli precedenti trattano articolatamente dei diritti di informazione (e consultazione) e dei loro contenuti, l'art. 5 d.lgs. n. 25/07 si

³⁵² Pure se l'impianto dei diritti di informazione risente di quello presente nella direttiva CAE, l'influenza del dibattito successivo (si pensi ai casi Renault, Hoover e Bo-Frost) ha determinato la precisazione ed integrazione delle nozioni di informazione e consultazione. Per un'analisi più dettagliata delle direttive v. GUARRIELLO, *La partecipazione dei lavoratori nella Società Europea*, in *Gior. Dir. lav. Rel. Ind.*, 2003, p. 1; WEIS, *La partecipazione dei lavoratori nella Società Europea*, in *DRI*, p. 117; CORTI, *Il caso della Società Europea. La via italiana alla partecipazione di fronte alle sfide europee*, in questa *Rivista*, 2006. P. 1465; GULLOTTA, *L'attuazione in Italia della direttiva sulle relazioni industriali nella società europea*, in *DRI*, 2006, p. 244.

³⁵³ Corti, *Sub art. 4*, in questo commentario, analizza, dettagliatamente, i contenuti dei diritti di informazione (e consultazione) di cui alla direttiva. In generale per un primo commento a questa cfr. GUARRIELLO, *op. cit.*; ARRIGO, *La recezione della direttiva 11 marzo 2002 n. 2002/14 nell'ordinamento italiano: alcune questioni interpretative*, in www.comitatiazienzialeuropei.it; ALIAS, *I diritti di informazione e consultazione dopo la trasposizione della direttiva n. 2002/14/CE e il dibattito sul dialogo sociale europeo*, in *Bollettino Adapt*, 2007, p. 1; RAUSEI, *Nuovi obblighi di informazione e consultazione*, in *Dir. prat. lav.*, 2007, p. 971.

³⁵⁴ Cfr. NAPOLI, *Note introduttive*, in questo *Commentario*, par. 1.

³⁵⁵ Decreto legislativo 6/2/2007 n. 25 che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, in G.U. 21/3/2007 n. 67.

interessa dei loro limiti e delle modalità tramite le quali renderli mobili ovvero modificarli. In questo specifico caso, la norma di cui all'art. 5, quindi, costituisce la previsione posta a garanzia dell'effettività dei diritti.

Da un punto di vista di tecnica redazionale, il testo di legge si presenta come un sistema all'interno del quale, compattamente, convivono regole limitative (che però sono a loro volta eccezioni rispetto alla regola generale del dovere di informare) e tecniche finalizzate a superarle, ovvero, ad interagire con loro. Le regole sono poste a tutela dell'interesse individuale del datore di lavoro e, di conseguenza, la loro definizione è affidata o alla decisione unilaterale del datore stesso, ovvero, a principi legislativi. Le eccezioni, o le modulazioni dei principi normativi, operano in difesa del diritto collettivo di informazione. All'interno di questo schema generale, si configurano tre ipotesi di deviazione dal diritto ad essere informati. Due, il diritto alla riservatezza ed il diritto al segreto già presenti nei decreti di recezione delle precedenti direttive- sono ipotesi tipicamente connesse, in maniera implicita ovvero esplicita, alle previsioni in tema di obblighi di informazione³⁵⁶. La terza, invece - inserita per la prima volta nel decreto legislativo di attuazione della direttiva 2002/14 CE- ha portata generale, ed è finalizzata a garantire, anche, alle informazioni riservate, la protezione offerta dalla disciplina di tutela dei dati personali di cui al d. lgs. n. 196/03³⁵⁷.

Le tecniche di superamento delle limitazioni, o di interazione, con queste, come già detto, sono previste a tutela dell'interesse collettivo. Il legislatore, compiendo una scelta, che costituisce una peculiarità assoluta del decreto in materia di obblighi di informazione e consultazione, ha ritenuto opportuno affidare, alla contrattazione collettiva nazionale, il compito di reale interlocutore del datore di lavoro: le parti sociali diventano, così, quasi un contropotere. Ciò è quanto succede, ad esempio, in relazione agli obblighi di riservatezza: la valutazione del datore di lavoro, in merito alla opportunità di mantenere alcune informazioni riservate, potrà essere vanificata da una scelta diversa compiuta dalle parti sociali³⁵⁸. Le organizzazioni sindacali, inoltre, possono acquisire il ruolo di interlocutore necessario del potere datoriale, come nell'ipotesi del segreto: la concreta determinazione delle esigenze che autorizzano al mantenimento del segreto, dovrà essere raggiunta tramite una decisione congiunta. L'attribuzione alla contrattazione collettiva nazionale di un importante ruolo non desta alcuna meraviglia. Il protagonismo delle parti sociali (auspicato nel testo dell'avviso comune del novembre del 2006³⁵⁹) si pone in linea di continuità con la tradizione italiana in materia di relazioni industriali, che ha sempre assegnato alle organizzazioni collettive e alla contrattazione collettiva un compito decisivo nella gestione dei diritti di informazione³⁶⁰.

3. La riservatezza

Nel solco di una tradizione inaugurata con la direttiva sui CAE, anche la previsione in materia di "Informazioni riservate" di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 25/07 propone un doppio livello di tutela: il

³⁵⁶ In tal senso v. SILVAGNA, *Il diritto di informazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1977, p. 103; PERULLI A., *Voce Informazione (diritti di)*, in *Digesto ...*, ed, *Disc.priv.*, *Sez. comm.*, Torino, 1992, p. 362;

³⁵⁷ Decreto legislativo 39/6/2003 n. 196 "Codice in materia di protezione dei dati personali", in G.U. n. 174/03 supplemento ordinario n. 123

³⁵⁸ Sul punto v. *ultra*, p.103

³⁵⁹ Avviso comune per il recepimento della direttiva 11/3/2002 n. 14 del 27/11/06

³⁶⁰ V. CORTI, *sub* artt.1,2,4, in questo *Commentario*, parr.7-8

diritto alla riservatezza e quello al segreto. A dire il vero, l'utilizzazione dei termini di <riservatezza> e <segreto> per definire le due ipotesi di limitazione del diritto di informazione di cui alla direttiva, non trova immediato riscontro né nello art. 6 della direttiva, né nell'articolo 5 del decreto legislativo. In entrambi i casi, i legislatori hanno preferito, già dalla rubrica, ricorrere all'espressione <informazioni riservate>. La scelta ha una sua logica interna, giacché le norme non si occupano solo della regolamentazione del duplice ordine di limiti posti, ma costruiscono un sistema più complesso, che ha come denominatore comune la disciplina delle <informazioni riservate>. Attribuire, da subito, una precisa qualificazione terminologica alle due ipotesi, tuttavia, non è un'operazione del tutto sganciata dalle suggestioni e dai suggerimenti dell'ordinamento comunitario; ma si rifà alla diversa valutazione compiuta dal legislatore comunitario, tanto nella direttiva sulla SE, quanto in quella sulla SCE³⁶¹.

Il dovere di riservatezza si concretizza nell'obbligo, posto a carico dei rappresentanti dei lavoratori e degli esperti, di non rivelare, né ai lavoratori né a terzi, informazioni loro fornite, espressamente in via riservata, e qualificate come tali dall'imprenditore, nel legittimo interesse dell'impresa.

Il punto dal quale partire, per cercare di interpretare la norma, peraltro estremamente complessa, è verificare se, e fino a che punto, le sue disposizioni siano riportabili alle previsioni già vigenti nel nostro ordinamento, oppure introducano un sistema, in tutto, ovvero in parte, innovativo che, però, convive con queste³⁶².

Il fulcro della preesistente normativa nazionale in materia è costituito dall'art. 2105 c.c. (ed in particolare dalla seconda parte della norma). La divulgazione di notizie, attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, nonché il farne uso in modo da poter recare pregiudizio all'impresa, sono considerati comportamenti vietati; obiettivo del divieto è la tutela della concorrenza³⁶³. L'art. 5 del d. lgs. n. 25/07, invece, non indica, in modo esplicito, l'ambito oggettivo all'interno del quale riportare il divieto, ma lo correla alla libera valutazione del datore di lavoro: sarà questi, tramite la qualificazione di un'informazione come riservata, a definire i contenuti del divieto stesso. La discrezionalità nella decisione –aspetto non presente nella direttiva comunitaria- non appare un aspetto sul quale soffermarsi eccessivamente, in quanto trova contemperamento nello speculare potere concesso alla contrattazione collettiva nazionale. Ove questa lo ritenga opportuno, potrà autorizzare i rappresentanti dei lavoratori ed i consulenti alla divulgazione delle informazioni, a lavoratori ed a terzi, "vincolati da un obbligo di riservatezza"³⁶⁴.

Il punto nodale della normativa in materia di riservatezza ruota, invece, intorno alla locuzione <nell'interesse dell'impresa>: espressione utilizzata, sia dal legislatore comunitario, sia da quello

³⁶¹ In questi atti, già nella rubrica degli articoli (art. 8 SE e art. 10 SCE), vengono proposti i termini di segreto e riservatezza quali ambiti definitori all'interno dei quali collocare le fattispecie oggetto delle norme.

³⁶² Con riferimento alle disposizioni in materia di riservatezza e di segreto contenute nella direttiva CAE, già DONDI, *Comitati aziendali europei: il d. lgs. n. 74 del 2002 per l'attuazione della direttiva n. 94/45/CE*, in *Arg. Dir. lav.*, 2003, p. 103, nonché CIUCCIOVINO, *I comitati aziendali europei: il recepimento della direttiva comunitaria n. 45 del 1994*, in *Arg. Dir. lav.*, 1994, p. 63, ritengono che le previsioni di cui all'art. 2105 c.c. non appaiono risolutive per la disciplina dei diritti /obblighi in materia di riservatezza e segreto

³⁶³ Non si ignora né la complessità né i termini del dibattito che, sullo sfondo, hanno alcuni tra i temi principali del diritto del lavoro. Tuttavia, questa si ritiene essere l'interpretazione più idonea sulla base di una ricostruzione sulla quale, v. *ultra*, p.101

³⁶⁴ Sul punto v. *ultra*, p.105

nazionale, come spartiacque tra forme di lecito, ovvero illecito, divieto di circolazione delle informazioni. Premesso che, una norma di delimitazione di un potere datoriale influisce in modo ambivalente, sia sui soggetti in vantaggio dei quali è posta, sia sui destinatari passivi di tale disposizione, individuarne la genesi è funzionale per ricostruirne la *ratio*.

L'introduzione del requisito <interesse dell'impresa>, quale condizione di legittimità del divieto di circolazione delle informazioni, non appartiene alla tradizione comunitaria in materia di tutela delle informazioni riservate. Non a caso, né le disposizioni in materia di CAE, né quelle inerenti alla SE ed alla SCE, contengono una previsione analoga³⁶⁵. L'omissione non risulta sanata neanche a livello nazionale; nelle normative di recezione delle direttive CAE, SE e SCE, al datore di lavoro era riconosciuta piena discrezionalità nella qualificazione delle informazioni come riservate. L'esigenza comunitaria di delimitare la portata dell'obbligo informativo fa la sua prima comparsa nel 2001; la proposta di direttiva di cui al maggio 2001 (2001/C 240E/21³⁶⁶) introduce un <considerando> che indirizza l'intervento del legislatore comunitario verso una formulazione della norma che tenga conto della necessità di <proteggere le imprese dalla divulgazione pubblica di talune informazioni particolarmente delicate> (considerando n. 23). Lo scopo dell'espressione introdotta non sembra, almeno ad una prima lettura, diretto ad una delimitazione degli ambiti di discrezionalità decisionali del datore di lavoro; bensì finalizzato alla protezione degli spazi datoriali. La conferma di questa ricostruzione esegetica si ottiene grazie alla lettura del parere emesso, sempre nel 2001, dal Comitato delle Regioni³⁶⁷: parere in cui il Comitato sollecita una maggiore e diversa attenzione nei confronti dei <potenziali svantaggi che potrebbero sopportare i datori di lavoro nei confronti della concorrenza in caso di rivelazioni>. È, quindi, un rigurgito di attenzione verso l'originaria dimensione della concorrenza a spiegare quello che, può sembrare, un superamento delle immotivate limitazioni del diritto di informazione.

Ad uno sguardo attento, inoltre, non potrebbe sfuggire la correlazione tra la preoccupazione comunitaria, in ordine <ai potenziali svantaggi dei datori di lavoro nei confronti della concorrenza in caso di rivelazioni >, e la modificazione del sistema di diritti di informazione e consultazione. La prospettiva interpretativa prende spunto dalla successione cronologica degli avvenimenti. Nel 2000 la Carta di Nizza introduce l'art. 27 che trasforma il diritto di informazione e consultazione, da episodico e contingente, in generale e sistematico³⁶⁸; l'anno successivo il legislatore comunitario inserisce, per la prima volta, in un atto in materia di politica sociale, una clausola, specificamente, finalizzata alla tutela della concorrenza.

La diversa attenzione al bilanciamento degli interessi, tra diritti dei lavoratori e diritti del datore di lavoro, derivabile, come sembrerebbe, dall'inserimento dei diritti di informazione, prima nel

³⁶⁵ La mancanza di una tale specificazione appare tanto più grave, in quanto, favorendo la discrezionalità valutativa, era stata più volte sottolineata come un grave limite al diritto di informazione.

³⁶⁶ Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, in G.U.C.E. C 240 E/ 133 del 28/8/2001.

³⁶⁷ Parere del Comitato delle Regioni in merito alla <Proposta di direttiva del Consiglio che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nella Comunità europea>, n. G.U.C.E. C144/58 del 16/5/2001.

³⁶⁸ Ricostruisce in maniera analitica lo sviluppo dei diritti in materia di partecipazione in ambito comunitario, da ultimo, L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *Gior. Dir. lav. Rel. Ind.*, 2005, p. 439.

Trattato costituzionale e, poi, nel Trattato di Lisbona, trova ulteriore conferma nella politica giudiziaria seguita, nel tempo, dalla CGE in tema di diritti di informazione. Nel 1999, ad esempio, la sentenza Bo-Frost³⁶⁹ ha ammesso la delimitazione del diritto di informazione, solo nell'ipotesi in cui le informazioni non risultino indispensabili al raggiungimento dello scopo (nel caso concreto era la costituzione di un CAE). Diversa, invece, è l'attenzione prestata all'obbligo di riservatezza, nel 2004, nella sentenza Kuhne e Nagel³⁷⁰: il giudice comunitario in questa pronuncia (oltre a riproporre l'argomentazione di cui alla sentenza Bo-Frost), per la prima volta, manifesta il suo favore nei confronti di un'operazione di bilanciamento degli interessi tra datore di lavoro e lavoratori. Gli Stati membri, si legge nel testo della sentenza, <devono restare vigili rispetto a taluni interessi delle imprese> e < le autorità nazionali... devono garantire una tutela adeguata delle informazioni a carattere riservato> (considerando n. 62). D'altronde, che l'apposizione della locuzione <nel legittimo interesse dell'impresa> abbia lo scopo di tutelare, esclusivamente, l'interesse del datore di lavoro al segreto, si desume, anche, dai compiti attribuiti alla Commissione di conciliazione, costituita ex art. 5 c. 3 d. lgs. n. 25/07³⁷¹, uno dei quali consiste nella risoluzione delle controversie circa le contestazioni <relative alla natura riservata delle notizie fornite e qualificate come tali>.

L'obbligo di riservatezza, derivante dalla disposizione del 2007, in quanto finalizzato allo stesso scopo contenuto nell'art. 2105 c.c. (tutela della concorrenza), non dovrebbe comportare, per i soggetti tenuti al suo rispetto, obbligazioni differenti e, soprattutto, più gravose. La conclusione non sembra possa esser messa in dubbio, neanche, utilizzando quale argomentazione contraria la diversa ampiezza dell'ambito oggettivo delle due previsioni. La lettura più attuale della locuzione <attinenti all'organizzazione ed ai metodi di produzione> -formula utilizzata dal legislatore codicistico per individuare l'oggetto di tutela ex art. 2105 c.c.- sottolinea come, nella nozione di <organizzazione>, possano ricomprendersi, anche, <notizie relative ad altri aspetti organizzativi > quali, ad esempio, le notizie < relative alla gestione del personale, all'organizzazione di vendita, all'organizzazione amministrativa>³⁷². Argomenti tutti che costituiscono oggetto dei diritti di informazione³⁷³.

Da ultimo, la riprova che, all'interno dell'obbligo di riservatezza, di cui all'art. 2105 c.c., sono riportabili anche le previsioni inserite nel corpo dell'art. 4 del decreto del 2007, si ricava dal contenuto delle previgenti normative in tema di licenziamenti collettivi e di trasferimento d'azienda: norme che, ai sensi dell'art. 8 del decreto, continuano a rimanere in vigore³⁷⁴. Il pieno rispetto delle regole di procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali, contenute nelle due norme-

³⁶⁹ Causa C-62/99.

³⁷⁰ Causa C- 440/00.

³⁷¹ Sul punto v. *ultra*, p.105.

³⁷² In tal senso MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, Milano, 2000, p. 163, che contesta quanto sostenuto da ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1986, p. 207, il quale restringe la portata dell'obbligo esclusivamente alle notizie di carattere eminentemente tecnico. Su una posizione intermedia sembra collocarsi GRAGNOLI, *Informazione nel rapporto di lavoro*, Torino, p. 54 che affida la ricostruzione dell'ambito oggettivo del divieto ad un'interpretazione, che si ritiene troppo ampia, all'interno della quale confluiscono, non solo le soluzioni tecniche, ma anche le strategie di mercato, i profili finanziari ed ogni aspetto significativo per l'iniziativa economica. Per SILVAGNA, *op. cit.*, p. 110, rientrano nell'oggetto sia i segreti tecnici che quelli commerciali, pur evidenziando la difficoltà concreta nell'individuare l'ambito.

³⁷³ In relazione agli argomenti oggetto del diritto di informazione v. CORTI, *Sub art. 4* in questa *Rivista* commentario.

³⁷⁴ Per un commento a questo articolo v. OCCHINO, *Sub art. 8*, in questa *Rivista*.

ricorda- implica un approfondito ed ampio dovere di informazione, su tematiche riportabili alla nozione di <organizzazione> di impresa su indicata.

4. I protagonisti ed i destinatari dell'obbligo di riservatezza: i rappresentanti dei lavoratori

Il favore del legislatore comunitario nei confronti di un maggiore coinvolgimento delle parti sociali, al fine di una promozione ed intensificazione dell'informazione (e consultazione), si desume chiaramente dalla struttura del sistema informativo che la direttiva prefigura. Titolari del diritto di informazione e, quindi, anche destinatari del dovere di segreto, sono, in via principale e necessitata, i rappresentanti dei lavoratori.

Se questa conclusione non stupisce minimamente, essendo del tutto in linea con le previsioni comunitarie in materia, il suo particolare rilievo deriva dalla tipologia dei diritti di informazione che si vanno a regolamentare: mentre, questi, fino ad ora, riguardavano eventi contingenti (ad esempio: trasferimento d'azienda; licenziamenti collettivi) oppure particolari tipologie di organismi (CAE), ovvero ancora specifiche figure societarie (SE, SCE), la direttiva 2002/14 CE introduce un sistema generale ed obbligatorio di diritti di informazione. Pur se la direttiva nulla dice, e nulla potrebbe dire, circa la tipologia e le caratteristiche che tali rappresentanze dovrebbero avere, il cambiamento di prospettiva all'interno del quale collocare il sistema informativo sembrerebbe rendere obbligatoria la costituzione di organismi collettivi di rappresentanza e sembrerebbe suggerire, anche, l'opportunità/necessità di una loro collocazione stabile in azienda³⁷⁵.

L'implicito portato della direttiva, del resto, era stato rilevato da Guarriello³⁷⁶, la quale, già con riferimento alla bozza di proposta di direttiva del 1998³⁷⁷, riteneva possibile ipotizzare, nel quadro della politica di concertazione di cui al Trattato di Amsterdam, una concertazione permanente anche nelle imprese <sulle misure di accompagnamento alle decisioni strategiche suscettibili di un impatto sull'occupazione (formazione, riqualificazione, conversione) o sull'occupabilità dei lavoratori>. La conferma di questa possibilità ricostruttiva si ha con la lettura dell'art. 10 della direttiva 2002/14/CE. Il legislatore comunitario gradua, temporalmente, l'entrata in vigore delle disposizioni, in dipendenza di un duplice ordine di circostanze: la dimensione dell'impresa e la presenza di un <regime generale e permanente di informazione e consultazione dei lavoratori>; ovvero l'esistenza di un <regime legale, generale e permanente di rappresentanza dei lavoratori sul luogo di lavoro che consenta ai lavoratori di essere rappresentati a tale scopo>. La dilazione nella recezione delle previsioni è quindi, una condizione di miglior favore, finalizzata a consentire l'introduzione di misure idonee ad istituire, sia un regime legale generale e permanente, di informazione e consultazione, sia un regime legale, generale e permanente, di rappresentanza dei lavoratori sul luogo di lavoro.

Se queste sono le linee guida all'interno delle quali gli Stati membri si devono muovere, acquisisce notevole interesse verificare come il legislatore italiano le ha trasposte.

³⁷⁵ In questo senso anche CORTI, *sub artt. 1,2 e4*, in questo *Commentario*, par. 13.

³⁷⁶ GUARRIELLO, *Il recepimento della direttiva*, *op. cit.*, p. 317.

³⁷⁷ Proposta di direttiva del Consiglio che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, nella Comunità europea, in G.U.C.E. c2/3, del 5/1/1999.

L'art. 5 c. 1 d. lgs. n. 25/07 pone l'obbligo di riservatezza a carico < dei rappresentanti dei lavoratori nonché degli esperti che, eventualmente, li assistono>³⁷⁸. L'affermazione, alla luce del nostro sistema di relazioni industriali, e ad una prima lettura, sembrerebbe alquanto paradossale; il rispetto degli obblighi di legge parrebbe affidato ad organismi la cui presenza all'interno delle aziende potrebbe essere solo eventuale. L'evidente contrasto tra questa conclusione e gli obblighi comunitari, impone di prospettare una possibile differente interpretazione. La scelta sul se istituire una rappresentanza dei lavoratori –perlomeno in funzione degli obblighi informativi di cui al decreto- non potrà più essere lasciata alla libera volontà dei lavoratori, ma si imporrà come necessaria.

La piena comprensione della portata di questa norma- ed anche l'indiretta verifica della giustezza della conclusione- si ottiene correlandola con il disposto della lettera f) art. 2 d. lgs. n. 25/07. Mutuando la tecnica espositiva da quella comunitaria, il legislatore nazionale definisce, in modo preciso, cosa debba intendersi per "rappresentanti dei lavoratori" e prospetta un'ampia gamma di alternative possibili. Si potranno considerare tali, sia "i rappresentanti dei lavoratori ai sensi della normativa vigente, nonché degli accordi interconfederali 20 dicembre 1993 e 27 luglio 1994, e successive modificazioni, o dei contratti collettivi nazionali applicati, qualora i predetti accordi interconfederali non trovino applicazione". Due le conseguenze, la prima, del tutto sintonica con le tradizioni di relazioni industriali in materia di diritti di informazione: le rsa e le rsu mantengono la qualificazione ed il ruolo di "rappresentanti dei lavoratori", anche ai fini delle previsioni di cui al d.lgs. n. 25/07. La seconda conseguenza, invece, è più nuova, ed interessante: anche ove non siano presenti organismi rappresentativi "generalisti", la contrattazione collettiva è tenuta a prevedere degli appositi organismi rappresentativi. Si prospetta, così, la possibilità di costituire rappresentanze specializzate, un po' come, teoricamente, potrebbe succedere per quanto riguarda i rappresentanti per la sicurezza. Se dalla lettura della norma non si riesce a desumere nessun'altra indicazione, allo scopo di definire, più precisamente, il tipo di rappresentanza, - essendo il compito delegato all'autonomia collettiva- quello che è certo, però, è l'inevitabile favore verso la necessaria presenza di un organismo rappresentativo, quale gestore e titolare dei diritti di informazione, derivanti dalle disposizioni del decreto³⁷⁹. Si ricorda, infatti, che una valutazione differente è stata compiuta, nel caso del trasferimento d'azienda, quando il legislatore si è trovato ad indicare i destinatari di diritti di informazione, nell'ipotesi in cui mancassero le rsa ovvero le rsu. In questo caso, la scelta ha privilegiato le organizzazioni sindacali esterne (sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi).

Titolari del diritto di essere informati, e, quindi, anche destinatari del dovere di riservatezza, sono, in via principale e necessitata, i rappresentanti dei lavoratori: del tutto peculiare, appare il regime

³⁷⁸ Parallelamente pone anche una prescrizione sanzionatoria. Il contenuto della previsione sanzionatoria risente fortemente delle-compresenza, nel ruolo di soggetti destinatari /protagonisti delle informazioni riservate, di figure, quali i rappresentanti di lavoratori, i lavoratori, ed i terzi che hanno, nei confronti del datore di lavoro, obblighi di natura differente. La sovrapposizione di obbligazioni di natura contrattuale ed extracontrattuale si traduce, normativamente, nell'indicare, quali sanzioni per i lavoratori ed i loro rappresentanti, quale sanzione tipica quella disciplinare. A questa si somma, eventualmente, il risarcimento del danno. Sanzione, questa ultima, che, invece, sarà l'unica possibile nel caso la violazione sia imputabile a terzi.

³⁷⁹ Per una interpretazione del decreto che implica la presenza necessaria di una rappresentanza dei lavoratori v. CORTI, *sub* art. 1, 2 e 4, in questo *Commentario*, par. 13.

del dovere di riservatezza al quale sono tenuti³⁸⁰. Il datore di lavoro è obbligato a comunicare loro informazioni, anche se qualificate espressamente come riservate. La contropartita del loro diritto di conoscenza, è la riservatezza (dovere che si protrae <per un periodo di tre anni successivo alla scadenza del termine previsto dal mandato>) che devono mantenere anche nei confronti di lavoratori³⁸¹. Di estrema importanza, è, di conseguenza individuare i contenuti delle informazioni coperte dal vincolo di riservatezza.

Un'analisi più accurata del testo di legge porta ad osservare che il termine per indicare l'oggetto del divieto, posto a carico delle rappresentanze sindacali, è <rivelazione>: i rappresentanti dei lavoratori: non sono tenuti a rivelare...informazioni. La scelta terminologica non pare casuale, sia la direttiva, sia l'avviso comune, utilizzano la stessa parola e la circostanza farebbe propendere per ricostruire, in capo ai rappresentanti dei lavoratori, un doppio ordine di divieti. Uno generale ed implicito, riportabile all'obbligo di cui alla seconda parte dell'art. 2105 c.c.: l'altro, esplicitato ex art. 622 c. p.³⁸², disposizione che pone il divieto a coloro, che rivestono una particolare qualifica o funzione, di rivelare ad estranei notizie delle quali siano venuti a conoscenza in dipendenza dello svolgimento di particolari mansioni. La regola che pone il divieto di fare circolare le informazioni, qualificate come riservate, presenta, però, un'eccezione: i contratti collettivi di lavoro potranno autorizzare, i rappresentanti dei lavoratori ed eventuali loro consulenti, a trasmettere informazioni riservate a lavoratori e a terzi <vincolati da un obbligo di riservatezza>³⁸³.

La disposizione di legge, consentendo ai soggetti collettivi di comunicare ai lavoratori informazioni ritenute necessarie al fine del corretto svolgimento del loro mandato, pare fare prevalere il rispetto della libertà sindacale sul dovere di riservatezza. In ambito nazionale, la questione della portata del divieto di riservatezza, in rapporto al principio di libertà sindacale, questione più volte postasi, non ha trovato soluzione univoca, variando secondo la fonte dell'obbligo che si preferisce privilegiare. Coloro che sono favorevoli al permanere del divieto, riportano la decisione alla stretta interpretazione del c. 2° art. 2105 c.c. e delle obbligazioni contrattuali che impone³⁸⁴. Per

³⁸⁰ La tipologia di divieto che lega gli organismi collettivi in presenza di informazioni riservate ha costituito oggetto delle riflessioni di molteplici autori. SILVAGNA, *op. cit.*, p. 105, si chiede se i soggetti collettivi titolari di diritti di informazione debbano essere tenuti al rispetto del divieto di cui all'art. 2105 c.c., la risposta è negativa e, l'autrice scarta la possibilità di una possibile estensione dell'obbligo facendo ricorso ai principi generali in tema di mandato < i sindacalisti, quali rappresentanti dei lavoratori sono legati agli stessi obblighi dei medesimi e, così, anche all'obbligo di fedeltà>. Estensibili ai rappresentanti dei lavoratori, in base alle riflessioni della stessa, sembrano i vincoli di cui agli artt. 622 e 623 c.p. Per MATTAROLO, *op. cit.*, p. 184, i rappresentanti dei lavoratori, se sono anche lavoratori dell'azienda saranno tenuti all'obbligo ex art. 2105c.c. Altro è il caso, sempre secondo la stessa autrice, in cui i rappresentanti coincidano con sindacalisti esterni; in questa ipotesi, in carenza di disciplina pattizia, l'unica fonte di obbligo sarà quella fornita dalla normativa penale (artt. 622 e 623 c.p.).

³⁸¹ Sul punto v. *ultra*, p.100.

³⁸² Per PERULLI A., *op. cit.*, p. 384, la rivelazione è un termine che è funzionale a <descrivere informazioni in possesso di una cerchia ristretta di operatori a causa della loro qualifica, si tratti o meno di soggetti inseriti nell'organico aziendale>. ICHINO, *op. cit.*, p. 218, nel confermare la differenza tra <divulgazione > e <rivelazione> pone in rilievo la fonte dalla quale deve pervenire la notizia >la differenza tra i due termini- scrive l'autore- può forse considerarsi come conseguenza della diversa ratio e del diverso contenuto delle due norme, delle quali una mira a stabilire un obbligo di <protezione>in relazione al generico contatto derivante dall'inserimento del lavoratore in azienda, l'altra mira a stabilire un obbligo di <protezione> in relazione allo specifico contatto derivante da un particolare rapporto professionale>.

³⁸³ Sul significato dell'inciso v. *ultra*, p. 102.

³⁸⁴ Le informazioni che il datore di lavoro dà al sindacato- secondo MATTAROLO, *op.cit.* p. 185- devono essere considerate protette da un obbligo di riservatezza e, quindi, non comunicate ai lavoratori. Presupposto di questa affermazione, però, è la constatazione

altri, la questione si riallaccia al nodo della libertà sindacale e alla vasta portata della sua nozione e optano per la liberalizzazione delle informazioni, nel caso in cui siano ritenute necessarie, per lo svolgimento di attività sindacali³⁸⁵. Pur concordando con l'opzione esegetica che privilegia il principio di libertà sindacale sui diritti derivanti dall'art. 2105 c.c., la possibilità di un'interpretazione contraria sollecita una riflessione sulle informazioni che sarebbe vietato comunicare alle rappresentanze sindacali. L'utilizzazione del termine rivelazione (termine, si ricorda, che il legislatore utilizza al fine di definire il divieto), ci si chiede, inciderà sulla tipologia delle informazioni la cui messa in circolazione è vietata? Secondo Ichino³⁸⁶, e la riflessione sembra pienamente condivisibile, la parola <rivelazione> attiene solo ad una notizia che non ha già diffusione a livello aziendale (sembra a vario titolo) ma < è conosciuta soltanto da chi ... riveste una particolare qualifica specialistica ed è conosciuta a causa di tale qualifica>. Di conseguenza, non tutte le informazioni sarebbero vietate.

4.1. I lavoratori

L'esclusione dei lavoratori dall'ambito dei soggetti idonei alla conoscenza delle informazioni appare singolare, essendo vincolati all'obbligo di riservatezza ex art. 2105 c.c., ben potrebbero essere considerati quali destinatari, in via diretta ovvero indiretta (tramite le rappresentanze di lavoratori), delle informazioni. L'osservazione si correla, non solo alla ricostruzione della *ratio* del diritto alla riservatezza prima proposta, ma tiene conto, anche, dell'evoluzione della normativa comunitaria in materia.

La sovrapposibilità tra le obbligazioni contrattuali di fedeltà e quelle desumibili dal testo della direttiva era stata valutata positivamente, anche a livello comunitario; la proposta di direttiva del 2001, esplicitamente, escludeva i lavoratori dai destinatari passivi dell'obbligo. La scelta, in questa direzione, non è esclusivo appannaggio del legislatore comunitario. Analoga decisione è stata presa dal legislatore italiano, con un provvedimento cronologicamente contestuale al d. lgs. n. 25/07, e, parimenti, finalizzato alla recezione di una direttiva comunitaria in materia di obblighi di informazione: il decreto legislativo n. 48/07 (che recepisce la direttiva 2003/72 CE)³⁸⁷. La difformità della valutazione sembra inspiegabile, i contenuti degli obblighi informativi presenti nei due provvedimenti appaiono del tutto simili³⁸⁸, inerendo, entrambi, anche, ad aspetti che, in linea teorica e secondo alcuni, potrebbero essere ritenuti non coperti dall'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. Se la decisione non sembra basata su un'ineliminabile necessità regolativa, quali saranno i parametri per indirizzare l'interpretazione da dare al disposto normativo? La risposta

che, spesso, l'ambito oggettivo delle informazioni dovute dal datore di lavoro non coincide con quello di cui all'art. 2105 c.c. Questo farebbe supporre che, nel caso di coincidenza, la conclusione muterebbe.

³⁸⁵ ICHINO, *op.cit.*, p. 238 ritiene che la valutazione sul se fare prevalere il principio di libertà sindacale deve risolversi attraverso un bilanciamento ed un contemperamento tra gli opposti interessi e, a questo scopo, assume decisiva importanza <la valutazione di limiti all'interno dei quali la notizia viene divulgata>. A. PERULLI, *op. cit.*; p. 385, ammette la possibilità che, in virtù del rispetto della libertà sindacale, si autorizzino le rappresentanze sindacali a fare circolare le informazioni e riporta questo evento alla fattispecie della <giusta causa di rivelazione>.

³⁸⁶ In tal senso cfr. ICHINO, *op. cit.*, p. 218.

³⁸⁷ Il decreto legislativo n. 48/07 che recepisce lo statuto della società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, si può leggere in G.U. n. 85 del 12/4/07.

³⁸⁸ L'estensione degli obblighi informativi di cui alla direttiva SCE è identica a quella prevista dalla direttiva SE, per una riflessione sul contenuto degli obblighi informativi presenti nella direttiva SE v. CORTI, *Il caso della società europea*, *op. cit.* p.65. Per quanto riguarda gli obblighi informativi di cui alla direttiva 2002/14/CE v. sempre CORTI, *Sub. Art. 4*, in questa *Rivista*.

varia a seconda della modalità interpretativa che si sceglie di seguire. Se si vuole utilizzare un'interpretazione letterale, la posizione dell'inciso <vincolati da un obbligo di riservatezza>, inciso posto nella norma dopo il richiamo ai lavoratori ed ai terzi, impone di dare una lettura unitaria degli obblighi che sorgono in capo ai due soggetti. Ove così fosse, se ne dedurrebbe che, anche per i lavoratori, condizione necessaria per la conoscenza di informazioni qualificate come riservate, è la loro soggezione ad un apposito obbligo di riservatezza. In caso contrario, si potrebbe privilegiare un'interpretazione che, dando per scontato che i lavoratori possono essere destinatari di informazioni riservate, in quanto già tenuti al rispetto dell'obbligo di riservatezza, ritenga che la costruzione di un apposito sistema di vincoli valga solo per i terzi.

Ma non è, solo, il riferimento alla portata del dato codicistica a fare propendere per l'esclusione dei lavoratori dalla soggezione ad un apparato tipico in materia di obblighi di riservatezza. Un'altra argomentazione deriva dalla constatazione della sovrapposibilità tra il contenuto delle informazioni ex art. 4 d. lgs. n. 25/07- perlomeno di una parte di esse-, quelle di cui alla l. 428/90 (e successive modifiche), e quelle di cui alla l. 223/91. L'ampia elencazione del contenuto degli obblighi informativi, di cui alla procedura in materia di trasferimento d'azienda, come anche la dettagliata procedimentalizzazione del diritto di informazione, di cui alla legge in materia di licenziamenti collettivi, già sulla carta, coincidono con alcuni degli ambiti di cui al decreto del 2007. E non sembra difficile immaginare che, la concreta realizzazione del diritto all'informazione da parte delle rappresentanze collettive, contribuirebbe (contribuirà) ancora maggiormente ad avvicinare i contenuti degli obblighi. Nel caso in cui si ritenesse che anche i lavoratori siano destinatari del sistema tipico di protezione in tema di riservatezza, di cui al decreto n. 25/07, si verificherebbe, allora, una situazione singolare. I dipendenti sarebbero esclusi dalla conoscenza di alcune informazioni, in virtù delle previsioni di cui c.1° art. 5 d. lgs. n. 25/07, ed autorizzati alle conoscenze delle stesse ex art. 47 l. 428/90, oppure ex art. 4 l. 223/91. Nessun obbligo di segreto, si ricorda, vincola in queste due ultime ipotesi le r.s.a (ovvero/nonché gli altri soggetti collettivi interessati dalle procedure), soggetti destinatari dell'informazione, a mantenere le informazioni riservate. Il vincolare i lavoratori ad uno specifico dovere di riservatezza, quindi, potrebbe configurarsi quale violazione dell'obbligo di non regresso.

Da ultimo, l'estraneità dei dipendenti alla soggezione di un vincolo di riservatezza, ulteriore rispetto a quello contrattualmente vigente ex art. 2015 c.c., sembra argomentabile, anche, ricostruendo la motivazione alla luce della *ratio* dell'obbligo. Se, la limitazione della circolazione delle informazioni è finalizzata al rispetto dell'interesse dell'impresa, quali saranno i limiti al diritto di informazione che trovano legittimazione, proprio, <nell'interesse dell'impresa>? La risposta oscilla secondo la nozione di impresa che si vuole prendere come parametro e, in particolare, in dipendenza di quello che s'individua come oggetto sociale. In questo caso specifico, nell'indagine siamo guidati dallo stesso legislatore comunitario che, nel considerando n. 7 osserva <occorre intensificare il dialogo sociale e le relazioni di fiducia nell'ambito dell'impresa per... promuovere il coinvolgimento dei lavoratori nella conduzione dell'impresa e nella determinazione del suo futuro, nonché rafforzare la competitività dell'impresa>. E la stessa idea è ripresa, in maniera più organica ed analitica, nel testo della direttiva. Il datore di lavoro e i rappresentanti dei lavoratori – si legge al c.3°art. 1- operano in uno spirito di cooperazione, nel rispetto dei loro diritti e obblighi reciproci, tenendo conto nello stesso tempo degli interessi dell'impresa. e di quelli dei lavoratori. Analogo è il concetto contenuto, anche se è espresso con una terminologia meno evocativa di

regimi passati, nel c. 2° art. 1 d. lgs. n. 25/07. Sia la norma comunitaria sia quella nazionale, prefigurano, quindi, (pure se lo scopo è circoscritto alla redazione delle modalità di informazione e consultazione) il superamento di un modello conflittuale di relazioni collettive, in favore di dinamiche di cooperazione (secondo la dizione comunitaria), ovvero di collaborazione (come si esprime la norma nazionale)³⁸⁹. Finalizzando questa conclusione all'individuazione di un modello di *governance* societaria, si delinea un tipo societario allargato (*stakeholder society*), nel quale confluiscono, quali soggetti portatori di interessi, anche i dipendenti. Oggetto dell'interesse sociale, in questo caso, non sarà più quello direttamente ed esclusivamente riportabile alla collettività dei soci³⁹⁰; bensì un interesse che prescinde da quello dei soci, ed è identificabile con quello dell'impresa in sé, ovvero con un interesse superiore alla società stessa, e tutelato a prescindere dalla volontà dei soci³⁹¹. Trasportando queste riflessioni sul piano comunitario, si potrebbe concludere che, nell'interesse dell'impresa, rientra anche quello al <coinvolgimento> dei lavoratori nell'andamento delle imprese e delle decisioni che li riguardano, diritti più volte elencati da svariate direttive, e richiamati nel considerando n. 6 della direttiva 2002/14 CE³⁹². Coinvolgimento che si attua, avendo la comunità prescelto un modello di partecipazione <debole> quale base di armonizzazione, tramite le procedure di informazione e consultazione. Il passaggio successivo può portare ad affermare che, rientrando gli obblighi di informazione (e consultazione) all'interno dell'interesse dell'impresa, non ha senso estendere ai dipendenti una clausola di riservatezza che vada oltre il vincolo contrattuale ex art. 2105 c.c.

4.2. Gli esperti, i terzi, i consulenti

Il c. 1° art. 5 d. lgs. n. 25/7 appare affollato di soggetti nella veste di protagonisti, oppure di destinatari di informazioni riservate.

I primi citati nel testo della norma, sono gli <esperti>, figure che, eventualmente, possono assistere i rappresentanti dei lavoratori e che, al pari di questi, sono tenuti all'obbligo di riservatezza. Questo termine, nel successivo corpo della norma, scompare, sostituito, sembra, da quello di <consulente>. L'identità di ruolo che gli esperti ed i consulenti dovrebbero svolgere – affiancare i rappresentanti dei lavoratori – farebbe ipotizzare un'identità tra i due termini, ed un mero errore materiale commesso, sia dal legislatore comunitario, sia da quello nazionale³⁹³.

Il più generico sostantivo <terzi>, è utilizzato, invece, per individuare ulteriori soggetti (oltre ai lavoratori) quali destinatari passivi dell'obbligo di riservatezza. Le due figure insieme, terzi e consulenti, anche se sempre con ruoli distinti, risultano, da ultimo, evocate nella disposizione che autorizza la contrattazione collettiva a scavalcare la volontà datoriale, in merito alla qualificazione di alcune informazioni come riservate. Ed è proprio in relazione a quest'aspetto che sorge una delle prime questioni interpretative.

Abbiamo già detto, come il dovere di riservatezza si concretizzi nell'obbligo, posto a carico dei

³⁸⁹ Cfr. in questo senso anche CORTI, *sub* artt.1,2 e4, in questo *Commentario*. par. 18.

³⁹⁰ Sul punto v. GUAGLIANONE, *Individuale e collettivo nell'azionariato dei dipendenti*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 141.

³⁹¹ Cfr. L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, *op. cit.* p. 403.

³⁹² Cfr. sempre L. ZOPPOLI *op. cit.*, p. 455.

³⁹³ Per RAUSEI, *Nuovi obblighi*, *op. cit.*, p. 976, la compresenza nello stesso c. 1° art. 5 dei termini <esperti> e <consulenti> fa dedurre <che il concetto di <esperti> possa fare riferimento a qualsiasi persona fisica che svolga attività professionale in ambito lavoristico...e in tale veste venga richiesto di prestare assistenza o consulenza ai rappresentanti dei lavoratori>.

soggetti designati, di non rivelare informazioni loro fornite, espressamente in via riservata, e qualificate come tali dall'imprenditore, nel legittimo interesse dell'impresa. La discrezionalità nella decisione trova, però, per la prima volta, contemperamento nello speculare potere concesso alla contrattazione collettiva nazionale. Ove questa lo ritenga opportuno, potrà autorizzare i rappresentanti dei lavoratori ed i consulenti alla divulgazione delle informazioni < a lavoratori ed a terzi vincolati da un obbligo di riservatezza>. A dire il vero, la formulazione del testo di legge, che ripropone la dizione di cui alla direttiva, non è particolarmente chiara, perchè accomuna soggetti che, in virtù del diverso rapporto che li lega al datore di lavoro, sono titolari di obblighi di natura differente. E l'analisi del materiale comunitario non aiuta a risolvere questa perplessità interpretativa. L'odierna clausola risulta apposta, per la prima volta, nella direttiva del 2002, mentre, la proposta di direttiva di cui al 2001 (art. 6 proposta di direttiva 2001/C E/21), correttamente, consentiva di disapplicare il dovere di riservatezza esclusivamente ai lavoratori in quanto già soggetti ad un tale obbligo. Se i lavoratori non sono, giustamente, ricomprendibili, nell'inciso di cui alla norma di legge³⁹⁴, non è così per quanto riguarda i terzi. Questi (come i consulenti) sono del tutto svincolati dal rispetto delle disposizioni civilistiche, che valgono solo per i dipendenti. Potenzialmente diversa, invece, è la conclusione nel caso in cui si ritenga che essi <sono venuti a conoscenza di una notizia protetta dal segreto "per ragione del proprio stato o ufficio o della propria professione o arte">³⁹⁵. In quest'ipotesi, potrebbero essere tenuti al rispetto delle previsioni penali in materia di segreto professionale (art. 622 c.p.). Se questo è il pregresso stato del diritto, l'unica plausibile interpretazione da attribuire all'inciso di cui alla norma, <terzi vincolati da un obbligo di riservatezza>, sarebbe considerarlo come implicito invito, destinato alla contrattazione collettiva per formulare, in via negoziale, un'apposita clausola di riservatezza. Si ricorda, che ex art. 5 terza alinea, alla contrattazione collettiva è riconosciuto il potere di derogare alla volontà del datore di lavoro: ma a condizione che individui le modalità di esercizio della trasmissione delle informazioni riservate. Questa conclusione, del resto, sembrerebbe rispondere alle aspettative di coloro che, sottolineata, più volte, la minore efficacia fornita dalla tutela penalistica rispetto a quella civilistica³⁹⁶, hanno auspicato una soluzione, anche pattizia, della disuguaglianza³⁹⁷.

5. Il segreto

Il c. 3° art. 5 autorizza il datore di lavoro a non comunicare informazioni che, per <comprovate esigenze tecniche, organizzative e produttive>, sono di natura tale da creare notevoli difficoltà al funzionamento dell'impresa o da arrecarle danno. La norma, pur semplice nella sua formulazione, richiede, per una piena comprensione, l'analisi di tutti gli elementi che la compongono.

49 Sul punto v. *amplius. infra*, p.100.

³⁹⁵ In linea generale si ritiene che chiunque sia destinatario degli obblighi di cui agli artt. 622 e 632 c.p. e, quindi, anche i rappresentanti dei lavoratori possano rientrare nei divieti, sul punto cfr. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 81; MATTAROLO, *op. cit.*, p. 177; ICHINO, *op. cit.*, p. 212, non ritiene applicabile i divieti a chiunque, ma interpreta la portata delle norme come indicante la necessità di un <contatto> tra soggetto destinatario degli obblighi stessi ed impresa.

³⁹⁶ In questo senso MATTAROLO, *op.cit.*, p. 185.

³⁹⁷ Ove si accedesse a questa interpretazione, nuovamente, si creerebbe una disparità di trattamento con le organizzazioni aziendali esterne individuate dalla normativa in tema di trasferimento d'azienda quali soggetti necessitati interessati dalle procedure, e la stessa cosa succederebbe nell'ipotesi di licenziamenti collettivi.

5.1. ...dai <critéri obiettivi> (art. 6 direttiva 2002/14/CE) alle <esigenze tecniche, organizzative e produttive> (art. 5 d. lgs n. 25 /07)

La deroga concessa al datore di lavoro di non informare, nei casi in cui ritenga che il farlo <nuocerebbe gravemente all'impresa> (v. considerando n. 26), non fa parte dell'impianto originario della direttiva. L'attenzione verso le forme di intervento potenzialmente dannose per il datore di lavoro, sorge in un momento successivo alla prima redazione dell'atto normativo³⁹⁸. Nonostante il parziale mutamento di impostazione, l'opportunità di delimitare i diritti di informazione è chiaramente vista quale eccezione e, in conseguenza di ciò, il diritto <a tacere> del datore di lavoro nasce come un diritto condizionato (v. art. 6 direttiva 2002/14/CE). La condizione, anzi le condizioni legittimanti il segreto sono duplici. Il datore di lavoro- si dice nel testo della norma comunitaria- <non è obbligato a comunicare informazioni..... che, secondo criteri obiettivi siano di natura tale da creare notevoli difficoltà al funzionamento dell'impresa.... o da arrecarle loro danno>. La disposizione correla, quindi, la facoltà del datore alla presenza di due obblighi, tra loro in rapporto di causa/effetto.

Condizione primaria per la sussistenza del diritto al segreto sono<i> i criteri obiettivi</i>³⁹⁹: elementi indispensabili per la qualificazione delle <notevoli difficoltà al funzionamento dell'impresa e del danno> quali eventi che hanno tutela sovraordinata rispetto ai diritti di informazione. L'espressione, però, non è accompagnata da nessun'altra indicazione aggiuntiva. Il compito di guida verso la corretta delimitazione dei diritti protetti viene, quindi, affidato ad un'espressione la cui dizione, per l'estrema generalità, non sembra garantire una sufficiente protezione nei confronti della discrezionalità del datore di lavoro.

Nel panorama legislativo comunitario il ricorso alla locuzione < criteri obiettivi>, quale spartiacque tra comportamenti leciti ed illeciti, non costituisce una novità. Con spirito analogo è stata utilizzata nella direttiva CAE, nonché in quelle sulla SE e sulla SCE. Già in quelle sedi, tuttavia, era stata evidenziata la difficoltà di raggiungere lo scopo prefisso- vincolare la decisione datoriale in merito al segreto a valutazioni non discrezionali- tramite un mezzo espressivo dal significato vago⁴⁰⁰. Decisivo, anche al fine di una piena valutazione dell'adeguatezza della trasposizione nazionale, è cercare di comprendere, con la maggiore chiarezza possibile, quali siano i parametri entro i quali riportare i <critéri obiettivi>. Un aiuto in questa direzione è fornito dalla CGE con la sentenza Adeneler⁴⁰¹: pronuncia nella quale la Corte si è trovata ad analizzare il significato della nozione <ragioni obiettive> (termine concettualmente non diverso da quello di <critéri>), quale modo di prevenire gli abusi in materia di contratto a termine. La fattispecie che ha costituito il campo di indagine della Corte, solo apparentemente (logicamente esclusivamente per quanto riguarda le riflessioni in merito ai <critéri obiettivi>) potrebbe sembrare troppo diversa da quella della quale

³⁹⁸ È databile 2001 ed è contenuto nella proposta di direttiva dello stesso anno.

³⁹⁹ Lo stesso requisito è richiesto, anche, dall'avviso comune del 27/11/06.

⁴⁰⁰ DONDI, *op. cit.*, p. 126, riportando la dizione della normativa con riferimento all'istituzione dei CAE, ritiene che anche la delega alla Commissione di conciliazione, quale soggetto decisivo per la soluzione dell'interrogativo riguardante la portata della nozione di <critéri obiettivi> abbia poco di obiettivo, in quanto, ogni Commissione, utilizzerà la sua personale interpretazione, a scapito della certezza della nozione. Anche GUARRIELLO, *Il recepimento della direttiva, op. cit.*, p. 309, esprime perplessità sulla mancanza di una predeterminazione in via generale dei criteri.

⁴⁰¹ Causa C-212/04 Adeneler e altri, 04/07/2006 *Racc.* 2006 I-6057.

ci stiamo interessando; in effetti, le similitudini sono rilevanti. La traduzione normativa data dal legislatore italiano della nozione <critéri obiettivi>, difatti, è stata quella di <comprovate esigenze tecniche, organizzative e produttive> (cfr. art. 5): espressione che, sembra, del tutto analoga a quella indicata dal c. 1 dell'art 1 d.lgs. n. 368/01, quale condizione legittimante l'apposizione del termine ai contratti di lavoro. La ricostruzione della volontà interpretativa della Corte serve, quindi, anche, a valutare nel merito la corretta trasposizione della direttiva. Nella sentenza Adeneler⁴⁰² la Corte, dopo avere rammentato che- <ove il significato di un'espressione non sia definito nell'atto comunitario, il suo senso e la sua portata devono essere determinati considerando lo scopo perseguito da quest'ultimo, nonché il contesto in cui la detta clausola si inserisce>⁴⁰³ ricostruisce la nozione di <ragioni obiettive>. Per fare questo, ricorda che, l'accordo quadro in materia di contratti a termine fa ricorso a questa espressione allo scopo di limitare gli abusi di questa tipologia contrattuale, strumento da considerarsi eccezionale, rispetto a quello generale costituito dai rapporti di lavoro a tempo indeterminato. La nozione di <ragioni obiettive> - secondo la Corte- si deve, quindi, riferire <a circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività>. L'eccezione (il ricorso a contratti a tempo determinato) sarà, perciò, ammessa quando sia <giustificata dall'esistenza di elementi concreti relativi in particolare all'attività di cui trattasi ed alle condizioni del suo esercizio>. Ancora più esplicito, su questo punto, è quanto sostenuto, nella stessa causa, dall'avvocato generale Kokott⁴⁰⁴ <una ragione obiettiva può essere riscontrata soltanto se dal tenore o perlomeno dal senso e dallo scopo oppure dal contesto della corrispondente disciplina risulti in modo chiaro quali siano precisamente le caratteristiche dei settori, dei rami professionali, delle attività, delle persone interessate>.

5.2. La concretizzazione delle <esigenze tecniche, organizzative e produttive> tramite la Commissione di conciliazione

Il legislatore italiano, come già detto, ha trasposto la nozione <critéri obiettivi> utilizzando quella di <esigenze tecniche, organizzative e produttive>. L'idoneità dell'espressione a fungere da limite alla libertà del datore di lavoro (già più volte analizzata, in quanto, una dizione analoga è contenuta nel c. 1 art. 1 d. lgs. n. 368/01) è stata messa frequentemente in discussione dalla dottrina prevalente, che, ricostruendola come clausola generale, non l'ha ritenuta garanzia sufficiente per arginare la discrezionalità imprenditoriale⁴⁰⁵. Questa perplessità è stata confermata dalla giurisprudenza, che ha valutato necessario richiedere specifiche <ragioni> giustificatrici del contratto a termine, intese in senso oggettivo, addossando al datore di lavoro l'onere della prova della loro sussistenza e del nesso causale con l'assunzione di quel determinato lavoratore⁴⁰⁶. Sulla base delle complessive argomentazioni (giurisprudenza comunitaria, giurisprudenza nazionale, pregresse riflessioni dottrinali) dovremmo, quindi, concludere che il legislatore ha mal trasposto la normativa comunitaria. La verifica, però, non può fermarsi a questo punto del ragionamento. Il c.

⁴⁰² Sulla quale v. SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione" del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT-52/2007 nonché VIGNAEU, *Le régime des contrats a durée déterminée en droit communautaire*, in *Droit social*, 2007, p. 94.

⁴⁰³ In relazione a questa affermazione v., come ricorda la Corte, la sentenza 7/6/2005, causa C-17/03, VEMW e a.

⁴⁰⁴ Conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 27/10/05 in causa C-212/04 Adeneler, in www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/altridoc.

⁴⁰⁵ Per tutti v. TURSI, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla riforma del mercato del lavoro: note critiche in tema di fornitura di lavoro e lavoro a termine*, in *Riv. Giur. Lav.* 2002, I p. 470.

⁴⁰⁶ Per tutte v. Cass. 6/9/2003 n. 13044 in *Orientamenti giur. lav.*, 2003, I, p. 862.

2° art. 5 va interpretato unitamente ad una parte del comma successivo, che istituisce una Commissione di conciliazione (questa dovrà essere costituita tramite i contratti collettivi nazionali e la sua composizione e le sue modalità di funzionamento saranno decise dalla stessa contrattazione) allo scopo di determinare in concreto le esigenze tecniche, organizzative e produttive. Delegare alle parti sociali l'individuazione delle ipotesi e, quindi, per tutto quanto sopra detto, il corretto adempimento degli obblighi comunitari, non era una scelta obbligata. La direttiva pone una riserva di legge (<gli stati membri dispongono -recita il secondo comma art. 6- che, in casi specifici, e nelle condizioni e limiti stabiliti dalle leggi nazionali...>), pur ammettendo che gli stati membri <possano affidare alle parti sociali ...il compito di definire ...mediante accordo negoziato le modalità di informazione> (art. 5). Il favore del legislatore italiano si è, quindi, liberamente e consapevolmente, indirizzato (e non solo con riferimento a questa fattispecie⁴⁰⁷) verso una gestione il più possibile collaborativa della materia dell'informazione, recependo la direttiva con una tecnica basata su un *mix* di eteronomia normativa e autonomia collettiva. La circostanza, in sé, non solleverebbe nessun dubbio, in quanto fenomeno conseguente <all'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, che sceglie come sede di regolazione quella più vicina agli interessi da regolare> ⁴⁰⁸. Nel caso specifico, però, la delega attribuisce alla contrattazione collettiva, tramite l'attività della Commissione di conciliazione, lo scopo di adeguare le previsioni nazionali a quelle comunitarie, diventando, in tal modo, uno strumento di attuazione del diritto derivato⁴⁰⁹. Si pongono, quindi, alcuni problemi interpretativi. Con stretto riferimento all'ipotesi che stiamo esaminando, sembra superabile quello che Guarriello⁴¹⁰ definisce <il rischio di una deriva funzionalistica della contrattazione collettiva>: *ex c.* 3° art. 5 d. lgs n. 25/07 la contrattazione è libera, nella sostanza, di scegliere i contenuti delle proprie prescrizioni, dovendo esclusivamente garantire il raggiungimento dello <scopo utile>.

Se, alla luce della disposizione di legge, è chiaro l'obiettivo che la Commissione deve raggiungere, non è, però, ben individuato il percorso da seguire. Le indicazioni, purtroppo, non possono neanche essere tratte dalla direttiva, che sul punto è evasiva né, tanto meno, dal testo dell'avviso comune, ancora più ellittico. Quello che allora si può ipotizzare, all'interno di questa delega piena

⁴⁰⁷ Cfr., ad esempio, la dizione dell'art. 4 (disposizione che recepisce l'art. 5 della direttiva) che attribuisce alla contrattazione collettiva il compito di definire <le sedi, i tempi, i soggetti, le modalità ed i contenuti dei diritti di informazione...>, sul quale CORTI, *Sub art. 4*,
⁴⁰⁸ NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *Gior. dir. lav. rel.ind.*, 2004, p. 603, a proposito della tecnica di rinvio alla contrattazione collettiva da parte della legge osserva come vi sia una sostanziale continuità con l'assetto ormai tradizionale del nostro diritto sindacale. In altra sede, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Lecce 27/5/05)*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 299, lo stesso autore sostiene che, in materia di partecipazione, la difficoltà di riprodurre nell'ordinamento interno norme di dettaglio tramite il ricorso a disposizione legali favorisce l'utilizzo di una tecnica basata su un mix di norme di legge e di contratto.

⁴⁰⁹ Secondo LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitario*, Milano, Giuffrè, 1999 p. 223, <nella misura in cui la contrattazione collettiva viene espressamente inclusa dal Trattato nel novero delle misure idonee a mettere in atto le direttive sulla base dello stesso adottate, essa diviene, in primo luogo, per l'ordinamento giuridico comunitario, uno strumento di attuazione del diritto derivato>. La valutazione potrebbe acquisire maggiore rilievo sulla base dei recenti sviluppi del diritto comunitario.

⁴¹⁰ V., però, GUARRIELLO, *Il ruolo delle parti sociali nell'attuazione e nella produzione del diritto comunitario*, in *Europa e diritto privato*, n. 1, p. 243, la quale mette in rilievo come, delegare la contrattazione collettiva ad attuare una direttiva comunitaria potrebbe implicare <il rischio di una deriva funzionalistica della contrattazione collettiva nazionale> giacché <l'autonomia collettiva non è libera ad adattare a piacimento le prescrizioni, essendo vincolata al rispetto dello spirito e della lettera delle stesse (disposizioni comunitarie n.d.a.), nonché dei principi generali di diritto comunitario, di cui è tenuta a rispettare il primato>.

della quale è portatrice la contrattazione collettiva, è prefigurare la commissione come un organismo paritetico con una duplice funzione, una compositiva⁴¹¹ e l'altra di amministrazione delle regole, regole, peraltro, che essa stessa dovrà individuare. Quanto alla sede della sua collocazione - sulla scia delle valutazioni già fatte in merito ai requisiti di validità della clausola di esenzione dal dovere di informazione- la collocazione migliore sembrerebbe quella aziendale.

Un'ultima osservazione riguarda la qualità dell'attività che è delegata alla Commissione. Se l'attività <normativa> della Commissione è finalizzata, come sembra, al pieno adempimento degli obblighi informativi posti con la direttiva comunitaria, il raggiungimento della <concreta determinazione>, delle esigenze tecniche, organizzative e produttive non potrebbe essere solo eventuale. Questa riflessione farebbe sospettare che gli adempimenti posti in capo alla Commissione, siano prefigurabili nella categoria dell'obbligo a contrarre. In via esegetica, la supposizione potrebbe trovare implicita conferma dalla lettura del comma 5° art. 4, articolo che pone le regole in tema di consultazione: sebbene scopo palese di questo istituto non sia la concreta determinazione di alcuna condizione, il legislatore finalizza il suo svolgimento alla ricerca di un accordo sulle decisioni del datore di lavoro.

5.3. I parametri di valutazione della legittimità del segreto

L'ultimo punto su cui riflettere, al fine di giungere ad una maggiore consapevolezza dei limiti all'interno dei quali può operare il diritto al silenzio del datore di lavoro, riguarda i parametri valutativi contenuti nella previsione di chiusura di cui al comma 2° art. 5. In questa, il legislatore richiede che <le comprovate esigenze tecniche, organizzative e produttive> siano di natura tale da creare <notevoli difficoltà al funzionamento dell'impresa o da arrecarle danno>. La disposizione, di diretta emanazione comunitaria, è indice di attenzione nei confronti del bilanciamento di interessi fra il datore di lavoro ed i lavoratori; attenzione, peraltro, che già trovava riscontro nella nostra normativa codicistica. Il testo dell'art. 2105 c.c., infatti, pur non suggerendo la diversificazione di contenuto tra il segreto e la riservatezza⁴¹², autorizza la diversa estensione del divieto, correlandola ad un'indagine sui fatti⁴¹³. Poste queste premesse, bisogna verificare se le due norme autorizzino una lettura diversificata degli obblighi.

In primo luogo, si deve ricordare che, in maniera esplicita, sono escluse dall'obbligo di segreto, ex art. 5 d. lgs. n. 25/07, tutte quelle informazioni rientranti nei diritti di informazione di cui alla l. 428/90 (e successive modifiche) ed in quelli derivanti dalla l. 223/91. Queste previsioni, che non contengono nessuna clausola di segreto⁴¹⁴, come si ricorda, sono state, esplicitamente, mantenute in vita ex art. 8 d. lgs. n. 25/07. In via generale, la tradizionale attenzione nei confronti del temperamento dei diritti, trova specifico rafforzamento nella disposizione di cui al c. 2° art. 1 d. lgs. n. 25/07: <le modalità di informazione... sono stabilite dal contratto collettivo... -recita la

⁴¹¹ La Commissione, si ricorda, è anche sede di conciliazione per le contestazioni relative alla natura riservata delle informazioni sui cui v. *infra* p.105.

⁴¹² MATTAROLO, *op. cit.*, p. 155 ricorda come il testo dell'art. 2105 c.c. non contenga alcun riferimento ai termini di <riservatezza> e <segreto> e come la dottrina, possa o non possa, differenziare i loro significati.

⁴¹³ L'indeterminatezza della norma codicistica sposta l'attenzione dell'interprete verso la dimensione teleologica, in questo senso v. GRAGNOLI, *op.cit.*, p. 197.

⁴¹⁴ Nello stesso senso, anche se con motivazioni differenti v. CORTI, *Il caso della società europea, op. cit.*, p. 1470 nota 398.

norma- in modo tale da garantire in ogni modo l'efficacia dell'iniziativa, attraverso il contemperamento degli interessi dell'impresa con quelli dei lavoratori e la collaborazione tra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori⁴¹⁵. Alla luce di quanto sopra detto, anche le difficoltà od i danni, che i lavoratori potrebbero subire nel caso in cui fossero negate loro delle informazioni, devono essere valutati al pari delle difficoltà ovvero dei danni che si ripercuoterebbero nell'area datoriale.

Se lo spirito all'interno del quale ricostruire l'ambito oggettivo di applicazione, sia della norma codicistica sia di quella di derivazione comunitaria, sembra analogo, una conclusione differente riguarda l'intensità delle conseguenze che le informazioni devono provocare per essere legittimamente taciute. In base alla disposizione di cui all'art. 2105 c.c., il diritto al segreto si configura nell'ipotesi in cui l'uso delle informazioni possa arrecare pregiudizio. Alla nozione di pregiudizio, di cui all'art. 2105 c.c., si contrappone quella di danno; condizione richiesta ex art. 5 d. lgs. n. 25/07, per assicurare legittimità al diritto di segreto del datore di lavoro. Se è vero, come suggerisce la dottrina⁴¹⁶, che la nozione di pregiudizio è più ampia di quella di danno - in quanto contenente anche i danni potenziali - la normativa del 2007, di derivazione comunitaria, restringendo le ipotesi di silenzio, avrebbe rafforzato la tutela degli obblighi di informazione⁴¹⁷.

Norma di chiusura per la verifica della liceità delle omesse comunicazioni è l'art. 41 Cost.⁴¹⁸, interpretabile, come ci ricorda Carinci, quale diritto soggettivo di libertà⁴¹⁹. Decisivo, quindi, al fine di definire i termini entro i quali poter attuare il bilanciamento tra tutti gli interessi costituzionalmente protetti, è ricostruire la portata del nucleo ineliminabile della norma: la tutela del datore di lavoro nei confronti della concorrenza, sembra potere ricoprire questo ruolo⁴²⁰. Il silenzio del datore di lavoro sarà, quindi, da considerarsi legittimo, nel caso in cui la comunicazione delle informazioni possa ledere proprio quel diritto. Questa scelta interpretativa, pur ritenendosi, in generale, valida, acquista particolare valore con riferimento all'interpretazione di una norma di derivazione comunitaria; ordinamento che ben conosce e tutela proprio la libertà di concorrenza e che, parrebbe porre, proprio il pericolo di violazione del diritto di concorrenza, quale limite (anche) al godimento di diritti in materia di politica sociale⁴²¹.

⁴¹⁵ Anche MINERVINI, *Dall'informazione alla partecipazione*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 71, ritiene che il lavoratore non sia estraneo all'impresa e, di conseguenza, non siano opponibili allo stesso limitazioni in nome del riserbo.

⁴¹⁶ MATTAROLO, *op. cit.*, p. 198 ricorda che sovente la dottrina <ritiene la fattispecie vietata dall'intero art. 2105 c.c. come non di danno ma di mero pericolo>.

La disposizione di derivazione comunitaria, inoltre, differentemente da quanto è contenuto nella norma codicistica, non fa differenza, quanto agli effetti dannosi, tra l'uso, ovvero la divulgazione di informazioni.

⁴¹⁷ Vero è che la dottrina riconosce, quale alleggerimento delle obbligazioni la c.d. <giusta causa di rivelazione>; cioè la possibilità che una notizia venga legittimamente diffusa ovvero utilizzata sulla base di una valutazione che compari la meritevolezza dei due interessi (riservatezza/diffusione) protetti, in tal senso v. A. PERULLI, *op. cit.*, p. 385; MINERVINI, *op. cit.*, p. 75.

⁴¹⁸ V., però, GRAGNOLI, *op. cit.*, p. 47, che sembra ricavare dall'art. 41 solo un limite indiretto.

⁴¹⁹ Cfr., in questo senso, M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, Cedam, 2005, p. 110.

⁴²⁰ Non si ignora che le interpretazioni di questo delicato nodo lavoristico sono molteplici e differenziate. Sintoniche con l'interpretazione proposta ICHINO, *op. cit.*, p. 209; A. PERULLI, *op. cit.*, p. 384. Esprimono opinioni differenti GRAGNOLI, *op. cit.*, p. 52, nonché M.T. CARINCI, *op. cit.*, p. 128 i quali evidenziano la portata più estesa dell'obbligo dovendo ricomprendere anche altre ipotesi (Gragnoli) ovvero anche <la tutela e la protezione dell'organizzazione necessaria a realizzare> l'interesse dell'azienda.

⁴²¹ Si ricorda, ad esempio, la pronuncia della CGE nel caso *Albany* (causa C-67/96).

Da ultimo, una tutela <minimale> degli interessi datoriali sembra, pure, giustificata dalla natura dei diritti di informazione (anche) quali diritti di libertà sindacale. Questa qualificazione, già possibile in precedenza⁴²², trova decisiva conferma nell'attribuzione alla contrattazione collettiva, da parte dalla norma di legge⁴²³, della competenza negoziale in materia.

6. La <privacy> delle persone giuridiche

Il richiamo alla disciplina, di cui al decreto legislativo n. 196/2003, quale regolamentazione applicabile, costituisce la norma di chiusura delle previsioni in materia di informazione. L'introduzione di questa disposizione⁴²⁴ pone dei problemi di coordinamento tra la norma comunitaria e le generali disposizioni di cui alla normativa di tutela dei dati personali.

La letteratura non lavoristica che si è occupata della materia perviene, in linea di massima, a conclusioni più restrittive in relazione sia al diritto di riservatezza, sia a quello al segreto⁴²⁵. Fin dal 1974 Rodotà⁴²⁶, ad esempio, rilevava la tendenza, che ha poi costituito una delle linee guida, ad una <progressiva riduzione dell'area del segreto e di una progressiva liberalizzazione dell'informazione economica riguardante le organizzazioni produttive, con un corrispondente ridimensionamento della privacy in questo settore>. La dottrina successiva, sintonicamente, non ha cessato di prospettare, specie per quanto riguarda le società di capitali, l'incongruenza tra le disposizioni in materia di riservatezza e quelle in tema di trasparenza⁴²⁷. Questa perplessità si ripercuote sensibilmente sulle materie che possono divenire oggetto del divieto di informazione, circoscrivendone molto la portata. Il risultato di questa operazione interpretativa, prevalentemente, va nel senso di negare che la sottoposizione delle persone giuridiche ad un regime generale possa costruirsi sulla tutela dei segreti di impresa, ovvero sulle regole che mirano alla repressione dell'*insider trading*⁴²⁸. La conclusione sembra ancora attuale nonostante che l'art. 1 del decreto legislativo del 2003 equipari, completamente (a differenza di quanto contenuto nell'art. 1 l. 675/96)⁴²⁹ le persone fisiche e quelle giuridiche, in relazione al diritto alla protezione.

⁴²² Sul punto, per tutti, cfr. ICHINO, *op. cit.*, p. 190.

⁴²³ Interessante è la ricostruzione fatta da TROJSI, *La partecipazione sindacale alle informazioni dell'impresa, in Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 368, in merito ai limiti al diritto di informazione; oltre agli artt. 41 e 39 Cost., individua quale principio costituzionale da tutelare anche l'art. 46.

⁴²⁴ Come già detto, l'introduzione di questa previsione non costituisce una novità assoluta, giacché è presente anche nel coevo d. lgs. n. 48/2007 (che recepisce la direttiva in materia di società cooperativa europea). Sottolinea il merito della direttiva in quanto ha veicolato l'introduzione del problema della *privacy* del datore di lavoro negli ordinamenti, TROJSI, *op. cit.* p. 368.

⁴²⁵ In questo senso cfr. MATTAROLO, *op. cit.*, p.180.

⁴²⁶ V. RODATA', *La "privacy" tra individuo e collettività*, in *Pol. Dir.*, 1974 p. 545.

⁴²⁷ In ambito giuslavoristico, ad esempio, ICHINO, *op. cit.*, p. 170, anche se in un contesto giuridico ben differente, non ritiene che possa sussistere un diritto assoluto alla riservatezza per quanto inerisce <la pretesa altrui di conoscere fatti interni di cui agli spazi privati di cui persone giuridiche e imprenditori sono titolari>. Riporta i limiti della riservatezza al rispetto dei principi in materia di trasparenza, tutelata dall'art. 41 Cost., FUSARO, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, Padova, Cedam, 2002, p. 205, nonché ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. Dir.civ.*, 2002, I, p.851.

⁴²⁸ In tal senso cfr. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 854.

⁴²⁹ L'art. 1 della l. 675/96 affermava, ma in un inciso, il principio della garanzia dei diritti delle persone giuridiche.

Vale la pena di citare, però, una corrente di pensiero che, sulla scia della dottrina tedesca, attribuisce alle persone giuridiche una tutela funzionalistica⁴³⁰; strumentale, cioè, alla realizzazione degli scopi per i quali la stessa è stata creata. Nel caso delle persone giuridiche con fini di lucro, lo scopo che, tramite la tutela della riservatezza si dovrà proteggere, sarà quello alla conservazione della posizione acquisita nel mercato. Norma costituzionale cui ricondurre la tutela, in questo caso, diventa l'art. 41. E la lettura che, in via prevalente, la dottrina commercialistico dà dell'estensione dell'ambito di tutela (alla luce di un'operazione di bilanciamento degli interessi presenti nella norma costituzionale), fa coincidere la *privacy* protetta con l'obbligo di rispettare la dimensione concorrenziale della persona giuridica⁴³¹.

⁴³⁰ V. FICI - RESTA, *La tutela dei dati degli enti collettivi: aspetti problematici*, in *Diritto alla riservatezza e alla circolazione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2003; ZOPPINI, *op. cit.*, p. 407.

⁴³¹ Frignani, voce, *Segreti di impresa*, in *Digesto? Ed., Disc. Civ. Sez. comm.*, Torino, 1996, p. 334.

Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*

Stefano Giubboni

“Le norme distributive richiedono, oltre a una base di riferimento e a una prospettiva temporale [...], anche una popolazione o una comunità di riferimento, e cioè che si stabilisca non solo su cosa ci si confronta ma anche con chi ci si confronta [...]

Partendo da queste premesse ci sembra si possa concludere che una teoria della giustizia distributiva debba comprendere anche una serie di regole riguardanti le procedure per la determinazione dei confini”.

E. SOMAINI, *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi*, Roma, 2002, pp. 323 e 371

“Oggi è necessaria la solidarietà con coloro che sono diversi, che sono stranieri, la solidarietà oltre i confini del gruppo, della comunità”.

R. ZOLL, *La solidarietà. Eguaglianza e differenza*, trad. it., Bologna 2003, p. 9

1. Introduzione.	91
2. Libera circolazione e protezione sociale dei cittadini europei economicamente non attivi.	94
3. Libertà di circolazione e aiuti al mantenimento degli studenti.	100
4. L'accesso transfrontaliero al welfare dei soggetti in cerca di occupazione e dei disoccupati.	105
5. Le tensioni tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e il diritto derivato.	110
6. Una valutazione “costituzionale” della giurisprudenza della Corte di giustizia.	114
7. Conclusioni.	117

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 62/2008

1. Introduzione.

Al loro apparire col Trattato di Maastricht le norme sulla cittadinanza dell'Unione suscitarono come noto – con poche eccezioni – una tiepidissima accoglienza da parte dei commentatori. Costruita come istituto complementare e meramente aggiuntivo rispetto alla cittadinanza nazionale – come si sarebbe premurato di precisare, senza che ve ne fosse reale bisogno⁴³², l'art. 2 del Trattato di Amsterdam –, la cittadinanza dell'Unione apparve anche agli osservatori più benevoli come un semplice consolidamento di situazioni giuridiche soggettive già riconosciute dall'ordinamento comunitario, uno *status* riassuntivo di diritti per lo più già presenti nel sistema, e per il resto di modesto rilievo concreto, che assai difficilmente avrebbe potuto assolvere a quella funzione di rilegittimazione (pur solo) simbolica delle appannate istituzioni comunitarie, sulla quale in definitiva puntavano, con la sua introduzione, i revisori dei trattati⁴³³.

La critica più ricorrente era che la cittadinanza dell'Unione – centrata com'era (e com'è) sulla libertà di circolazione dell'individuo nello spazio comunitario – non riusciva a spogliarsi del suo retaggio mercantile e ad affrancarsi dal modello del *market citizen*, da sempre dominante nella costruzione comunitaria⁴³⁴. Depotenziata alla nascita sul terreno che le sarebbe stato proprio, in quanto sostanzialmente priva di un autentico significato e contenuto politico, essa finiva anzi per riaffermare la centralità del paradigma dell'attore economico, appunto del "cittadino di mercato", senza neppure promettere una autentica universalizzazione della libertà di circolazione e soggiorno all'interno degli Stati membri. Anche su tale piano, infatti, per quanto la Commissione europea si sforzasse di instillare un certo ottimismo sulle sue potenzialità⁴³⁵, erano in pochi a ritenere che i limiti posti dal diritto derivato – quali espressamente ribaditi dal trattato⁴³⁶ – potessero realmente consentire di superare le tradizionali, nette demarcazioni funzionali (tra soggetti economicamente attivi e non) nell'accesso alla libertà di circolazione ed ai diritti ad essa associati nello Stato ospitante.

⁴³² La precisazione, ridondante sul piano giuridico, servì soprattutto a "fugare le ansie dei danesi", tra i più preoccupati nel difendere la piena sovranità degli Stati membri nella definizione dei modi di acquisto della cittadinanza nazionale (e, quindi, di quella europea). La citazione è tratta da C. PINELLI, *Cittadinanza europea*, in corso di pubblicazione in *Enc. dir. (Aggiornamento)*, p. 6 del dattiloscritto.

⁴³³ J. H. H. WEILER, *European citizenship and human rights*, in J. WINTER (ed.), *Reforming the Treaty on the European Union – The Legal Debate*, The Hague, London, Boston, 1997, pp. 57 ss., spec. p. 65, non risparmiò un giudizio sarcastico alla innovazione (che la vulgata attribuisce alla insistenza dell'allora primo ministro spagnolo Felipe Gonzales per compensare sul piano simbolico il cupo volto monetaristico del Trattato di Maastricht), definendola, almeno sotto tale profilo, come un "cinico esercizio di pubbliche relazioni fra le Alte Parti contraenti". È noto peraltro come la visione del prestigioso autore sia decisamente più articolata e positiva di quanto lasci intendere tale fulminante giudizio, fondando egli sulla cittadinanza dell'Unione la possibilità concreta di ricostruire ed in qualche modo di re-inventare lo stesso modo di intendere il senso dell'appartenenza alle comunità nazionali, che le istanze di civilizzazione europea spingono a spogliare degli elementi di chiusura etno-culturale per aprire ad una visione di appartenenza multipla, aperta, transnazionale. V. almeno J. H. H. WEILER, *European citizenship – Identity and differentity*, in M. LA TORRE (ed.), *European Citizenship. An Institutional Challenge*, The Hague, London, Boston, 1998, pp. 1 ss.; ID., *To be a European citizen*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998, pp. 1067 ss.

⁴³⁴ Cfr. solo M. EVERSON, *The legacy of the market citizen*, in J. SHAW, G. MORE (eds.), *New Legal Dynamics of European Integration*, Oxford, 1995, e da ultimo, in un'ottica retrospettiva, M. BELL, *Civic citizenship and migrant integration*, in *European Public Law*, 2007, pp. 311 ss., spec. p. 313.

⁴³⁵ Cfr. ad esempio COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Seconda relazione della Commissione sulla cittadinanza dell'Unione*, COM(97) 230 definitivo, del 27 maggio 1997, spec. p. 15.

⁴³⁶ V. l'attuale art. 18, par. 1, del Trattato CE.

Oggi, guardando col senno del poi alle potenti innovazioni interpretative introdotte dalla giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla fine degli anni Novanta dello scorso secolo, si fa persino fatica a comprendere le ragioni di tanta sottovalutazione delle potenzialità racchiuse negli attuali articoli 17 e 18 del Trattato CE. La Corte di giustizia ci ha a tal punto abituati al suo ruolo di “giudice artista” – forgiatore di una dimensione autenticamente europea, capace di aprire “ai cittadini migliori orizzonti, senza voltare le spalle alla realtà né alle situazioni concrete”, come è giunto di recente a scrivere l’avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer⁴³⁷ – che risulta in effetti difficile spiegare le ragioni di tanta cautela e di tanto scetticismo nella prima lettura delle norme sulla cittadinanza dell’Unione⁴³⁸.

La Corte ha dato ragione – oltre ogni ragionevole attesa – a quanti (in pochi, in verità) scommettevano sulle capacità auto-propulsive di rigenerazione e cambiamento istituzionale che dovevano reputarsi implicite in quelle fragili disposizioni⁴³⁹. Il “potenziale trasformativo” dell’istituto cautamente disegnato da tali norme – da marginale quale era percepito agli inizi degli anni Novanta – ha prepotentemente occupato il centro della scena, e ora può ben affermarsi che la “cittadinanza europea costituisce un esperimento unico nella estensione dei legami sociali e politici oltre i confini nazionali”⁴⁴⁰.

Da quando in particolare la Corte ha riconosciuto, a quello di cittadino dell’Unione, la natura di “*status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico”⁴⁴¹, gli effetti degli artt. 12 e 18 del Trattato CE sulle forme di accesso transfrontaliero ai sistemi di protezione sociale si sono amplificati sino al punto di mettere in discussione, e forse in crisi irreversibile, i tradizionali confini nazionali di tali sistemi. Lo *status* di cittadino dell’Unione esige infatti – come ancora affermato dalla Corte nella sentenza *Grzelczyk*⁴⁴² – “una certa solidarietà finanziaria dei cittadini di [uno] Stato con quelli degli altri Stati membri, specie quando le difficoltà cui va incontro il beneficiario del diritto di soggiorno sono di carattere temporaneo”.

Questo contributo si propone di ricostruire criticamente il tortuoso percorso seguito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per giungere ad un tale – ancora instabile – approdo. La rassegna critica della giurisprudenza della Corte – dalla celebre sentenza *Martínez Sala*⁴⁴³ agli ultimi

⁴³⁷ Nelle conclusioni presentate il 20 marzo 2007 nelle cause riunite C-11/06 e C-12/06, *Rhiannon Morgan contro Bezirksregierung Köln e Iris Bucher contro Landrat des Kreises Düren*, al par. 1.

⁴³⁸ Neppure chi scrive si è sottratto ad un tale esercizio di lettura critica: v. S. GIUBBONI, *Libertà di circolazione e protezione sociale nell’Unione europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, pp. 81 ss.

⁴³⁹ V., anche per gli opportuni riferimenti, D. KOSTAKOPOULOU, *Ideas, norms and European citizenship. Explaining institutional change*, in *Modern Law Review*, 2005, pp. 233 ss.

⁴⁴⁰ Così ancora D. KOSTAKOPOULOU, *European Union citizenship: writing the future*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 623 ss., qui p. 624.

⁴⁴¹ Corte di giustizia CE, 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Rudy Grzelczyk contro Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve*, al punto 31.

⁴⁴² Ivi, al punto 44.

⁴⁴³ Corte di giustizia CE, 12 maggio 1998, causa C-85/96, *Martínez Sala contro Freistaat Bayern*.

arresti – servirà soprattutto per riflettere su quello che, in effetti, appare come uno dei più spettacolari e controversi esiti di questa lunga e rinnovata stagione di attivismo giudiziale: niente di meno che la emersione – come suggerito da taluni⁴⁴⁴ – di un nuovo paradigma di solidarietà sociale, finalmente proiettato su scala pan-Europea, con la necessaria ridefinizione dei confini dei sistemi nazionali di *welfare* e dei criteri di appartenenza alle comunità di redistribuzione cui essi danno vita.

Non si vuole ovviamente dire che il progetto comunitario fosse del tutto estraneo, prima di tale svolta giurisprudenziale, ad una qualche forma di condivisione solidaristica tra i cittadini degli Stati membri. In questo senso è giusto ricordare che almeno taluni degli attuali “resoconti degli sviluppi della cittadinanza dell’Unione non restituiscono adeguatamente le ragioni delle origini e della espansione della stessa”, e che i diritti dei cittadini europei hanno “un’origine politica”⁴⁴⁵. La disciplina in materia di libertà di circolazione dei lavoratori – stabilizzatasi già nel 1968 con la notissima previsione del regolamento n. 1612 in materia di “vantaggi sociali” – si è sempre retta sul binomio tra libertà di accesso al mercato del lavoro e completa parità di trattamento nello Stato membro ospitante in pressoché tutte le sfere di vita sociale della persona.

È tuttavia indubbio che la giurisprudenza dell’ultimo decennio sugli artt. 12 e 18 del trattato sposti molto più in avanti – e ben oltre quanto poteva attendersi dalla formulazione letterale delle norme sopranazionali, primarie e secondarie – l’ambito di applicazione di tale binomio tra parità di trattamento e solidarietà⁴⁴⁶, riferendolo a tutti i cittadini dell’Unione per il solo fatto della condivisione di tale “*status fondamentale*”. L’evocata emersione – nei limiti che saranno criticamente analizzati nel prosieguo – di un nuovo paradigma di solidarietà sociale rintraccia così il proprio elemento qualitativo di innovazione nella vocazione inclusiva del concetto, nella sua proiezione oltre la sfera dei tradizionali destinatari delle libertà economiche del trattato. È per questo che nella trattazione che segue si focalizzerà l’attenzione sui diritti di circolazione e soggiorno, e sui correlati titoli di accesso alla protezione sociale, riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte ai soggetti che non svolgono, o hanno cessato di svolgere, un ruolo attivo nel mercato del lavoro o dei servizi: a partire, quindi, dalla categoria “residuale” dei cittadini comunitari già destinatari della direttiva 90/364/CEE⁴⁴⁷.

Questa giurisprudenza – che solo in parte il legislatore sopranazionale ha codificato in occasione della recente revisione dei principali strumenti di diritto derivato in materia⁴⁴⁸ – è fonte di irrisolte tensioni interpretative. I rapporti tra gli esiti interpretativi cui giunge la giurisprudenza della Corte

⁴⁴⁴ Cfr. ad esempio, seppur nell’ambito di un approccio parzialmente critico, O. GOLYNKER, *Jobseekers’ rights in the European Union: challenges of changing the paradigm of social solidarity*, in *European Law Review*, 2005, pp. 111 ss., nonché, ma in un’ottica essenzialmente adesiva rispetto agli orientamenti della Corte, H. VERSCHUEREN, *European (internal) migration law as an instrument for defining the boundaries of national solidarity systems*, in *European Journal of Migration and Law*, 2007, pp. 307 ss.

⁴⁴⁵ W. MAAS, *The genesis of European rights*, in *Journal of Common Market Studies*, 2005, p. 1009.

⁴⁴⁶ V. in questi termini anche BELL, *Civic citizenship*, cit., p. 313 (secondo cui lo *status fondamentale* di cittadino europeo è stato appunto modellato dalla Corte “intorno ai principi gemelli di eguaglianza e solidarietà”), il quale è testualmente ripreso da M. ROSS, *Promoting solidarity: from public services to a European model of competition?*, in *Common Market Law Review*, 2007, pp. 1057 ss., sul punto p. 1065.

⁴⁴⁷ V. *infra*, § 2-4.

⁴⁴⁸ Ci si riferisce, evidentemente, alla direttiva 2004/38/CE ed al coevo regolamento n. 833 del 2004, quest’ultimo, peraltro, non ancora in vigore nella perdurante assenza delle disposizioni di attuazione.

ed i contenuti espliciti del diritto derivato – in particolare della direttiva 2004/38/CE e dei regolamenti nn. 1408/71 e 1612/68 – sono invero tutt'altro che chiari e definiti⁴⁴⁹.

E soprattutto, l'intera giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo appare percorsa da una forte tendenza a varcare gli stessi confini dell'attuale assetto normativo comunitario, in una dialettica che mette in crescente tensione il ruolo della Corte di giustizia e quello del legislatore, sia europeo e che nazionale. In questo senso, tale giurisprudenza riveste – come è stato ben osservato – un'evidente valenza costituzionale⁴⁵⁰, laddove – assieme a nuovi paradigmi di solidarietà sociale europea – lascia intravedere l'affermarsi di un ruolo molto più incisivo della Corte di giustizia, che pare decisa a difendere le prerogative riconosciute dal trattato al cittadino dell'Unione ben oltre quanto parrebbe disposto a concedere il legislatore sopranazionale⁴⁵¹.

Alle delicate questioni poste da tale dialettica saranno dedicate le riflessioni critiche conclusive di questo scritto.

2. Libera circolazione e protezione sociale dei cittadini europei economicamente non attivi.

La direttiva 90/364/CEE⁴⁵², che per prima introdusse nell'ordinamento comunitario un diritto di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione che, non esercitando né avendo svolto alcuna attività economica, non beneficiassero delle libertà già riconosciute dal trattato istitutivo, operò come noto con estrema cautela questo allargamento della libertà di movimento nello spazio europeo. Il prioritario interesse degli Stati membri ad evitare che siffatta estensione potesse comportare indebite pressioni sui rispettivi sistemi di *welfare* si concretizzò infatti nella introduzione di una rigorosa condizione di risorse – una sorta di “*means test* rovesciato”⁴⁵³ –, consistente nella subordinazione del diritto di residenza del cittadino economicamente inattivo ad un duplice requisito: da un lato, alla titolarità di risorse economiche sufficienti e tali, in particolare, da evitare che il soggetto potesse diventare un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante; dall'altro, alla disponibilità di una assicurazione che garantisse la completa copertura contro il rischio di malattia.

Erano sin troppo evidenti i limiti intrinseci ad una siffatta soluzione, che istituzionalizzava una palese disparità di trattamento, introducendo a ben vedere due diversi diritti di cittadinanza⁴⁵⁴, molto distanti tra di loro quanto a contenuti: da un lato quello dei soggetti economicamente attivi, cui si riconosceva un pieno titolo di accesso ai sistemi di protezione sociale degli Stati membri, sul presupposto del loro contributo allo sviluppo economico del paese ospitante; e dall'altro

⁴⁴⁹ V. il § 5.

⁴⁵⁰ V. M. DOUGAN, *The constitutional dimension to the case law on Union citizenship*, in *European Law Review*, 2006, pp. 613 ss.

⁴⁵¹ V. il § 6.

⁴⁵² Oggi come noto abrogata e sostituita dalla citata direttiva 2004/38/CE. Per un raffronto tra vecchia e nuova disciplina v., per tutti, M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006 (seconda ed.), cap. I.

⁴⁵³ M. FERRERA, *Towards an “open” social citizenship? The new boundaries of welfare in the European Union*, in G. DE BÚRCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford, 2005, pp. 11 ss., qui p. 31.

⁴⁵⁴ Di “due cittadinanze” parla, con forti accenti critici, J-M. BELORGEY, *La protection sociale dans une union de citoyens*, in *Droit social*, 1998, pp. 159 ss., spec. p. 160.

quello dei cittadini che, non esercitando una libertà economica, erano per contro esclusi, in principio, dalla possibilità di accesso *cross-border* ai circuiti di solidarietà sociale nazionale, in una logica più vicina a quella delle *poor laws* che non a quella descritta da Marshall come tipica della moderna cittadinanza sociale⁴⁵⁵. La direttiva si ispirava in ciò ad un'etica vittoriana appena aggiornata alla nuova dimensione europea, alla cui stregua “le persone che non sono attivamente impegnate nella vita economica hanno il dovere di provvedere alle loro necessità assumendosene *in toto* la responsabilità, senza godere di alcun titolo all'assistenza pubblica nello Stato di residenza”⁴⁵⁶.

I limiti e le condizioni previsti dalla direttiva sembrarono d'altra parte pienamente ribaditi e legittimati *ex post* dalla restrittiva formulazione con la quale lo stesso Trattato di Maastricht aveva codificato il diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini europei. In tal senso venne infatti per lo più interpretata la formula d'espressa salvezza delle limitazioni e delle condizioni previste dal trattato medesimo o dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso, contenuta nell'art. 18, par. 1, del Trattato CE. Ed avrebbe del resto ben potuto leggersi nello stesso senso pure l'espressa previsione secondo cui i cittadini dell'Unione – oltre che godere dei diritti – sono soggetti ai corrispondenti doveri previsti dal trattato medesimo (art. 17, par. 2). Formula indubbiamente generica e vuota di contenuti determinati – visto che “nel trattato non vi è neanche l'ombra di doveri nei confronti dell'Unione”⁴⁵⁷ –, ma che non sembra inesatto associare all'assolvimento degli oneri condizionanti l'esercizio del diritto di libera circolazione all'interno della Comunità, quale prima e fondamentale posizione giuridica attiva dei cittadini europei.

Il quadro che si dipanava agli inizi degli anni Novanta dello scorso secolo, sulla base di un coordinamento forse sin troppo facile del testo della direttiva e delle disposizioni del trattato, appariva dunque sufficientemente chiaro: “diritto di soggiorno e di parità di trattamento sono un privilegio riservato a quanti possono permetterselo, senza troppe preoccupazioni per i diritti di quanti, invece, non possono”⁴⁵⁸. Se questo è il senso del compromesso politico originariamente voluto e divisato dal trattato e dal legislatore comunitario, non può esserci dubbio, allora, che, già con l'interpretazione “radicale”⁴⁵⁹ del principio di eguaglianza accolta in *Martínez Sala*⁴⁶⁰, la Corte di

⁴⁵⁵ È lo stesso T. H. MARSHALL a ricordare, nella sua seminale opera *Cittadinanza e classe sociale* (che cito nella versione italiana curata da S. Mezzadra, Roma e Bari, 2002), come il sistema delle *poor laws* riformate dalle legge del 1834 comportasse in pratica, per gli indigenti, la rinuncia “al diritto civile della libertà personale” (p. 26), ed in particolare della libertà di circolazione nel territorio nazionale, rinnegando così nei fatti quel principio di completa uguaglianza di *status* sul quale si regge l'uniforme riconoscimento della moderna cittadinanza (p. 37). Pur nella consapevolezza dell'indubbia forzatura del paragone con la situazione dell'Inghilterra della metà dell'Ottocento, non può tuttavia negarsi un certo parallelismo con il quadro disegnato dalla direttiva del 1990, nella misura in cui lo stato di indigenza del cittadino europeo, col ricorso all'assistenza sociale nello Stato membro ospitante, autorizza quest'ultimo a rispedirlo nel paese d'origine. Il paragone è ad ogni modo convincentemente proposto da S. LEIBFRIED, *Towards a European Welfare State? On integrating poverty regimes into the European Community*, in C. JONES (ed.), *New Perspectives on the Welfare State in Europe*, London, New York, 1993, pp. 133 ss., spec. p. 145.

⁴⁵⁶ C. TOMUSCHAT, nella sua nota di commento alla già ricordata sentenza *Martínez Sala*, in *Common Market Law Review*, 2000, pp. 449 ss., qui p. 455.

⁴⁵⁷ PINELLI, *Cittadinanza europea*, cit., p. 6 del dattiloscritto; per la sottolineatura dell'assenza di doveri a carico del cittadino europeo nel trattato v. anche S. BESSON, A. UTZINGER, *Introduction: Future challenges of European citizenship – Facing a wide-open Pandora's box?*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 573 ss., spec. p. 577.

⁴⁵⁸ DOUGAN, *The constitutional dimension*, cit., p. 624.

⁴⁵⁹ TOMUSCHAT, *op. cit.*, p. 457.

⁴⁶⁰ *Supra*, nota 12.

giustizia mostri di voler superare ogni retaggio vagamente vittoriano ed esplicitamente mercantile della neonata cittadinanza dell'Unione⁴⁶¹ e di "prendere sul serio" i diritti estraibili dal combinato disposto degli artt. 12 e 18 del Trattato CE.

I segni della rottura di quel compromesso sono in effetti tutti presenti in *Martínez Sala*, che per questo viene usualmente ricordata come il primo precedente della giurisprudenza qui in esame, benché a rigore la fattispecie decisa dalla Corte potesse ancora far propendere per un inquadramento più tradizionale della vicenda e della stessa sentenza⁴⁶². La ricorrente nella causa principale era infatti una cittadina spagnola residente da lungo tempo nella Repubblica federale tedesca, che le aveva più volte riconosciuto il permesso di soggiorno, in un primo tempo in relazione alla attività lavorativa inizialmente svolta nel paese, dove per questo aveva anche goduto di un aiuto sociale. Sennonché, a partire dal 1984 la signora Martínez Sala, che nel frattempo aveva cessato di svolgere un'occupazione stabile, aveva ottenuto soltanto il rilascio di documenti attestanti che era stata presentata domanda di proroga del suo permesso di soggiorno, che non le era stato negato essenzialmente in virtù della adesione dell'ordinamento tedesco alla convenzione europea di assistenza sociale e sanitaria dell'11 dicembre 1953, che ostava alla sua espulsione. Nel 1993 il Freeistat Bayern aveva tuttavia negato alla stessa l'indennità di educazione per il figlio nato in Germania con la motivazione secondo cui la richiedente non era in possesso né della cittadinanza tedesca né di una carta di soggiorno.

La Corte – che in mancanza di sufficienti elementi utili aveva rimandato al giudice del rinvio la questione se la ricorrente nella causa principale potesse essere ancora qualificata come lavoratrice ai sensi dei regolamenti nn. 1612/68 e 1408/71 – era dunque chiamata a giudicare se il diritto comunitario, e segnatamente le norme sulla cittadinanza europea, ostassero a che uno Stato membro potesse esigere, per la concessione di un'indennità per l'educazione dei figli (prestazione familiare qualificabile anche come vantaggio sociale) la esibizione di un regolare documento di soggiorno. La risposta della Corte fu come noto positiva e si basò sulla fondamentale considerazione che un cittadino dell'Unione che risiede legalmente nel territorio dello Stato membro ospitante può avvalersi del principio di parità di trattamento riconosciuto dal trattato in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario⁴⁶³.

La sentenza conteneva un duplice profilo innovativo. In primo luogo la Corte lasciava chiaramente intendere che la nozione di residenza legale, presupposto per l'applicazione dell'attuale art. 12 del Trattato CE, potesse essere integrata anche sulla base del diritto nazionale (nella specie correlato ad obblighi di fonte internazionale dello Stato membro), e non necessariamente del diritto comunitario. In tal modo il raggio di applicazione del principio di parità di trattamento *ex art.* 12 veniva almeno in parte svincolato dalle previsioni sui limiti della libertà di circolazione dei cittadini europei economicamente inattivi posti dal diritto comunitario derivato in attuazione dell'art. 18 dello stesso trattato. Si consumava così una prima, sottile ma già efficacissima forma di capovolgimento interpretativo del rapporto che avrebbe potuto ritenersi *prima facie* esistente tra l'art.

⁴⁶¹ In tal senso, tra i molti, v. più di recente S. WERNICKE, *A nom de qui? The European Court of Justice between Member States, civil society and Union citizens*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 380 ss., spec. p. 385.

⁴⁶² Sul punto, sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, *Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, pp. 617 ss., spec. p. 631.

⁴⁶³ V. il punto 63 della sentenza.

12 e l'art. 18 del Trattato CE, visto che l'applicazione della prima norma non presupponeva che il cittadino comunitario europeo dovesse necessariamente soddisfare i requisiti di accesso alla libertà di circolazione e soggiorno richiamati dalla seconda. In questo ragionamento – come è stato esattamente puntualizzato – “il concetto di soggiorno legale viene sganciato dai requisiti e dalle condizioni cui è soggetto il diritto di risiedere in un altro Stato membro, con la conseguenza che la natura condizionata di tale diritto risulta neutralizzata dal principio di parità di trattamento ex art. 12”⁴⁶⁴.

In secondo luogo la Corte – anche qui con una certa circolarità di ragionamento – definiva in senso ampio il campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario ai fini dell'art. 12 del Trattato CE, impiegando le disposizioni dei regolamenti 1612/68 e 1408/71 con riferimento ad una situazione nella quale le stesse erano, a rigore, inapplicabili, visto che, sulla base degli elementi del giudizio, la ricorrente nella causa principale non poteva essere (almeno direttamente) qualificata come lavoratrice subordinata. E così, sebbene la Corte si avvalga di un procedimento qualificatorio di tipo analitico, nel quale la sussunzione nella sfera applicativa oggettiva del trattato viene comunque fatta dipendere dal riferimento a norme di diritto derivato e, dunque, all'esistenza di una competenza comunitaria, già in *Martínez Sala* la individuazione del campo d'applicazione *ratione materiae* viene resa autonoma da quella della determinazione del campo di applicazione *ratione personae*. È perciò già evidente la tendenza a sfruttare a questi fini qualunque elemento utile di collegamento col diritto comunitario, anche al di là del suo ambito di rilievo formale.

Al di là della opinabilità dei suoi passaggi argomentativi e delle critiche subito suscitate per le indubbie forzature rispetto alla *conventional wisdom* sul rapporto tra la direttiva del 1990 e l'art. 18 del Trattato CE⁴⁶⁵, *Martínez Sala* offriva dunque una base di partenza già molto avanzata nella direzione di un ulteriore consolidamento dei diritti di circolazione e di accesso al *welfare* del cittadino economicamente inattivo. Un primo essenziale tassello in tale direzione è fissato dalla sentenza *Baumbast*⁴⁶⁶, nella quale la Corte afferma che il diritto di soggiorno sul territorio degli Stati membri sancito dall'art. 18 è “riconosciuto direttamente a ogni cittadino dell'Unione da una disposizione chiara e precisa del trattato”⁴⁶⁷.

L'affermazione della efficacia diretta dell'art. 18 del Trattato CE dà definitiva copertura a quella ardita operazione di capovolgimento della prospettiva interpretativa già avviata con *Martínez Sala*. Se il diritto deriva direttamente dal trattato, è infatti evidente che la direttiva 90/364, da fonte di attribuzione della libertà di circolazione e soggiorno, quale doveva essere considerata al momento della sua approvazione, diviene strumento di precisazione delle limitazioni e delle condizioni di esercizio del diritto nei termini consentiti dallo stesso all'art. 18, par. 1, del Trattato CE⁴⁶⁸. Con l'ovvia conseguenza che “l'applicazione delle limitazioni e delle condizioni consentite

⁴⁶⁴ GOLYNKER, *Jobseekers' rights*, cit., p. 120.

⁴⁶⁵ Per una severa critica della fragilità e della circolarità del ragionamento della Corte, v. ancora di recente D. MARTIN, in *European Journal of Migration and Law*, 2006, pp. 231 ss., spec. p. 242.

⁴⁶⁶ Corte di giustizia CE, 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast R. contro Secretary of State for the Home Department*.

⁴⁶⁷ Punto 84 della sentenza.

⁴⁶⁸ In dottrina, sul punto, v. per tutti M. DOUGAN, *The constitutional dimension*, cit., p. 615.

dall'art. 18, n. 1, Trattato CE ai fini dell'esercizio del diritto di soggiorno è soggetta al sindacato giurisdizionale⁴⁶⁹ (e dunque, in buona sostanza, allo scrutinio della Corte alla luce del principio di proporzionalità). Ciò che, a prescindere dai riflessi che avremo modo di analizzare diffusamente nel prosieguo, di per sé comporta che le eventuali limitazioni e condizioni relative a tale diritto "non impediscono che le disposizioni dell'art. 18, n. 1, Trattato CE attribuiscono ai singoli diritti soggettivi che essi possono far valere in giudizio e che i giudici nazionali devono tutelare"⁴⁷⁰.

La diretta invocabilità dinanzi al giudice nazionale del diritto riconosciuto dall'art. 18 del Trattato CE non fa dunque dello stesso una situazione giuridica incondizionata, sottratta, cioè, come tale, ai limiti che la stessa norma primaria richiama e legittima. Ma quei limiti vanno applicati compatibilmente con i principi generali del diritto comunitario e, segnatamente, col principio di proporzionalità.

E così, anche se gli Stati membri possono subordinare il diritto di soggiorno di un cittadino europeo economicamente non attivo alla disponibilità di risorse sufficienti, tale persona può nondimeno fruire del principio di parità di trattamento qualora abbia soggiornato legalmente nel paese ospitante per un certo periodo di tempo o disponga di un titolo di soggiorno dal medesimo rilasciato⁴⁷¹. E ricorrendo dette condizioni, tale persona può avvalersi dell'art. 12 del Trattato CE affinché le sia accordato anche il beneficio di una prestazione di assistenza sociale come il reddito minimo belga.

Allo Stato membro rimane naturalmente la facoltà di accertare che il soggetto che si sia avvalso dell'assistenza sociale non soddisfi più i requisiti cui è subordinato il suo diritto di soggiorno⁴⁷², sino ad adottare – se del caso – una misura di allontanamento dal territorio nazionale. Tuttavia, anche tale misura andrà assunta nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario, non potendo essa mai configurarsi – come nel frattempo chiarito dalla stessa direttiva 2004/38 – come reazione automaticamente scaturente dal ricorso del cittadino dell'Unione all'assistenza

⁴⁶⁹ Punto 86 della sentenza.

⁴⁷⁰ Così ancora al punto 86 della sentenza. Non è inutile ricordare che nel caso sottoposto alla Corte la misura nazionale non riuscì a superare il *test* di proporzionalità. Il diniego dell'esercizio del diritto di soggiorno per effetto dell'applicazione delle disposizioni della direttiva 90/364, sulla base del rilievo che l'assicurazione contro le malattie di cui il signor Baumbast disponeva non avrebbe coperto le cure di pronto soccorso prestate nello Stato membro ospitante, doveva ritenersi, infatti, un'ingerenza sproporzionata nell'esercizio del diritto, tenuto conto del fatto che l'interessato, da un lato, disponeva comunque di risorse sufficienti per sé e la famiglia e, dall'altro, anche successivamente alla cessazione dell'attività lavorativa nel territorio del Regno Unito, non era mai divenuto un onere per le finanze pubbliche del paese d'accoglienza.

⁴⁷¹ V. in tal senso Corte di giustizia CE, 7 settembre 2004, causa C-456/02, *Michel Trojani contro Centre public d'aide sociale de Bruxelles*, che conferma – tra le altre cose – la irrilevanza della natura "comunitaria" o "nazionale" del titolo di soggiorno ai fini della invocabilità nel territorio dello Stato membro, nel quale si risiede legalmente, del principio di parità di trattamento. L'Avvocato generale Geelhoed, nelle sue conclusioni del 19 febbraio 2004, aveva proposto una soluzione decisamente più restrittiva di quella infine accolta dalla Corte, sostenendo che in una fattispecie come quella in discussione – nella quale il ricorrente nella causa principale pacificamente non disponeva delle risorse sufficienti richieste dalla direttiva (v. la nota seguente) – non avrebbe potuto neppure far valere un diritto di soggiorno ai sensi dell'art. 18 del Trattato CE. Una interpretazione, questa suggerita alla Corte dall'Avvocato generale in sintonia con la posizione dei governi intervenuti nel giudizio, evidentemente in contrasto con la ricostruzione dei rapporti tra trattato e direttiva ormai accolta dai giudici di Lussemburgo ai fini della applicazione del principio di parità di trattamento in base alla nazionalità. Per un commento sostanzialmente adesivo alla sentenza v. A. P. VAN DER MEI, *Union citizenship and the "de-nationalisation" of the territorial Welfare State*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, pp. 203 ss.

⁴⁷² Il signor Trojani, cittadino francese accolto presso l'Armée de Salut di Bruxelles, dove svolgeva lavori minori in cambio dell'assistenza da questa ricevuta, aveva fatto nella specie richiesta di erogazione da parte delle competenti autorità belghe del *minimex*.

sociale dello Stato membro ospitante.

Parimenti assoggettato al controllo di proporzionalità è del resto il requisito del possesso di risorse sufficienti nello Stato membro di residenza. In *Chen*⁴⁷³ la Corte ha avuto così modo di precisare che la direttiva 90/364 non contiene alcuna condizione quanto alla provenienza delle risorse sufficienti richieste, non potendosi perciò esigere che queste provengano dal diretto interessato, senza che lo stesso possa avvalersi a tal fine di quelle assicurategli da un familiare che l'accompagna⁴⁷⁴.

L'ultimo sviluppo giurisprudenziale da segnalare in questa sede – ma rilevante, evidentemente, come gli altri, per ogni ipotesi di libera circolazione dei cittadini economicamente non attivi – costituisce un ulteriore corollario, non minore e certo non scontato, della assunzione del diritto riconosciuto dall'art. 18, par. 1, del Trattato CE a libertà fondamentale. Si intende fare riferimento al principio per cui, come per le altre libertà fondamentali riconosciute dal trattato ai cittadini economicamente attivi, anche quella di cui all'art. 18 non vieta soltanto le discriminazioni, palesi od occulte che siano, ma, di massima, anche la frapposizione, da parte degli Stati membri, di ostacoli non discriminatori. Si tratta di uno sviluppo importante, cui la Corte si è accostata gradualmente⁴⁷⁵, seguendo in ciò un percorso non diverso da quello che ha accompagnato l'interpretazione delle altre libertà fondamentali di circolazione⁴⁷⁶, ma che nel nostro caso poteva presentare qualche difficoltà in più, in considerazione della natura non incondizionata della libertà contemplata dall'art. 18 del Trattato CE.

Senonché la Corte si è anche sotto tale profilo mantenuta coerente con la linea di interpretazione "radicale" inaugurata con *Martínez Sala*, e del resto seguita per gli altri importanti aspetti già evidenziati, e nelle pronunce più recenti ha mostrato di esser pronta ad estendere alla libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione economicamente non attivi la regola che

⁴⁷³ Corte di giustizia CE, 19 ottobre 2004, causa C-2000/02, *Kunquian Catherine Zhu e Man Lavette Chen contro Secretary of State for the Home Department*.

⁴⁷⁴ Il caso in questione esibiva semmai i profili più controversi – ai limiti, invero, dell'abuso del diritto – sotto un altro aspetto: la signora Chen, di nazionalità cinese come il marito, aveva infatti programmato la nascita della figlia Catherine a Belfast al solo scopo di ottenere per quest'ultima la nazionalità irlandese in base al principio dello *ius soli* vigente in quel paese. Il rientro nel Regno Unito al fine di accompagnare ed accudire la figlia neonata, titolare del diritto *ex art. 18* del Trattato CE in quanto cittadina dell'Unione, consentiva di fatto alla madre – come eccepito dal governo inglese – di aggirare i limiti della legislazione britannica in materia di immigrazione. In dottrina v. criticamente, sia pure da diverse angolature, T. ACKERMANN, in *Common Market Law Review*, 2005, pp. 1121 ss., e B. KUNOY, *A Union of national citizens: the origins of the Court's lack of avant-gardisme in the Chen case*, ivi, 2006, pp. 179 ss. Nel senso che a soddisfare il requisito delle risorse può ben servire il reddito proveniente dal *partner* non sposato, v. da ultimo Corte di giustizia CE, 23 marzo 2006, causa C-408/03, *Commissione contro Belgio*.

⁴⁷⁵ Il primo suggerimento esplicito in tal senso è stato rivolto alla Corte dall'Avvocato generale Jacobs nelle conclusioni rese il 20 novembre 2003 nella causa C-224702, *Heikki Antero Pusa contro Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö* (di cui v. spec. il punto 15). Cfr., in sede dottrinale, lo stesso F. JACOBS, *Citizenship of the European Union – A legal analysis*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 591 ss., spec. p. 597, nonché M. COUSINS, *Citizenship, residence and social security*, in *European Law Review*, 2007, pp. 386, ss., spec. p. 391; in precedenza v. H. TONER, *Non-discriminatory obstacles to the exercise of Treaty rights – Articles 39, 43, and 18 EC*, in *Yearbook of European Law*, 2004, vol. 23, pp. 275 ss.

⁴⁷⁶ Quella della graduale estensione alle libertà di circolazione dei lavoratori, di stabilimento e di prestazione dei servizi del divieto di applicazione (anche) di ostacoli di carattere non discriminatorio, è vicenda sin troppo nota per dover essere ricordata in questa sede: si vedano ad ogni modo C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, 2004, pp. 256 ss., e – volendo – S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Bologna, 2007, spec. cap. IV.

vuole vietati anche gli ostacoli non discriminatori in quanto indistintamente applicabili⁴⁷⁷. Con la conseguenza che il cittadino dell'Unione che ha esercitato il suo diritto alla libera circolazione ex art. 18, par. 1, del Trattato CE non gode solo della ricordata, ampia tutela contro le discriminazioni in base alla nazionalità ex art. 12, par. 1. Sull'art. 18 devono essere infatti in linea di massima misurati anche "tutti i provvedimenti che *ostacolano* il diritto del cittadino dell'Unione di muoversi e stabilirsi liberamente in un altro Stato membro o che costituiscono altrimenti un *ostacolo* che potrebbe impedire al cittadino dell'Unione di esercitare tale genere di diritto alla libera circolazione"⁴⁷⁸.

3. Libertà di circolazione e aiuti al mantenimento degli studenti.

Non meno intensa è stata la elaborazione giurisprudenziale di quest'ultimo decennio sulla posizione riservata agli studenti all'interno della più vasta categoria dei cittadini migranti economicamente inattivi. Le pronunce sui diritti di accesso *cross-border* a forme di garanzia del reddito (borse di studio, assegni di mantenimento o prestazioni di natura assistenziale) da parte degli studenti rappresentano, anzi, uno dei filoni più cospicui e significativi della giurisprudenza qui in rassegna⁴⁷⁹.

Il ricco filone di controversie fiorite in quest'ambito ha, infatti, non solo consentito alla Corte di affermare principi che hanno contribuito in maniera decisiva all'allargamento dei vincoli solidaristici nei confronti dei cittadini europei nello Stato membro ospitante, ma ha più di recente consentito ai giudici di Lussemburgo di aprire nuovi canali di de-territorializzazione delle prestazioni specificamente erogate a tale categoria di migranti comunitari, canali che impegnano, stavolta, la diretta responsabilità del paese di provenienza dello studente. Conviene per questo volgere lo sguardo alla giurisprudenza della Corte da entrambi i cennati versanti: da un lato riepilogando i principi ormai consolidati in tema di accesso a forme specifiche di sostegno del reddito ovvero di protezione sociale nello *Stato membro ospitante*; dall'altro guardando al più recente ed assai innovativo filone di casi nei quali l'art. 18 del Trattato CE già è servito a fondare un obbligo d'exportazione intracomunitaria delle borse di studio erogate dallo *Stato di origine* ai suoi stessi cittadini.

Sul primo dei detti versanti la giurisprudenza della Corte può peraltro sembrare, oggi, meno innovativa solo perché risulta essersi maggiormente sedimentata. Ma la Corte ha svolto anche su questo fronte un ruolo di rottura degli schemi interpretativi tramandati a ben vedere non minore

⁴⁷⁷ V. in particolare Corte di giustizia CE, 26 ottobre 2006, causa C-192/05, *K. Tas-Hagen e R. A. Tas contro Raadskamer WUBO van Pensioen-en Uitkeringsraad*; Corte di giustizia CE, 17 gennaio 2008, causa C-152/05, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*. Si potrebbe obiettare che, a rigore, i casi in parola riguardano ancora fattispecie in cui, venendo in rilievo un requisito di residenza, si è pur sempre in presenza di ostacoli (indirettamente) discriminatori alla libertà di circolazione dei cittadini comunitari. Si può tuttavia osservare che gli Avvocati generali (v. in part. nota seg. e testo corrispondente), pur senza esservi a rigore tenuti, hanno tuttavia assunto esplicitamente a modello di decisione delle fattispecie quello degli ostacoli non discriminatori e che la Corte ha in buona sostanza avallato tale impostazione.

⁴⁷⁸ Così l'Avvocato generale Kokott, nelle conclusioni presentate il 30 marzo 2006 nella causa *Tas-Hagen* citata alla nota precedente, al par. 50.

⁴⁷⁹ Per una ricostruzione complessiva di tale giurisprudenza si vedano soprattutto M. DOUGAN, *Fees, grants, loans and dole cheques: who covers the costs of migrant education within the EU?*, in *Common Market Law Review*, 2005, pp. 943 ss.; A. P. VAN DER MEI, *EU law and education: promotion of student mobility versus protection of the education systems*, in M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *Social Welfare and EU Law*, Oxford - Portland (Oregon), 2005, pp. 219 ss.

di quello che si è già avuto modo di apprezzare esaminando la giurisprudenza sui rapporti tra la direttiva 90/364 e gli artt. 12 e 18 del Trattato CE. Volendo schematizzare un quadro in realtà molto complesso, può dirsi che su questo fronte la Corte ha operato – sulla base offertale dal combinato disposto degli artt. 12 e 18 del trattato – una doppia innovazione di forte impatto sullo stesso diritto derivato (qui come noto rappresentato dalla direttiva 93/96, poi sostituita dalla direttiva 2004/38).

In primo luogo la Corte ha pienamente esteso agli studenti – in quanto cittadini dell'Unione – i diritti di accesso *cross-border* alle prestazioni di protezione sociale radicati appunto direttamente negli artt. 12 e 18 del trattato. Si è già avuto modo di ricordare la sentenza *Grzelczyk*⁴⁸⁰, cui si deve la nota e impegnativa affermazione di principio sul vincolo di “solidarietà finanziaria” tra i cittadini degli Stati membri dell'Unione soggiacente alle previsioni in tema di libertà di circolazione. Non meno significativa, per quanto più rileva in questa sede, è tuttavia la specifica affermazione – pure contenuta in tale sentenza – secondo la quale nulla, nel testo del trattato, “consente di considerare che gli studenti, che sono cittadini dell'Unione, allorché si spostano in un altro Stato membro per seguire ivi degli studi, vengano privati dei diritti conferiti dal Trattato ai cittadini dell'Unione”⁴⁸¹. L'affermazione – dall'apparenza quasi tautologica – serve anche in questo caso a tenere in qualche modo al riparo l'applicabilità del principio di parità di trattamento ex art. 12 dal rigore delle condizioni cui anche la direttiva 93/96 subordina – in astratto – il diritto di soggiorno degli studenti nel territorio di un altro Stato membro (v. l'art. 1).

Essa inoltre serve alla Corte per mettere sostanzialmente fuori gioco – in un caso in cui si faceva richiesta d'una prestazione di cittadinanza sociale come il *minimex* belga⁴⁸² – il vincolo potenzialmente derivante, più in particolare, dalle disposizioni della direttiva 93/96 (v. l'art. 3), che, al pari di quelle ora contenute nella direttiva 2004/38, espressamente escludono gli studenti dal diritto al pagamento di borse di mantenimento da parte dello Stato membro ospitante. Ed invero – argomenta la Corte –, anche se agli studenti è *expressis verbis* preclusa dal legislatore comunitario la possibilità di basare sulla direttiva un diritto al pagamento di assegni o borse di mantenimento, nulla in essa impedisce a tali cittadini europei di far ricorso a prestazioni di assistenza o sicurezza sociale nello Stato membro ospitante in virtù del generale principio di parità di trattamento ex art. 12 del Trattato CE⁴⁸³. Ragionamento, questo, indubbiamente suggestivo sul piano formale, che tuttavia da un lato rischia di produrre risultati d'irragionevole differenziazione tra gli Stati membri (penalizzando di fatto quelli che garantiscono il sostegno agli studenti all'interno dei loro sistemi generali di protezione sociale)⁴⁸⁴, e dall'altro giunge comunque a depotenziare la rilevanza

⁴⁸⁰ *Supra*, nota 10.

⁴⁸¹ Punto 35 della sentenza.

⁴⁸² In quanto prestazione sociale che garantisce in termini generali un minimo di mezzi di sussistenza, il *minimex* non è tecnicamente riconducibile né alla nozione di assistenza, nel ristretto significato accolto dalla Corte di giustizia in base al regolamento n. 1408/71, né a quella di previdenza sociale, non ricorrendo neppure i presupposti di cui all'art. 4, par. 1, dello stesso regolamento. Essa costituisce nondimeno un vantaggio sociale ai sensi del regolamento n. 1612/68: v. Corte di giustizia CE, 27 marzo 1985, causa C-249/83, *Hoeckx*.

⁴⁸³ V. in particolare il punto 39 della sentenza.

⁴⁸⁴ In tal senso DOUGAN, *Fees*, cit., pp. 964-965.

della esclusione degli studenti dal diritto a forme di “mantenimento” nel paese ospitante, privandola del significato ampio che avrebbe ragionevolmente potuto desumersi dalla direttiva collegando l'art. 3 con la condizione di risorse imposta dall'art. 1⁴⁸⁵.

Il pressoché completo svuotamento della portata dell'art. 3 della direttiva del 1993 – il secondo momento di forte innovazione interpretativa cui si faceva poc'anzi riferimento – è però compiuto dalla Corte con un passo di poco successivo. L'occasione le è fornita da un rinvio pregiudiziale proposto dalla High Court of Justice (England and Wales), Queens Bench Division, nell'ambito di un procedimento nel quale veniva in discussione il rifiuto della competente autorità inglese a concedere al signor Dany Bidar, cittadino francese iscritto all'University College di Londra, un aiuto economico a copertura dei costi di mantenimento sotto forma di prestito per studenti, a motivo del fatto che il richiedente non poteva considerarsi stabilmente residente nel Regno Unito. Il giudice del rinvio chiedeva innanzitutto alla Corte se un aiuto siffatto potesse ancora considerarsi escluso dal campo di applicazione del diritto comunitario – come in teoria avrebbe dovuto desumersi dalle sentenze *Lair e Brown*, entrambe del 1988⁴⁸⁶, oltre che dalla stessa direttiva del 1993 – oppure se l'introduzione dell'art. 18 del Trattato CE avesse definitivamente mutato il quadro di riferimento normativo rilevante al riguardo.

Nella sua risposta al giudice inglese, la Corte non ha esitato a rovesciare l'impostazione fatta propria nelle due cause appena citate, concludendo nel senso che l'aiuto economico di cui fruiscono gli studenti a copertura dei loro costi di mantenimento rientra nel campo di applicazione del diritto comunitario, con riferimento all'art. 12 del Trattato CE⁴⁸⁷. Nel ridefinire il campo d'applicazione del trattato la Corte abbandona pressoché completamente gli scrupoli analitici che ancora potevano scorgersi nella sua precedente giurisprudenza, per adottare un approccio eminentemente funzionale alla cui stregua nulla in realtà riesce a sfuggire al raggio applicativo del diritto comunitario⁴⁸⁸, allorché si tratti di affermare il pieno effetto utile di una libertà fondamentale di circolazione quale quella riconosciuta ai cittadini dell'Unione dall'art. 18 del Trattato CE⁴⁸⁹. Un approccio funzionale esige invero di estendere il principio di parità di trattamento a qualunque diritto, prestazione o beneficio che, riconosciuto da uno Stato membro, sia suscettibile di facilitare l'esercizio della libertà di circolazione della persona⁴⁹⁰. Diventa dunque decisiva la relazione

⁴⁸⁵ Cfr. in termini anche J.-PH. LHERNOULD, *L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne*, in *Droit social*, 2001, pp. 1103 ss., spec. p. 1105, ove si afferma che in tale passaggio della sentenza “le sens de la directive 93/96 est semble-t-il forcé, voire détourné”.

⁴⁸⁶ Si tratta delle pronunce rese dalla Corte rispettivamente nelle cause 39/86 e 197/86.

⁴⁸⁷ Cfr. Corte di giustizia CE, 15 marzo 2005, causa C-209/03, *The Queen, ex parte Dany Bidar, contro London Borough of Ealing e Secretary of State for Education and Skills*. Sulla sentenza cfr., tra gli altri, i commenti di: C. BARNARD, in *Common Market Law Review*, 2005, pp. 1465 ss.; M. BRAND, in *Columbia Journal of European Law*, 2005/2006, vol. 12, n. 1, pp. 293 ss.; O. GOLYNKER, *Students loans: the European concept of social justice according to Bidar*, in *European Law Review*, 2006, pp. 390 ss.

⁴⁸⁸ Anche in ciò sembra ormai evidente la tendenza ad un'applicazione omogeneamente espansiva – diciamo pure onnicomprensiva sul piano della sfera *ratione materiae* – delle libertà fondamentali. Si veda I. KVESKO, *Is there anything left outside the reach of the European Court of Justice?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2006, pp. 405 ss.

⁴⁸⁹ In questo senso cfr., tra le molte, l'approfondita analisi di A. EPINEY, *The scope of article 12 CE: some remarks on the influence of European citizenship*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 611 ss.

⁴⁹⁰ Sul punto v. pure VAN DER MEI, *Union citizenship*, cit., p. 208.

con l'esercizio della libertà fondamentale⁴⁹¹, a prescindere dall'esistenza di una competenza comunitaria ed anche nell'ipotesi in cui la materia rientri pacificamente nel dominio degli Stati membri⁴⁹².

Senonché, nel caso di specie neppure l'espressa esclusione dell'art. 3 della direttiva del 1993 – nel frattempo riprodotta e persino ampliata come deroga qualificata al principio di parità di trattamento in favore degli studenti dall'art. 24, par. 2, della direttiva 2004/38/CE – riesce a turbare il ragionamento della Corte. Nella logica funzionale da questa accolta, la deroga disposta dall'art. 3 della direttiva non vale, infatti, ad escludere la prestazione controversa dal campo di applicazione del trattato; in base ad essa – come si legge nella sentenza⁴⁹³ – si deve solo “constatare che gli studenti che si recano in un altro Stato membro per iniziare o effettuare studi superiori e ivi a tal fine beneficiano in forza della direttiva 93/96 di un diritto di soggiorno, non possono invero fondare su tale direttiva alcun diritto al pagamento di un aiuto per il loro mantenimento”. Tuttavia, soggiunge la Corte, “l'art. 3 della direttiva 93/96 non osta a che un cittadino di uno Stato membro che, ai sensi dell'art. 18 del Trattato CE e della direttiva 90/364 soggiorna legalmente nel territorio di un altro Stato membro dove prevede di iniziare o proseguire studi superiori, invochi, durante tale soggiorno, il principio fondamentale di parità di trattamento sancito dall'art. 12, primo comma, del Trattato CE”⁴⁹⁴. Con l'inevitabile conseguenza che è precluso ad uno Stato membro negare ad un cittadino dell'Unione il diritto di ottenere un aiuto a copertura delle spese di mantenimento come studente nelle ipotesi in cui tale cittadino soggiorni legalmente sul suo territorio ed abbia svolto una parte significativa dei suoi studi secondari nel paese ospitante, stabilendo un legame effettivo con la società di tale Stato.

Il sofisma appare tuttavia sin troppo scoperto: la distinzione tra soggetti che si recano in uno Stato membro per ivi iniziare o effettuare studi superiori e soggetti che, spostandosi in un altro Stato membro nella loro veste “residuale” di cittadini beneficiari della direttiva 90/364, prevedano d'intraprendervi detti studi solo successivamente, è invero ancora più artificiosa di quella con cui *Grzelczyk* aveva ammesso il diritto di ricorrere all'assistenza sociale dello studente senza toccare l'esclusione del diritto agli aiuti per il mantenimento. E nondimeno tanto basta alla Corte per tenere insieme le previsioni del trattato con quelle della direttiva, in una sorta d'*interpretatio abrogans* della seconda che toglie ai giudici di Lussemburgo anche l'imbarazzo di dover affrontare la questione della perdurante compatibilità dell'art. 3 della direttiva del 1993 (e dell'omologa previsione di quella del 2004) col diritto primario⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ Se a ciò si aggiunge il parallelo processo di assottigliamento, o forse meglio di evaporazione, dell'elemento della transnazionalità, ovvero del collegamento col diritto comunitario in termini di attraversamento dei confini, diventa davvero difficile pensare ad aree sottratte alla potenziale incidenza delle libertà fondamentali: v. ad es. la celebre sentenza della Corte di giustizia CE in causa C-60/00, *Carpenter contro Secretary of State for the Home Department*, in materia di libera prestazione dei servizi, spec. punti 28 e seguenti, e, su di essa, almeno il commento di E. SPAVENTA, *From Gebhard to Carpenter: towards a (non-)economic European constitution*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 743 ss.

⁴⁹² Cfr. ancora EPINEY, *The scope*, cit., pp. 615-616.

⁴⁹³ Al punto 45.

⁴⁹⁴ Punto 46 della sentenza.

⁴⁹⁵ In dottrina non manca in effetti chi dubita che l'attuale previsione dell'art. 24, par. 2, della direttiva del 2004 sia incompatibile con gli artt. 12 e 18 del Trattato CE, come interpretati dalla Corte di giustizia. La perdurante validità di tali previsioni può tuttavia continuare

Se la giurisprudenza sin qui ricordata estende i diritti di protezione *lato sensu* sociale degli studenti europei nel paese ospitante⁴⁹⁶, sino a forzare il dato letterale offerto dalla normativa secondaria, il secondo filone più di recente inaugurato dalla Corte di giustizia fonda nell'art. 18 del trattato il diritto alla esportazione dei sussidi e delle borse di studio dallo Stato di origine del beneficiario. La prospettiva è in tal caso in un certo senso capovolta, come rovesciati sono evidentemente i termini della distribuzione dei costi finanziari della mobilità intracomunitaria degli studenti⁴⁹⁷, ma non è meno penetrante e creativo l'uso dell'art. 18 del Trattato CE.

La dottrina più attenta aveva in effetti anticipato un simile sviluppo, evocando anche l'ipotesi, per vero più problematica, che il diritto di esportare all'estero borse e sussidi agli studi ricevuti nel proprio paese d'origine potesse fondarsi anche sull'art. 49 del trattato⁴⁹⁸. La Corte non ha deluso le attese, ed alla prima occasione utile ha affermato che gli artt. 17 e 18 del Trattato CE ostano ad un requisito secondo il quale, per poter beneficiare di aiuti alla formazione concessi per studi eseguiti in uno Stato membro diverso da quello di cui sono cittadini gli studenti che ne fanno richiesta, "tali studi devono costituire la prosecuzione di una formazione seguita per un periodo di almeno un anno nel territorio dello Stato membro di origine degli studenti medesimi"⁴⁹⁹.

Una clausola di residenza nello Stato che eroga il beneficio, o appunto la condizione che imponga un periodo minimo di formazione nello stesso, costituisce un ostacolo alla libertà di circolazione di cui il cittadino studente gode ai sensi dell'art. 18 del trattato, restrizione che in tanto può essere giustificata in quanto si basi su considerazioni oggettive di interesse generale indipendenti dalla cittadinanza e sia commisurata allo scopo legittimamente perseguito dal legislatore nazionale. Ipotesi che la Corte ha però escluso potesse darsi nel caso sottoposto alla sua attenzione, eccedendo il requisito richiesto quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito dal diritto nazionale.

Nelle sue suggestive conclusioni – ricche di compiaciuti riconoscimenti al ruolo creativo della Corte quale "giudice artista"⁵⁰⁰ – l'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer aveva esplicitamente proposto l'analogia tra la questione sottoposta alla Corte e la nota vicenda del diritto d'accesso

ad essere ammessa seguendo la discutibile impostazione della Corte riferita nel testo ed avendo comunque cura di fare della norma secondaria un'applicazione concreta coerente col principio di proporzionalità; cfr. in tal senso DOUGAN, *Fees*, cit., pp. 968-969.

⁴⁹⁶ Si veda anche Corte di giustizia CE, 6 novembre 2003, causa C-413/01, *Franca Ninni-Orasche contro Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*.

⁴⁹⁷ Qui non si pone un problema di solidarietà a carico dello Stato membro ospitante, e conseguentemente non si pone un problema di bilanciamento con l'interesse di quest'ultimo ad evitare oneri eccessivi a carico delle sue finanze pubbliche: problemi cui la Corte dà risposta – come meglio vedremo al § 6 – modulando il sindacato di proporzionalità in relazione, essenzialmente, ai requisiti di residenza imposti dal paese di destinazione del cittadino migrante ai fini dell'accesso al *welfare*. Nella fattispecie ora in esame si pongono nondimeno speculari problemi di controllo della spesa pubblica associata alle nuove occasioni di fruizione transnazionale delle prestazioni e, correlativamente, problemi legati alle ipotesi di azzardo morale e di *free riding* (nella forma ad esempio dell'indebito cumulo di benefici), cui può dar luogo la esportabilità delle prestazioni in assenza di un coordinamento sopranazionale. In argomento v. S. BORELLI, *Libertà di circolazione e scelta del sistema di protezione sociale più vantaggioso*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, pp. 671 ss., nonché – volendo – S. GIUBBONI, *Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 2007, n. 4, pp. 13 ss.

⁴⁹⁸ Cfr. DOUGAN, *Fees*, cit., pp. 977-985; VERSCHUEREN, *European (internal) migration law*, cit., p. 345.

⁴⁹⁹ Così nella sentenza pronunciata dalla Grande Sezione della Corte il 23 ottobre 2007 nella causa già citata alla nota 6.

⁵⁰⁰ Per le citazioni v. sempre *supra*, nota 6 e testo corrispondente.

alle cure sanitarie in altro Stato membro ai sensi dell'art. 49 del Trattato CE⁵⁰¹, con una sostanziale apertura alla qualificazione della stessa istruzione universitaria come servizio prestato contro una remunerazione⁵⁰². Pur prospettando l'astratta possibilità di applicare al caso di specie l'art. 49, egli aveva tuttavia concluso nel senso della superfluità dell'indagine, per la quale difettavano del resto le necessarie informazioni concrete. Bastava d'altra parte l'art. 18 del trattato, che costituisce evidentemente, sotto tale profilo, come riconosciuto anche dalla Corte, un perfetto equivalente funzionale della norma sulla libera prestazione dei servizi.

4. L'accesso transfrontaliero al welfare dei soggetti in cerca di occupazione e dei disoccupati.

La sentenza *Collins*⁵⁰³ realizza – con riguardo ai diritti di sicurezza sociale transnazionale dei soggetti in cerca di occupazione – la medesima svolta interpretativa compiuta per gli studenti con la coppia *Grzelczyk* e *Bidar*. La giurisprudenza formatasi anteriormente all'entrata in vigore delle disposizioni sulla cittadinanza dell'Unione escludeva, infatti, che i cittadini comunitari in cerca d'occupazione in un altro Stato – pur godendo di piena parità di trattamento ex art. 39 del Trattato CE quanto all'accesso al lavoro ed ai servizi per l'impiego – potessero vantare un analogo diritto ai vantaggi sociali di cui all'art. 7 del regolamento 1612/68⁵⁰⁴. Questi dovevano considerarsi riservati – secondo la chiara volontà del legislatore del 1968 – a quanti possedessero la piena qualità di lavoratori migranti, per aver già trovato collocazione nel mercato del lavoro dello Stato membro ospitante. La graduazione dei diritti dei *job-seekers* – titolari d'uno *status* in qualche modo intermedio⁵⁰⁵, a metà strada tra quello dei cittadini economicamente inattivi e quello dei lavoratori, benché già più vicino al secondo⁵⁰⁶ – pareva del resto giustificarsi in una più ampia ottica sistematica, al cui disegno concorrevano le disposizioni sul coordinamento sopranazionale delle prestazioni sociali di disoccupazione.

Quando si è trovata a decidere sul caso *Collins* la Corte aveva però ormai ridisegnato un paesaggio dai contorni completamente rinnovati, nel quale la sua vecchia giurisprudenza non avrebbe più potuto trovar posto. Per questo la soluzione data al caso – con la piena estensione ai *work-seekers* dei vantaggi sociali previsti dall'art. 7 del regolamento n. 1612/68 – non ha realmente stupito i molti commentatori della sentenza⁵⁰⁷.

È noto come nella specie si discutesse se un cittadino comunitario appena riapprodato in Gran

⁵⁰¹ Per un efficace riepilogo della quale cfr., da ultimo, G. ORLANDINI, *Libera prestazione e servizi sociali. Il caso dell'accesso cross-border alle prestazioni di cura*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, 2007, pp. 171 ss.

⁵⁰² V. soprattutto i paragrafi 99 e 100 delle conclusioni.

⁵⁰³ Corte di giustizia CE, 23 marzo 2004, causa C-138/02, *Brian Francis Collins contro Secretary of State for Work and Pensions*. Su di essa si veda almeno il commento di H. OOSTEROM-STAPLES in *Common Market Law Review*, 2005, pp. 205 ss.

⁵⁰⁴ V. Corte di giustizia CE, 18 giugno 1987, causa C-316/85, *Centre public d'aide sociale des Courcelles contro Lebon*; Corte di giustizia CE, 20 febbraio 1997, causa C-344/95, *Commissione contro Belgio*. In dottrina, per una sintesi dell'evoluzione della giurisprudenza in materia, v. da ultimo M. COUSINS, *Diritti di soggiorno, sicurezza sociale ed il concetto evolutivo di cittadinanza europea*, in questo stesso fascicolo della *Rivista*, spec. al § 4.

⁵⁰⁵ Di "semi-status" parla M. DOUGAN, *The Court helps those who help themselves ... The legal status of migrant work-seekers under Community law in the light of the Collins judgment*, in *European Journal of Social Security*, 2005, vol. 7, pp. 7 ss., in particolare a p. 12.

⁵⁰⁶ Si tenga solo presente che la libera circolazione dei soggetti in cerca di occupazione non è sottoposta alla condizione di risorse prevista invece per i cittadini economicamente non attivi. Sul punto v. comunque meglio DOUGAN, *op. ult. cit.*, p. 13.

⁵⁰⁷ Gli osservatori più attenti non avevano peraltro anche in tal caso mancato di anticipare gli sviluppi poi sanciti in *Collins*: si veda nuovamente M. DOUGAN, *Free movement: the workseeker as citizen*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2003, pp. 119 ss.

Bretagna per ricercarvi lavoro potesse vantare il diritto ad una indennità per persone in cerca di occupazione che dispongono di risorse finanziarie insufficienti, per legge concessa subordinatamente alla condizione di residenza abituale nel paese ospitante. La Corte ha basato la sua risposta su una rilettura del diritto alla parità di trattamento di cui all'art. 39 del Trattato CE aggiornata alla nuova giurisprudenza sul combinato disposto degli artt. 12 e 18, affermando che tale diritto non osta a una normativa nazionale che – come quella inglese – subordini il beneficio d'un'indennità per persone in cerca d'occupazione a una condizione di residenza, *purché* tale condizione – come tale indirettamente discriminatoria – possa essere giustificata sulla base di considerazioni oggettive indipendenti dalla cittadinanza e adeguatamente commisurate allo scopo perseguito dal legislatore nazionale.

Il cuore della pronuncia – come si tornerà a dire meglio nel prosieguo – sta sicuramente nella articolazione del *test* di proporzionalità, in particolare sotto il profilo della congruità del requisito di residenza rispetto alla legittima esigenza di stabilire un legame genuino tra il soggetto in cerca di occupazione ed il mercato del lavoro del paese ospitante. Ma a ben vedere è non meno importante, in essa, la riaffermazione della centralità acquisita dallo *status* riconosciuto dagli artt. 12 e 18 nella rilettura delle altre libertà fondamentali ed in specie della classica libertà di circolazione spettante ai lavoratori ai sensi dell'art. 39 del trattato. In quest'ottica, quello di cittadino dell'Unione è *status* fondamentale nel senso proprio di "fondante": è una condizione ubiquitaria, come è stato icasticamente scritto⁵⁰⁸, che sorregge la rilettura di tutte le libertà fondamentali per la basilare ragione che tutte sono accomunate dalla condivisione del sostrato della cittadinanza europea. La forza costituzionale di questo *status* può così spingere verso risultati interpretativi in ipotesi non attingibili neppure dalle libertà classiche, specie quando si tratti di rileggere la disciplina secondaria che – come i regolamenti nn. 1612/68 e 1408/71 – dà ad esse concreta attuazione.

La rilettura dell'art. 39 del trattato alla luce delle norme sulla cittadinanza rappresenta perciò un elemento non meno centrale del nuovo *acquis* giurisprudenziale. Ciò è evidente persino quando la Corte – in nome della residualità della libertà di cui gode il cittadino dell'Unione in quanto tale rispetto alle altre forme di libera circolazione – omette di pronunciarsi sulla interpretazione degli artt. 12, 17 e 18 del Trattato CE⁵⁰⁹.

L'osservazione vale – in misura crescente – anche ai fini della definizione dello *status* del migrante disoccupato. Anche in questo caso, infatti, e per ragioni che in parte si sovrappongono a quelle tradizionalmente addotte per i soggetti in cerca di occupazione⁵¹⁰, il diritto derivato detta una

⁵⁰⁸ V. O. GOLYNKER, *Ubiquitous Citizens of Europe. The Paradigm of Partial Migration*, Antwerpen, 2006.

⁵⁰⁹ Lo dimostrano bene due sentenze pronunciate dalla Corte in materia di accesso alla indennità di disoccupazione prevista dall'ordinamento belga per i giovani in cerca di prima occupazione, la prima resa in base agli artt. 12 e 18 del Trattato CE, la seconda basata – con identici risultati – sull'art. 39 del trattato medesimo: v. Corte di giustizia CE, 12 luglio 2002, causa C-224/98, *Marie-Nathalie D'Hoop contro Office national de l'emploi*; Corte di Giustizia CE, 15 settembre 2004, causa C-258/04, *Office national de l'emploi contro Ioannis Ioannidis*. E si veda anche, sulla medesima linea sostanziale, il diverso caso deciso da Corte di giustizia CE, 11 novembre 2007, causa C-76/05, *Herbert Schwarz, Merga Gootjes-Schwarz contro Finanzamt Bergisch Gladbach*, in cui era stato invocato, oltre agli artt. 12 e 39, anche l'art. 43 del Trattato.

⁵¹⁰ Le due figure del resto si sovrappongono tipicamente in tutti i casi in cui il lavoratore che perda il posto nello Stato membro d'origine si sposti in un altro paese comunitario alla ricerca di nuova occupazione. In tali casi il lavoratore disoccupato che cerca nuova occupazione in un altro Stato membro potrà far valere in quest'ultimo i diritti che gli derivano, in ipotesi, dal regolamento n. 1408/71.

disciplina piuttosto restrittiva, tesa in particolare a contemperare la libertà di circolazione dei lavoratori con le esigenze di controllo sulla effettiva ricorrenza dei presupposti per la erogazione delle indennità di natura previdenziale da parte del paese competente⁵¹¹.

Le regole più significative in materia sono pertanto, nella specie, quelle tuttora dettate dal regolamento n. 1408/71 in tema di coordinamento dei regimi legali di sicurezza sociale, regole destinate a subire aggiustamenti piuttosto modesti con la futura entrata in vigore del nuovo regolamento n. 883 del 2004⁵¹². Il limite principale imposto da tali norme è – come noto – quello relativo alla esportabilità delle prestazioni di disoccupazione nello Stato nel quale il beneficiario intenda spostarsi, ad esempio per cercare una nuova occupazione. L'art. 10 del regolamento n. 1408/71 – che fissa la regola generale di revoca delle clausole di residenza ai fini del pagamento delle prestazioni previdenziali maturate – non riguarda, infatti, le indennità di disoccupazione. Di conseguenza, il regolamento non vieta in linea generale agli Stati membri né di fissare obblighi di residenza né, per l'effetto, di stabilire la sospensione del pagamento a motivo del fatto che il percettore della indennità di disoccupazione risieda in uno Stato membro diverso. Peraltro, lo stesso regolamento prevede due eccezioni alla regola generale per cui non sono vietate limitazioni alla esportazione delle prestazioni di disoccupazione. Ed infatti, considerando sempre la disciplina a tutt'oggi in vigore, da un lato, l'art. 69 prevede il diritto di esportare l'indennità di disoccupazione in un altro Stato membro per un periodo non superiore a tre mesi, alla condizione che il disoccupato sia iscritto quale richiedente lavoro per cercarvi nuova occupazione; dall'altro, l'art. 71 contempla il diritto all'indennità di disoccupazione per quanti – in costanza del loro ultimo impiego – risiedevano in uno Stato membro diverso dal paese nel quale erano assicurati ai fini previdenziali.

Ora, è persino intuitivo come di fronte a tale restrittiva disciplina in materia di esportabilità delle indennità di disoccupazione – che è certamente suscettiva di limitare o di ostacolare la libertà di circolazione del lavoratore nel mercato interno –, la pressione esercitata dal nuovo corso giurisprudenziale alla stregua degli artt. 17 e 18 del Trattato CE si sia naturalmente indirizzata verso il superamento delle “strozzature” in tal senso create dal diritto derivato⁵¹³. Del resto, e del tutto coerentemente, un'analogha pressione ha cominciato ad essere esercitata anche su di un'altra area di disciplina contrassegnata da una forte compressione – o meglio dalla esclusione (sia pure

Cfr. sul punto. VERSCHUEREN, *European (internal) migration law*, cit., pp. 335-336, anche per interessanti speculazioni su come la Corte avrebbe potuto (o dovuto) decidere *Collins* ove il ricorrente nella causa principale avesse potuto invocare il regolamento di sicurezza sociale.

⁵¹¹ La prestazione è di regola a carico dell'istituzione competente dello Stato membro di ultima occupazione del lavoratore disoccupato (art. 70, par. 2, del regolamento n. 1408/71). Nel caso dei lavoratori frontalieri in stato di disoccupazione completa, la prestazione è invece eccezionalmente erogata dall'istituzione del paese di residenza e resta a carico della medesima [art. 71, par. 1, lett. a) ii)]. In quest'ultima ipotesi il regolamento n. 1408/71 realizza indubbiamente una forma molto evidente di solidarietà transnazionale, ponendo la prestazione – invece che a carico dell'istituzione del paese d'occupazione, cui sono stati versati i contributi in costanza di rapporto – a carico dello Stato di residenza del lavoratore frontaliere (v. in tal senso VERSCHUEREN, *op. cit.*, p. 338, alla nota 116). Ma va ricordato che si tratta appunto d'una eccezione all'interno di un sistema che è generalmente improntato ad una solidarietà di tipo occupazionale, priva di un'autentica dimensione transnazionale; sia consentito il rinvio a S. GIUBBONI, *Free movement of persons and European solidarity*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 360 ss.

⁵¹² Cfr. in argomento W. CHIAROMONTE, *La limitata esportabilità delle prestazioni di disoccupazione alla luce dei regolamenti nn. 1408/71/CEE e 883/2004/CE*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, pp. 171 ss.

⁵¹³ V. pure DOUGAN, *The constitutional dimension*, cit., p.635.

severamente circoscritta quanto a presupposti)⁵¹⁴ – della esportabilità, quale è quella che interessa come noto le prestazioni speciali di carattere non contributivo⁵¹⁵.

In *De Cuyper*⁵¹⁶ la Corte è stata esattamente chiamata a valutare la perdurante compatibilità di tale tradizionale assetto regolativo con riferimento ad un'indennità di disoccupazione prevista dalla legislazione belga. Nella specie il ricorrente nella causa principale aveva ottenuto una indennità di disoccupazione – sia pure con dispensa dall'obbligo di essere disponibile sul mercato del lavoro in ragione dell'età – nel 1997; a partire dal 1999 il signor De Cuyper aveva tuttavia trasferito la sua residenza nel sud della Francia, venendo perciò meno all'obbligo espressamente stabilito dall'ordinamento belga ai fini della fruizione della prestazione. Il giudice adito in sede di impugnazione del provvedimento di revoca della prestazione aveva quindi chiesto alla Corte di giustizia, con domanda di pronuncia pregiudiziale, se un obbligo di residenza, applicato quale condizione per la concessione di un'indennità di disoccupazione a soggetti che in quanto di età superiore ai 50 anni sono dispensati dall'obbligo della disponibilità sul mercato del lavoro, costituisca una restrizione al diritto dei cittadini dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente ex artt. 17 e 18 del Trattato CE e se, in caso di risposta affermativa, la stessa potesse considerarsi giustificata.

Consapevole della estrema delicatezza della materia trattata, nelle sue conclusioni l'Avvocato generale Geelhoed si era speso con forza nel senso della perfetta compatibilità del requisito di residenza in contestazione con le norme del trattato sulla cittadinanza dell'Unione. Ad essere in discussione, infatti, non era solo la scelta del legislatore belga, ma anche, e forse soprattutto, benché in via mediata, la disciplina posta dal diritto comunitario derivato. L'Avvocato generale aveva piena consapevolezza che “sostenere che un obbligo di residenza costituisce una limitazione ingiustificata alla libera circolazione di un cittadino dell'Unione pregiudicherebbe del tutto la finalità delle disposizioni sull'indennità di disoccupazione di cui al regolamento n. 1408/71 e urterebbe contro l'art. 10, n. 1, di tale regolamento”⁵¹⁷. Giacché è innegabile come accogliendo una siffatta prospettiva si sarebbe sostanzialmente posta in discussione la funzione stessa del regolamento di sicurezza sociale e – con essa – il sottostante principio per cui il diritto comunitario non menoma il potere degli Stati membri di prefigurare i rispettivi sistemi, coordinandoli tra di loro senza metterne tuttavia a repentaglio la piena autonomia. Ecco perché l'Avvocato generale aveva sostanzialmente suggerito alla Corte di riconoscere una sorta di copertura costituzionale rafforzata al regolamento n. 1408/71, qualificandolo come misura che, in quanto emanata ai sensi dell'art. 42 del Trattato CE, potesse altresì considerarsi adottata ai fini della determinazione delle limitazioni e delle condizioni di cui all'art. 18 del trattato medesimo⁵¹⁸.

La Corte ha risolto il caso accogliendo la soluzione *concreta* suggerita dall'Avvocato generale, ma *non* ha seguito l'impostazione generale delle conclusioni dallo stesso presentate. La Corte ha sì affermato che la libertà di circolazione e di soggiorno del cittadino dell'Unione ex art. 18 del Trattato CE non osta ad una condizione di residenza come quella applicata nella causa principale, ma

⁵¹⁴ V. da ultimo il regolamento n. 647 del 2005.

⁵¹⁵ Sull'argomento sia ad ogni modo consentito rinviare – anche per i riferimenti all'ampia giurisprudenza “storica” della Corte di giustizia – a GIUBBONI e ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., pp. 166 ss.

⁵¹⁶ V. Corte di giustizia CE, 18 luglio 2006, causa C-406/04, *Gérald De Cuyper contro Office national de l'emploi*.

⁵¹⁷ Paragrafo 116 delle conclusioni presentate il 2 febbraio 2006.

⁵¹⁸ V. in particolare il par. 112 delle conclusioni.

lo ha fatto solo dopo aver sottoposto la suddetta condizione al consueto *test* di proporzionalità. Il che significa, all'evidenza, che i requisiti di residenza posti dagli Stati membri in applicazione delle ricordate disposizioni del regolamento n. 1408/71 non si giustificano più, in linea generale ed astratta, in base al richiamo all'art. 42 del Trattato CE (in ipotesi unito, come suggerito dall'Avvocato generale, all'art. 18, par. 1), ma andranno di volta in volta giustificate, quali restrizioni alla libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione, alla luce del principio di proporzionalità. Onde sarà lo *standard* più o meno rigoroso col quale verrà valutata *in concreto* l'adeguatezza e la corretta commisurazione (la proporzionalità, appunto) della disposizione nazionale al legittimo scopo perseguito (quale ad esempio l'esigenza di esercitare un efficace controllo sull'effettivo stato di disoccupazione del lavoratore) a decretare o meno la legittimità comunitaria della misura medesima. Si tratta di un'impostazione all'evidenza completamente diversa da quella suggerita dall'Avvocato generale Geelhoed, che ha forti implicazioni costituzionali sulla distribuzione dei poteri tra Corte e legislatore (europeo e nazionale), come avremo modo di dir meglio in seguito.

Uno sviluppo del tutto analogo si è d'altra parte verificato con riguardo alle deroghe alla esportabilità previste dal regolamento n. 1408/71 in materia di prestazioni speciali di carattere non contributivo. In questo caso esso è stato in qualche modo facilitato dalla giurisprudenza che da tempo aveva affermato la piena applicabilità dell'art. 7 del regolamento anche ai lavoratori frontalieri, al fine di consentire il godimento (in pratica, l'esportazione) dei vantaggi sociali ai quali la disposizione dà diritto anche nello Stato di residenza dei medesimi⁵¹⁹. Ma i più recenti arresti della Corte vanno oltre tale giurisprudenza, che poteva invero ancora spiegarsi restando dentro un'ottica di "raccordo tecnico", per così dire, tra le norme del regolamento n. 1408/71 e l'art. 7, par. 2, del regolamento n. 1612/1968⁵²⁰.

E così, nella recente sentenza *Hendrix*⁵²¹, mutando l'indirizzo affermato appena l'anno prima⁵²², la Corte ha sì statuito che in linea di principio gli artt. 39 del trattato e 7 del regolamento n. 1612/68 non ostano ad una normativa nazionale di attuazione degli artt. 4, n. 2 bis, e 10 bis del regolamento n. 1408/71, la quale prevede che una prestazione speciale di carattere non contributivo⁵²³ possa essere concessa solo alle persone residenti nel territorio nazionale. Tuttavia, ha

⁵¹⁹ V. le sentenze rese dalla Corte di giustizia nelle note cause C-57/96, *Meints*, e C-337/97, *Meeusen*.

⁵²⁰ Per qualche ulteriore cenno v. comunque *infra*, al § seguente.

⁵²¹ Corte di giustizia CE, 11 settembre 2007, causa C-287/05, *D. P. W. Hendrix contro Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*.

⁵²² V. Corte di giustizia CE, 6 luglio 2006, causa C-154/05, *J. J. Kersbergen-Lap e D. Dams-Schipper contro Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*, nella quale era stato senz'altro ammesso che le prestazioni di assistenza per i giovani disabili colpiti da incapacità lavorativa previste dalla legislazione olandese, in quanto prestazioni speciali di carattere non contributivo regolarmente menzionate nell'allegato II bis al regolamento n. 1408/71, potessero essere versate solo ai soggetti residenti nei Paesi Bassi. Va peraltro rimarcato che la giurisprudenza della Corte è tutt'altro che lineare in punto di definizione degli elementi distintivi e propri delle prestazioni "speciali" e "non contributive", alla cui sostanziale ricorrenza è subordinata la legittima iscrizione nell'apposito allegato al regolamento. Come ben chiarito da M. COUSINS, *Social security, social assistance and the special non contributory benefits: the never-ending story*, in *European Journal of Social Security*, 2007, vol. 9, pp. 97 ss., si fa davvero fatica a far emergere una *ratio* unitaria nella giurisprudenza della Corte, e già questo è un serio motivo di incertezza giuridica in un'area già molto "sensibile" del diritto comunitario della sicurezza sociale sulla quale si stanno ora per scaricare le nuove tensioni create dalla giurisprudenza di cui si dice nel testo.

⁵²³ Si trattava, per l'appunto, sempre delle prestazioni previste nei Paesi Bassi per l'assistenza ai giovani disabili.

subito soggiunto la Corte con una formula carica di ambiguità⁵²⁴, “l’applicazione di tale normativa non deve comportare una lesione dei diritti di una persona che si trovi in una situazione come quella del ricorrente nella causa principale che vada oltre quanto necessario ai fini della realizzazione del legittimo obiettivo previsto dalla normativa nazionale”⁵²⁵. Sarà pertanto compito del giudice nazionale – tenuto ad applicare le norme del proprio ordinamento alla stregua di un’interpretazione conforme al diritto comunitario – prendere in considerazione in particolare il fatto che il lavoratore ricorrente nella causa principale, pur trasferendo altrove la propria residenza, aveva mantenuto il complesso dei suoi legami economici e sociali con lo Stato membro d’origine.

La formula è di una ambiguità insuperabile: si direbbe quasi che vi si esprima, in una sorta di raffinato esercizio di “dissimulazione onesta” di sapore secentesco, il sostanziale superamento dello speciale regime derogatorio di inespportabilità delle prestazioni non contributive senza dichiararlo espressamente. Giacché è evidente come il divieto di esportazione contenga sempre una potenziale lesione del diritto della persona a circolare liberamente all’interno dell’Unione europea, lesione che potrà essere giustificata – *nei casi concreti* – solo alla luce della *rule of reason*, ovvero applicando il diritto nazionale in conformità al principio di proporzionalità. Ed in un caso come quello della causa *a qua* – nel quale è la Corte stessa a ricordare al giudice nazionale che il ricorrente aveva mantenuto saldissimi legami col paese d’origine – è difficile ipotizzare che la clausola di residenza – *pur stabilita dal diritto nazionale in applicazione del regolamento n. 1408/71* – possa superare il test di proporzionalità⁵²⁶.

In altri casi – come ovvio – il requisito della residenza nel territorio nazionale potrà continuare ad essere pienamente giustificato, ma ciò dipenderà sempre più dalla valutazione delle circostanze concrete alla stregua della *rule of reason* e sempre meno dalle regole “astratte” poste dal legislatore comunitario. E potrà darsi benissimo che il requisito di residenza fissato dal legislatore nazionale per una stessa prestazione possa essere ritenuto legittimo in un caso e sproporzionato nell’altro⁵²⁷.

5. Le tensioni tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e il diritto derivato.

È giunto il momento di cominciare a tirare le somme della rassegna critica della giurisprudenza della Corte svolta sin qui. Ed il primo aspetto da considerare a tal fine è quello – più volte segnalato – della crescente difficoltà di raccordare le norme del trattato, così come audacemente interpretate dalla Corte, con le disposizioni del diritto comunitario derivato.

⁵²⁴ L’Avvocato generale Kokott aveva raggiunto conclusioni meno equivoche, affermando – in termini generali – che “una disposizione di uno Stato membro che subordini la concessione o il mantenimento di una prestazione previdenziale alla residenza dell’interessato nel proprio territorio *non è sempre compatibile* con l’art. 39 Trattato CE e con l’art. 7, n. 2, del regolamento n. 1612/68 *per il solo fatto* che la prestazione costituisca una prestazione speciale a carattere non contributivo ai sensi dell’art. 4, n. 2 bis, del regolamento n. 1408/71, concessa, a norma dell’art. 10 bis del medesimo regolamento, unicamente ai residenti” (i corsivi sono aggiunti).

⁵²⁵ Punto 58 della sentenza *Hendrix*.

⁵²⁶ Il signor Hendrix si era infatti trasferito dai Paesi Bassi in Belgio pur continuando a lavorare – grazie al sostegno della prestazione non contributiva versatagli – nello Stato d’origine.

⁵²⁷ È esattamente quanto si è già verificato con riguardo all’assegno per l’educazione tedesco, rispetto al quale il requisito della residenza nello Stato membro è stato ritenuto concretamente legittimo in Corte di giustizia CE, 18 luglio 2007, causa C-213/05, *Wendy Geven contro Land Nordrhein-Westfalen*, e per contro illegittimo nella sentenza pronunciata lo stesso giorno dalla Grande Sezione nella causa C-212/05, *Gertraud Hartmann contro Freistaat Bayern*.

Sono state già evidenziate le tensioni al riguardo determinatesi rispetto alla direttiva 2004/38/CE, con la quale il legislatore comunitario ha peraltro compiuto un notevole sforzo di adeguamento alla giurisprudenza della Corte, superando – almeno nella impostazione di fondo – l'approccio strettamente settoriale e funzionale che era proprio del diritto previgente ed il nesso, in esso ancora ben visibile, tra il diritto di soggiornare in un altro Stato membro e lo svolgimento di un'attività economica⁵²⁸. Ciononostante sono molte le aree di frizione venutesi nel frattempo nuovamente a creare con la giurisprudenza della Corte di giustizia.

La più scoperta – come già visto – è probabilmente quella relativa alla disciplina sugli aiuti al mantenimento degli studenti: l'art. 24, par. 2, riconciliabile forse con qualche sforzo con *Grzelczyk*, difficilmente riesce a giustificarsi alla stregua di *Bidar*, se non a costo di addivenire ad una sorta d'interpretazione abrogativa del disposto della direttiva⁵²⁹. E sembra sostanzialmente questa la strada percorsa dalla Corte, che da un lato pare limitare l'esclusione disposta dalla direttiva alle sole ipotesi in cui lo studente si rechi come tale in un altro Stato membro al fine di intraprendervi la sua attività di studio⁵³⁰, e dall'altro consente comunque la deroga al principio di parità di trattamento da essa implicata nei limiti della compatibilità col test di proporzionalità⁵³¹.

Evidente appare, inoltre, la tensione (sebbene non la contraddizione) tra quanto acquisito a partire da *Collins* e quanto statuito dal legislatore sopranazionale, sempre all'art. 24, par. 2, della direttiva 2004/38/CE, in materia di protezione sociale delle persone in cerca di occupazione in un altro Stato membro. Anche in tale caso pare almeno doversi concludere nel senso che la regola posta in generale dalla direttiva – alla cui stregua i *job-seekers* sono esclusi dal diritto alla parità di trattamento in materia di assistenza sociale per tutto il periodo in cui rimangono in cerca d'occupazione, anche se questo è superiore ai tre mesi – in tanto potrà ritenersi legittima in quanto possa soddisfare, *nei casi concreti ai quali viene applicata*, il sindacato di proporzionalità⁵³².

Lo Stato membro potrà dunque certamente stabilire un requisito di residenza, anche ragionevolmente lungo⁵³³, ma come nel caso dell'*habitual residence test* inglese dovrà sempre tenersi presente che il legame genuino col mercato del lavoro del paese ospitante – rilevante per i soggetti in cerca di occupazione secondo la dottrina *Collins* – potrà esser provato anche sulla base di altri indici⁵³⁴. Del resto, già in *Swaddling*⁵³⁵ la Corte ha chiaramente affermato che la durata della residenza non può essere considerata indice esclusivo del fatto che la persona ha fissato il centro dei

⁵²⁸ V. tra i tanti KOSTAKOPOULOU, *European Union citizenship*, cit., p. 635; C. MARZO, *Vers une citoyenneté sociale européenne?*, in *Droit social*, 2007, pp. 218 ss., spec. p. p. 219.

⁵²⁹ Cfr. con diverse sfumature VAN DER MEI, *Union citizenship*, cit., p. 206; COUSINS, *Diritti di soggiorno*, cit., p. 14 del dattiloscritto.

⁵³⁰ Ma BRAND, nel suo commento a *Bidar* già citato alla nota 56, fa giustamente notare come questa artificiale distinzione – forse proponibile con qualche equilibrismo dialettico per l'art. 3 della direttiva del 1993 – non trova più spazi lessicali nel testo di quella del 2004 (v. in part. p. 302).

⁵³¹ I cinque anni di residenza previsti dalla direttiva sembrano peraltro *prima facie* costituire "un periodo di durata sproporzionata": così A. LANG, B. NASCIMBENE, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 2007, n. 2, pp. 43 ss., qui p. 58.

⁵³² V. in tal senso DOUGAN, *The Court helps those who help themselves*, cit., pp. 21 e 24; per una valutazione sostanzialmente negativa v. invece COUSINS, *op. loc. ult. cit.*

⁵³³ V. JACOBS, *Citizenship*, cit., p. 594.

⁵³⁴ V. ancora DOUGAN, *op. ult. cit.*, p. 27.

⁵³⁵ Corte di giustizia CE, 25 febbraio 1999, causa C-90/97, *Robin Swaddling contro Adjudication Officer*.

propri interessi nel paese considerato, dovendo sempre darsi spazio alla valutazione di altre circostanze di fatto, quali ad esempio la situazione familiare del soggetto e i motivi che l'hanno indotto a trasferirsi⁵³⁶.

L'esclusione da ogni titolo all'assistenza sociale, consentita per i primi tre mesi di residenza nello Stato membro ospitante dall'art. 24, par. 1, della direttiva del 2004, sembra in quest'ottica facilmente giustificarsi, negli stessi termini generali nei quali è formulata, in una qualunque plausibile versione del *test* di proporzionalità⁵³⁷. Più in generale, le deroghe alla parità di trattamento in materia di assistenza sociale o di aiuti al mantenimento, che la direttiva consente agli Stati membri di ricollegare alla durata della residenza, non sono dunque di per sé in contrasto con i risultati della giurisprudenza della Corte, ma andranno sempre applicate in conformità del principio di proporzionalità, con la necessaria commisurazione alle circostanze del caso concreto che esso comporta. La durata della residenza – per quanto rappresenti un elemento di primaria rilevanza – non può, però, essere assunta ad indice esclusivo del grado di integrazione della persona nella società dello Stato membro ospitante ovvero del livello di collegamento col mercato del lavoro nel quale si cerca un'occupazione.

Va d'altra parte considerato che, tanto ai fini della integrazione del requisito di residenza, quanto ai fini del soddisfacimento delle condizioni di autosufficienza economica e di copertura sanitaria contemplati dalla direttiva del 2004, ben possono soccorrere le previsioni del regolamento n. 1408/71 e, in futuro, ancor più quelle del regolamento n. 883/2004, che come noto estende il raggio di applicazione del coordinamento dei regimi di sicurezza sociale a tutti i cittadini dell'Unione, anche laddove gli stessi non svolgano (o non abbiano svolto) un'attività economica⁵³⁸. Entro l'ambito di applicazione *ratione personae* dei regolamenti dovrà infatti essere senz'altro applicata la nozione comunitaria di residenza – come centro principale degli interessi della persona – che la Corte di giustizia ha già avuto modo di precisare in *Swaddling*. Le disposizioni dei regolamenti – in particolar modo quelle dettate in tema di prestazioni speciali di carattere non contributivo – possono così assumere rilievo onde “consentire ai cittadini dell'Unione

⁵³⁶ Per interessanti rilievi sulla nozione di residenza normale come luogo in cui l'interessato ha stabilito il centro permanente dei suoi interessi, v. di recente Corte di giustizia CE, 26 aprile 2007, causa C-392/05, *Georgios Alevizos contro Ypourgos Oikonomikon*, in particolare al punto 57. La Corte si pronuncia nella specie sul significato dell'art. 6 della direttiva 83/183/CEE, ma le considerazioni sugli elementi di fatto utili al fine di determinare la residenza normale della persona nel territorio dell'Unione possono senz'altro rivestire un rilievo più ampio.

⁵³⁷ Lo si può ragionevolmente desumere dalla sentenza *Trojani*, ed in particolare da quanto affermato dalla Corte al punto 43. Occorre peraltro osservare che il fatto che per i primi tre mesi di soggiorno lo Stato membro non è tenuto ad attribuire il diritto a prestazioni di assistenza sociale, non significa anche che lo stesso possa pretendere dal cittadino dell'Unione economicamente inattivo la prova del possesso di risorse sufficienti al proprio sostentamento. Lo Stato membro non è autorizzato a richiedere la detta prova ai fini dell'ingresso per un soggiorno fino a tre mesi, ma potrà solo espellere il cittadino comunitario che sia divenuto un onere irragionevole per il proprio sistema di assistenza sociale secondo la generale previsione della direttiva. Sul punto, anche per la valutazione della discutibile previsione di cui al d. lgs. n. 30 del 2007 con il quale l'ordinamento italiano ha dato attuazione alla direttiva, cfr. A. LANG, B. NASCIMBENE, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE*, cit., pp. 49-50.

⁵³⁸ V. l'art. 2 del regolamento n. 883/2004, che comunque presuppone che il cittadino comunitario sia o sia stato soggetto alla legislazione di sicurezza sociale di uno Stato membro. Sul punto sia permesso rinviare a GIUBBONI, ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., p. 174 ss.

che si spostano da uno Stato membro all'altro d'ottenere un reddito sufficiente nel paese ospitante al fine di soddisfare i requisiti condizionanti il diritto di risiedere in quest'ultimo"⁵³⁹. Né va trascurato che le stesse disposizioni potrebbero rilevare anche sotto il profilo della assimilazione ovvero della aggregazione dei periodi di residenza compiuti dal soggetto nello Stato membro di provenienza⁵⁴⁰.

La giurisprudenza in rassegna presenta, poi, profili non meno problematici sul versante dei rapporti tra l'art. 7, par. 2, del regolamento n. 1612/1968, *iuncto* art. 39 del Trattato CE, ed il regolamento n. 1408/71, con riguardo in particolare alle aree di tutela che quest'ultimo assoggetta a stringenti limiti in punto d'esportazione delle prestazioni. L'interpretazione tradizionale dei rapporti tra i due regolamenti si rifaceva alla espressa previsione contenuta nell'art. 42, par. 2, del primo, alla cui stregua lo stesso non intendeva infirmare le disposizioni specificamente dettate dal secondo in tema di coordinamento dei regimi legali di sicurezza sociale⁵⁴¹. Questa impostazione – la sola in realtà capace di preservare la specifica funzione di coordinamento assoluta dal regolamento n. 1408/71 – è stata ancor di recente strenuamente sostenuta dall'Avvocato generale Geelhoed in *De Cuyper*, non solo invocando l'argomento tecnico della naturale prevalenza della *lex specialis*, ma cercando altresì di fondare su più solide basi costituzionali, ovvero sul doppio radicamento nell'art. 18 e nell'art. 42 del Trattato CE, tale opzione interpretativa⁵⁴².

Senonché la Corte – come si è già ricordato – ha completamente disatteso tale linea argomentativa, propendendo in buona sostanza per la prevalenza, nei casi di concorso/conflicto, della previsione di cui all'art. 7 del regolamento del 1968, che può così esser invocata al fine di ottenere il godimento di vantaggi sociali nello Stato di residenza del percettore, anche in situazioni nelle quali il regolamento n. 1408/71 lo escluderebbe. La Corte ha, perciò, finito per costituzionalizzare la previsione dell'art. 7 del regolamento n. 1612/68, in quanto "espressione particolare, nel campo specifico della concessione dei vantaggi sociali, della regola della parità di trattamento sancita all'art. 39, par. 2, del Trattato CE"⁵⁴³. Ed anche in tal caso a costo di una palese forzatura del dato letterale offerto dal diritto derivato: a dispetto di quanto testualmente disposto dall'art. 42 del regolamento n. 1612/68, si è infatti affermata una "validità reciprocamente autonoma, ossia parallela"⁵⁴⁴, dei due regolamenti, che solo apparentemente non fissa un ordine di priorità

⁵³⁹ VERSCHUEREN, *European (internal) migration law*, cit., p. 326, cui si rinvia per la dimostrazione della prevalenza del regolamento di sicurezza sociale sulle disposizioni della direttiva, nel senso appunto della invocabilità delle norme sul coordinamento contenute nel primo in materia di prestazioni di carattere non contributivo ai fini del soddisfacimento delle condizioni cui la seconda subordina il diritto di risiedere nello Stato membro ospitante.

⁵⁴⁰ Ivi, p. 323.

⁵⁴¹ V. per tutti A. M. P. VAN DER MEI, *Free Movement of Persons within the European Community. Cross-Border Access to Public Benefits*, Oxford, Portland (Oregon), 2003, pp. 64-65.

⁵⁴² V. quanto si è già ricordato *supra*, nota 87 e testo corrispondente. L'Avvocato generale Geelhoed aveva sostenuto la stessa tesi anche nelle conclusioni rassegnate in *Hartmann* (al par. 50) ed in *Geven* (ai paragrafi 15 e 17); ed in *De Cuyper* aveva anche concluso nel senso che l'art. 7, par. 2, del regolamento n. 1612/68 conferisce ad un lavoratore che sia cittadino di uno Stato membro il diritto di godere degli stessi vantaggi sociali e fiscali riconosciuti dalla legislazione del diverso paese comunitario nel quale è occupato, *soltanto* nel territorio di tale secondo Stato membro (v. i paragrafi 34 e 35 delle conclusioni).

⁵⁴³ Così nella citata sentenza *Hendrix*, al punto 53.

⁵⁴⁴ Secondo la suggestiva formula usata dall'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni in *Hendrix* (par. 54), formula fatta poi propria dalla Corte.

tra gli stessi. In realtà, l'ordine di priorità – che avrebbe dovuto sotto ogni profilo favorire lo speciale regime del regolamento n. 14908/71 – è stato (nuovamente) capovolto, senza tema di ricorso ad artificiosi espedienti interpretativi.

6. Una valutazione “costituzionale” della giurisprudenza della Corte di giustizia.

È innegabile che solo grazie alla giurisprudenza della Corte, da semplice diritto economico quale era visualizzato ancora nelle direttive del 1990 e nella stessa originaria volontà trasfusa dagli Stati membri nella cauta formulazione dell'art. 18 del trattato, la libertà di circolazione sia divenuta “l'espressione concreta di una reale cittadinanza dell'Unione”⁵⁴⁵. Solo grazie a questa giurisprudenza può dirsi pressoché compiutamente conseguito il traguardo preconizzato dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer con formula di felice sintesi: “la creazione di una cittadinanza dell'Unione, con il descritto corollario in materia di libera circolazione dei suoi titolari nel territorio di tutti gli Stati membri, indica un considerevole progresso qualitativo in quanto separa tale libertà dai suoi tradizionali elementi funzionali o strumentali (la relazione con un'attività economica o con la creazione del mercato interno) e la eleva a categoria di diritto proprio e indipendente, inerente allo *status* politico dei cittadini dell'Unione”⁵⁴⁶.

Oggi è un dato acquisito che i cittadini europei sono in grado di esercitare i loro diritti di circolazione e di soggiorno – con i correlati titoli di accesso ai sistemi nazionali di protezione sociale – sostanzialmente oltre quanto stabilito non solo dalle direttive degli anni Novanta ma dalla stessa direttiva di “ricodificazione” del 2004⁵⁴⁷. I giudici di Lussemburgo hanno operato una sostanziale inversione dell'ordine logico (e gerarchico) in cui l'art. 18 poteva essere visualizzato – nella prospettiva tradizionale – rispetto alle altre disposizioni del trattato in materia di libertà fondamentali⁵⁴⁸. Il risultato di tale innovazione prospettica è che “la normativa secondaria adottata in applicazione del trattato non definisce più le condizioni per l'esercizio dei diritti dei cittadini dell'Unione; essa si limita piuttosto ad identificare unicamente gli interessi pubblici rilevanti ai fini del bilanciamento con la libertà fondamentale protetta dall'art. 18, specificando alcuni dei criteri che all'uopo dovranno essere tenuti in considerazione dalle autorità nazionali in aggiunta a quelli definiti dalla stessa Corte nell'ambito del sindacato di proporzionalità”⁵⁴⁹.

In tal senso è innegabile che il rinnovato attivismo della Corte di giustizia abbia prodotto un cambiamento di quadro di forte rilievo costituzionale, che sembra opportuno fare oggetto di valutazione sotto entrambi i profili maggiormente significativi ai nostri fini: da un lato sotto l'ottica della spinta alla emersione di un nuovo paradigma di solidarietà sociale per l'Unione europea; dall'altro

⁵⁴⁵ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Terza relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione delle direttive 93/96, 90/364 e 90/365 relative al diritto di soggiorno degli studenti, delle persone economicamente non attive e dei pensionati nell'Unione*, COM(2006) 56 definitivo, del 5 aprile 2006, p. 9.

⁵⁴⁶ Così al par. 82 delle conclusioni presentate nella causa *Morgan*, più volte citate. Ma lo stesso Avvocato generale si era espresso nei termini riportati anche in precedenti occasioni: v. le conclusioni relative alla causa C-386/02, *Baldinger*, in cui peraltro la Corte non si è pronunciata sull'art. 18 del Trattato CE.

⁵⁴⁷ V., per tutti, pure DOUGAN, *The constitutional dimension*, cit., p. 616.

⁵⁴⁸ V. in tal senso la precisa immagine suggerita nell'*Editorial* dall'eloquente titolo *The unbearable heaviness of European citizenship*, apparso in *European Law Review*, 2006, p. 779. Nella stessa ottica va valutata quella tendenza ad una qualche circolarità di lettura tra art. 12 e l'art. 18 del trattato, che si è pure sottolineata in precedenza; v. comunque nuovamente DOUGAN, *Fees*, cit., p. 961.

⁵⁴⁹ Ancora DOUGAN, *The Court helps those who help themselves*, cit., p. 24.

sotto quella della profonda revisione dei rapporti tra la stessa Corte – quale vero e proprio giudice costituzionale – ed il legislatore comunitario.

Sotto il primo profilo, merita d'esser qui ancora una volta evidenziato il ruolo di "ingegneria sociale"⁵⁵⁰ che la Corte ha consapevolmente svolto fondando nello *status* di cittadino dell'Unione, prima e più ancora che in quello classico nella costruzione comunitaria proprio del titolare delle libertà di mercato, il centro propulsore di nuove forme di solidarietà transnazionale. Si tratta di una forma, sia pure *statu nascenti*, di solidarietà nuova rispetto a quella "meccanica" e "funzionale"⁵⁵¹, già dominante nella storia della costruzione del mercato integrato e selettivamente rivolta, in via di principio, a vantaggio dei soli soggetti attivi nel processo di produzione e circolazione europea della ricchezza. Qui emerge infatti un'idea di "solidarietà organica", che ha vocazione ad estendersi sia al di fuori della cerchia di quanti partecipano ai processi di mercato (seppure su scala europea), sia, e simultaneamente, oltre i confini delle comunità nazionali, cui è storicamente ristretto l'intervento del *welfare state*. E dunque un'idea di solidarietà che si realizza autenticamente "tra estranei" su di un piano transnazionale.

Tra le due forme di solidarietà realizzate dal diritto comunitario – quella "meccanica" che si rivolge classicamente ai soggetti economicamente attivi e quella "organica" centrata sul rapporto di cittadinanza europea – permangono oggi indubbiamente differenze, anche significative; ma esse sembrano di carattere più quantitativo che qualitativo, e la tendenza è ad ogni modo nel senso d'una graduale riduzione delle stesse⁵⁵². Ai cittadini economicamente non attivi possono essere certamente imposte restrizioni nei diritti di soggiorno e di accesso *cross-border* alla protezione sociale che non sono in alcun modo consentite con riguardo ai lavoratori subordinati o autonomi che esercitano le corrispondenti libertà di circolazione. Per usare una terminologia classica nel diritto della sicurezza sociale, i criteri di *eligibility*, per i primi, restano diversi e decisamente più onerosi rispetto a quelli valevoli per i secondi⁵⁵³. Basti pensare a criteri come la residenza abituale, il sufficiente grado di integrazione nella società del paese ospitante, il legame genuino con il mercato del lavoro del medesimo (per i *job-seekers*), che, alla stregua della stessa giurisprudenza della Corte⁵⁵⁴, legittimamente condizionano l'accesso a forme di protezione sociale nello Stato membro d'accoglienza del cittadino dell'Unione che non svolge un'attività lavorativa, ma che sono viceversa inopponibili a chi rivesta lo *status* di lavoratore *ex art.* 39 del trattato. O si pensi ancora al limite dell' "onere irragionevole", che fissa i confini (sia pur mobili) della solidarietà finanziaria cui gli Stati membri sono tenuti nei confronti del cittadino europeo in stato di bisogno sociale; limite, questo, che non può ovviamente valere per chi abbia titolo alla solidarietà "meccanica" prefigurata dall'art. 39 del trattato.

È nondimeno evidente come tali persistenti differenze nei criteri di *eligibility* stabiliti per i cittadini

⁵⁵⁰ Ivi, pp. 18-19.

⁵⁵¹ Faccio mia, per vero con una qualche libertà, la terminologia impiegata in R. ZOLL, *La solidarietà. Eguaglianza e differenza*, Bologna (trad. italiana), 2003, pp. 32-33 e *passim*, che a sua volta – e come evidente – rielabora la nota distinzione di É. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Milano (trad. italiana), 1996.

⁵⁵² Significativo, in tal senso, quanto fa (criticamente) rilevare l'Avvocato generale Geelhoed nelle sue conclusioni in *Hartmann*, ai paragrafi 34 e 38.

⁵⁵³ Cfr. ad esempio BRAND, *op. cit.* alla nota 56, p. 298.

⁵⁵⁴ Quelli testé evocati sono criteri che si ritrovano ad esempio in *Bidar* e *Collins*.

europei inattivi tendano a ridimensionarsi in concreto, nel gioco – mutevole e “*context sensitive*”⁵⁵⁵ – della graduazione del sindacato di proporzionalità⁵⁵⁶. Pensiamo ancora al limite dell’onere irragionevole per l’assistenza sociale dello Stato membro ospitante: la Corte ha sinora mostrato di applicarlo con una qualche moderazione⁵⁵⁷, stando molto attenta alle esigenze degli indebitati bilanci pubblici europei⁵⁵⁸. Ma è evidente come tutto dipenda in fin dei conti dalla concreta articolazione dell’onere della prova in ordine ai concreti presupposti per la invocabilità di tale limite da parte dello Stato membro interessato a farlo valere; e al riguardo non mancano segnali nella direzione di un maggior rigore da parte della Corte, la quale – seppure con riferimento ad una fattispecie piuttosto lontana da quelle qui esaminate – ha di recente lasciato chiaramente intendere di non accontentarsi (più) di generiche affermazioni non supportate da adeguati elementi di riscontro degli avversi effetti finanziari scaturenti dall’eventuale ammissione al beneficio di soggetti allo stato esclusi⁵⁵⁹.

Tale ultima considerazione ci riporta all’altro profilo di forte innovazione costituzionale della giurisprudenza della Corte di giustizia. Michael Dougan ha persuasivamente argomentato che la Corte ha spinto “il suo approccio teleologico alla libertà di circolazione dei cittadini dell’Unione così in avanti, che lo stesso non ha solo eguagliato, ma ha addirittura superato quello ordinariamente applicato alle mere previsioni economiche del trattato”⁵⁶⁰. Lo dimostra il fatto che la Corte – sia pure attraverso il controllo di conformità delle misure nazionali di attuazione – sottopone ad un sindacato di proporzionalità sempre più penetrante lo stesso diritto comunitario derivato.

Come ha ancora osservato Dougan⁵⁶¹, “la dottrina *Baumbast* rappresenta in qualche modo una

⁵⁵⁵ DOUGAN, *The constitutional dimension*, cit. p. 624.

⁵⁵⁶ V. pure GOLYNKER, *Student loans*, cit., p. 395.

⁵⁵⁷ È pacifico che la irragionevolezza dell’onere vada considerata in relazione alla massa degli ipotetici esborsi globali cui sarebbe soggetto lo Stato membro (contro)interessato, e non già in relazione al caso singolo, dall’impatto per definizione trascurabile quando non del tutto irrilevante; v. per tutti COUSINS, *Diritti di soggiorno*, cit., p. 16 del dattiloscritto.

⁵⁵⁸ V. in tal senso BESSON e UTZINGER, *Introduction*, cit., p. 587; JACOBS, *Citizenship*, cit., p. 598.

⁵⁵⁹ Cfr. Corte di giustizia CE, 18 dicembre 2007, procedimenti riuniti C-396/05, C-419/05 e C-450/05, *Doris Habelt, Martha Möser, Peter Wachter contro Deutsche Rentenversicherung Bund*, avente ad oggetto la questione della compatibilità con gli artt. 39 e 42 del Trattato CE delle disposizioni, contenute negli allegati III e VI al regolamento n. 1408/71, che consentivano alla Germania di non prendere in considerazione, ai fini del pagamento della pensione di vecchiaia, di periodi contributivi svolti in particolari circostanze da lavoratori impiegati in taluni territori già assoggettati alla dominazione del III Reich. In pratica, le limitazioni consentite dagli allegati al regolamento operavano come deroghe alla regola della revoca delle clausole di residenza valevole per le pensioni di vecchiaia. La Corte – nel dichiarare l’incompatibilità di dette disposizioni del regolamento con le norme del trattato – aveva dovuto prendere in considerazione anche l’argomento, fatto valere dal governo tedesco, secondo cui la rimozione delle limitazioni in parola avrebbe determinato il rischio di una grave alterazione dell’equilibrio finanziario del sistema previdenziale del paese. La Corte ha tuttavia respinto tale argomentazione difensiva, rilevando in particolare che “il governo tedesco ha omesso di dimostrare sotto quale profilo trasferimenti di residenza al di fuori della Germania, come quelli effettuati nelle cause principali, possono incidere negativamente sugli obblighi finanziari del regime di previdenza sociale tedesco” (punto 83 della sentenza). Nella fattispecie la Corte ha valutato l’interesse della Germania a proteggersi da ripercussioni sull’equilibrio finanziario del proprio sistema previdenziale applicando lo stesso metro di rigore che emerge ad esempio nella nota sentenza del 28 aprile 1998 in causa C-158/96, *Kohll* (sulla quale v. *ex plurimis* A. P. VAN DER MEI, *Cross-border access to medical care within the European Union – Some reflections on the judgments Decker and Kohll*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, pp. 277 ss.). Se un test analogo venisse applicato anche ai criteri di *eligibility* per l’accesso transfrontaliero alle prestazioni di assistenza sociale, l’onere probatorio a carico degli Stati membri si farebbe decisamente più “pesante”.

⁵⁶⁰ DOUGAN, *The constitutional dimension*, p. 625.

⁵⁶¹ Ivi, p. 614 (corsivo nell’originale).

novità costituzionale: la Corte di giustizia ha scelto di assoggettare il diritto comunitario secondario *indirettamente* al medesimo livello di scrutinio giudiziale normalmente associato all'azione degli Stati membri". A differenza di quanto tradizionalmente avvenuto con riguardo alle libertà economiche di circolazione, in pronunce come *Grzelczyk* e *Baumbast* la Corte non ha esitato a sottoporre allo scrutinio di proporzionalità in base agli artt. 12 e 18 del trattato misure nazionali che apparivano pienamente conformi al diritto comunitario derivato: "il che equivale appunto ad esercitare un sindacato giudiziale sulla stessa azione del legislatore europeo, e non nella forma blanda riservata alle questioni concernenti i limiti di competenza di tale legislatore, ma in quella decisamente più penetrante alla quale si assiste allorché le misure nazionali siano sospettate di restringere la libertà di circolazione in violazione del trattato"⁵⁶².

Guidata dalla *rule of reason* e dalla variabile modulazione del *test* di adeguatezza e di proporzionalità⁵⁶³, la Corte di giustizia finisce effettivamente per svolgere – in tal modo – un penetrante sindacato di costituzionalità sulle stesse scelte compiute dal legislatore comunitario, incidendo in maniera assai significativa sulla sfera di discrezionalità allo stesso riservata nell'esercizio delle proprie competenze. Rigore dello scrutinio giudiziale e compressione della sfera di autonomia del legislatore sopranazionale sono strettamente legati, onde è evidente come il sindacato di proporzionalità svolto dalla Corte sollevi una questione di competenza⁵⁶⁴. Solo che ora non si tratta più, o meglio non si tratta soltanto, delle competenze che gli Stati membri esercitano nel cono d'ombra del diritto comunitario, ma si tratta, sia pure indirettamente, della stessa competenza del *legislatore sopranazionale*⁵⁶⁵.

7. Conclusioni.

I confini della appartenenza alle comunità di redistribuzione solidaristica forgiate dai sistemi nazionali di *welfare* sono senz'altro divenuti – soprattutto grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia – più aperti e penetrabili, e dunque certamente più inclusivi, almeno nei confronti dei cittadini europei. La cittadinanza dell'Unione – da istituto complementare e secondario quale era stato visualizzato dalla revisione di Maastricht – è divenuto epicentro di profonde trasformazioni costituzionali e solido punto d'ancoraggio di nuovi legami di "mutua responsabilità sociale"⁵⁶⁶ tra i cittadini degli Stati membri. L'apertura transnazionale del *welfare* ai cittadini comunitari economicamente inattivi che dimostrino un certo legame d'integrazione con la società del paese ospitante può essere a ragione considerata come atto fondatore di una nuova e più avanza concezione della solidarietà europea⁵⁶⁷.

L'apparente conquista di questa forte dimensione sociale della cittadinanza dell'Unione non è,

⁵⁶² Ivi, pp. 620-621.

⁵⁶³ Cfr. quanto al proposito osservato da ROSS, *Promoting solidarity*, cit., p. 1067.

⁵⁶⁴ V. pure BESSON, UTZINGER, *Introduction*, cit., p. 575.

⁵⁶⁵ Emblematica, in tal senso, la posizione illustrata nelle conclusioni dell'Avvocato generale in *Hendrix*, spec. al par. 57.

⁵⁶⁶ WEILER, *To be a European citizen*, cit., p. 1095.

⁵⁶⁷ V. in tal senso ROSS, *op. ult. cit.*, p. 1065, che mette in risalto soprattutto la parità incondizionata di trattamento spettante ai cittadini che hanno acquistato il diritto di residenza permanente.

tuttavia, esente da limiti e da contraddizioni. Il limite più evidente è che questa proiezione inclusiva e solidaristica della cittadinanza europea si accompagna ad una simmetrica chiusura verso coloro che sono esclusi dalla *membership*. Se si assume il punto d'osservazione dei migranti non comunitari, è invero giocoforza concludere che “un processo di uguagliamento coesiste con un processo di esclusione, e che la relativizzazione dei confini tra gli Stati membri si accompagna ad un rafforzamento delle frontiere esterne dell'Unione e ad una ridislocazione del controllo sui flussi migratori dai paesi terzi”⁵⁶⁸.

Si può anzi osservare come – mentre per i cittadini dell'Unione si assiste ad una completa denazionalizzazione ed ad una tendenziale de-territorializzazione del *welfare* – per i migranti non comunitari si verifichi un simmetrico recupero della rilevanza dello *status* funzionale. “È così curioso notare che mentre la cittadinanza dell'Unione si allontana dal modello della *market citizenship*, questo stesso modello viene riprodotto con riguardo ai cittadini non comunitari”⁵⁶⁹. Il superamento di questo limite intrinseco alla natura “duale”⁵⁷⁰ della cittadinanza europea è traguardabile solo nella prospettiva – oggi irrealistica, specie per i migranti extracomunitari – della sostituzione del criterio della residenza a quello della nazionalità ai fini della *membership* transnazionale⁵⁷¹.

Ma limiti e contraddizioni non sembrano meno significativi – come si è cercato di segnalare nel corso di questa rassegna critica – anche restando dentro il perimetro dei nuovi confini della solidarietà tracciati dalla Corte di giustizia. Anche se è vero che difettano (ad oggi) sicure evidenze empiriche, il rischio che la erosione delle forme di controllo territoriale dell'accesso al *welfare* da parte degli Stati membri possa provocare effetti di riduzione dell'offerta delle prestazioni sociali, innescando dinamiche di “*social levelling-down*”⁵⁷², non può essere affatto trascurato⁵⁷³. È un paradosso invero solo apparente che i progressi d'una giurisprudenza certamente animata da un genuino *ethos* integrazionista possano convertirsi in effetti d'integrazione sociale negativa.

Un rischio del genere è in certo senso immanente alla prospettiva – inevitabilmente individualistica, perché ritagliata a misura del caso singolo portato all'attenzione del giudice – entro cui si muove, di necessità, la Corte di giustizia⁵⁷⁴. Lo straordinario rilievo assunto dalle norme sulla cittadinanza dell'Unione si regge, al fondo, sullo stesso impianto logico che ha consentito alla Corte di modellare intorno alle libertà economiche i tratti caratterizzanti della costituzione economica europea. Ma ad un approccio basato sui diritti del singolo – sia pure questo il cittadino dell'Unione

⁵⁶⁸ KOSTAKOPOULOU, *European Union citizenship*, cit., p. 634.

⁵⁶⁹ BELL, *Civic citizenship*, p. 329.

⁵⁷⁰ V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994, p. 61.

⁵⁷¹ Cfr. in questo senso, tra gli altri, BESSON e UTZINGER, *Introduction*, cit., pp. 580-581 (che peraltro sostengono la piena applicabilità dell'art. 12 del trattato ai cittadini di paesi terzi legalmente residenti); EPINEY, *The scope*, cit., p. 614 (che giunge, sempre in base al diritto vigente, ad analoga conclusione); e soprattutto, in una più ampia prospettiva, G. DAVIES, “*Any place I hang my hat? or: residence is the new nationality*”, in *European Law Journal*, 2005, pp. 43 ss.

⁵⁷² BESSON, UTZINGER, *op. ult. cit.*, p. 589.

⁵⁷³ Cfr. tra gli altri M. FERRERA, S. SACCHI, *A more social EU? In what areas? In what forms?*, *URGE Issue Paper*, n. 1/2007, p. 5; GOLYNKER, *Students loans*, cit., p. 401.

⁵⁷⁴ Per questo ordine di critiche alla giurisprudenza della Corte, con particolare riferimento alla già evocata vicenda dell'accesso alle cure sanitarie in un altro Stato membro ex art. 49 del Trattato CE, v. diffusamente C. NEWDICK, *Citizenship, free movement and health care: cementing individual rights by corroding social solidarity*, in *Common Market Law Review*, 2006, pp. 1645 ss.

in stato di bisogno che reclama una forma di assistenza sociale nello Stato membro ospitante – sfugge la dimensione necessariamente collettiva della solidarietà⁵⁷⁵. La solidarietà finanziaria tra i cittadini degli Stati membri dell'Unione diventa allora quella frazionata, atomistica, sradicata dal contesto collettivo, individualistica appunto, cui accede – nel singolo caso particolare esaminato – il cittadino europeo che abbia fatto uso attivo della sua libertà di circolazione. In quest'ottica, un recupero della dimensione autenticamente collettiva della solidarietà sociale è piuttosto rintracciabile nel giudizio con il quale, bilanciando l'interesse dello Stato al controllo della spesa pubblica con l'esercizio individuale della libertà fondamentale, la Corte dà rilievo ad un limite come quello dell' "onere irragionevole", preso in considerazione anche dalla direttiva del 2004.

Se è vero che da tale "robusta dimensione giuridica della cittadinanza dell'Unione" emerge "un ruolo ancor più centrale per l'individuo, in qualunque modo i suoi diritti siano stati incisi, nei confronti dell'esercizio del pubblico potere, qualunque sia l'espressione in cui questo agisce nel complesso sistema europeo"⁵⁷⁶, diviene allora difficile rintracciare un cemento collettivo, politico della solidarietà europea: il modello di riferimento, se non il "cittadino di mercato", rimarrebbe pur sempre l'attore razionale, che si avvantaggia delle opportunità offerte dall'apertura, o comunque dalla più facile attraversabilità, dei confini dei regimi nazionali di *welfare*.

Ecco perché le critiche all'eccessivo attivismo della Corte paiono, almeno in parte, giustificate. Per quanto saggi e ben calibrati possano risultare in concreto gli esercizi di bilanciamento degli interessi in gioco svolti dalla Corte all'ombra del principio di proporzionalità, permane infatti uno scarto "ontologico" tra la complessità delle questioni poste dalla ridefinizione dei confini della solidarietà sociale in Europa e le risorse – cognitive e di legittimazione – di cui dispongono i giudici di Lussemburgo per affrontarle. La Corte dovrebbe pertanto astenersi da un'eccessiva ingerenza sulle prerogative che debbono riconoscersi al legislatore – *in primis* europeo – in ordine alle regole ed alle procedure fondamentali che presiedono alla determinazione di tali confini.

Nello stesso tempo, il legislatore sopranazionale dovrebbe esercitare con maggior consapevolezza ed efficacia tale suo ruolo. Si avverte ad esempio da più parti la necessità del ritorno ad un uso più attivo e lungimirante della tecnica del coordinamento, alla base da sempre del diritto comunitario della sicurezza sociale⁵⁷⁷. I regolamenti – che nella versione riformata nel 2004 hanno già un campo di applicazione generalizzato sul versante soggettivo – dovrebbero ampliare in corrispondenza anche la sfera applicativa *ratione materiae*. Sarebbe per esempio della massima importanza estendere anche alla assistenza sociale e – soprattutto – agli schemi generali di reddito minimo, operanti in molti Stati membri dell'Unione e tuttavia esclusi, come la prima, dal campo di applicazione materiale dello stesso regolamento n. 883/2004, criteri di coordinamento analoghi a quelli da tempo previsti per le prestazioni speciali di carattere non contributivo⁵⁷⁸.

Occorrerebbe del pari un intervento più coraggioso in tema di esportazione delle prestazioni di disoccupazione, su cui ancora gravano i limiti di una concezione anacronistica del mercato del lavoro europeo. E se intende sottrarre alla gestione casistica della giurisprudenza creativa dei

⁵⁷⁵ V. pure quanto osserva KOSTAKOPOULOU, *op. ult. cit.*, pp. 636 e 638.

⁵⁷⁶ DOUGAN, *The constitutional dimension*, cit., p. 639.

⁵⁷⁷ Sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, *L'azione comunitaria in materia di sicurezza sociale in prospettiva storica. Omaggio a Lionello Levi Sandri*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, pp. 537 ss.

⁵⁷⁸ V. in questo senso VERSCHUEREN, *European (internal) migration law*, pp. 342 ss.

giudici di Lussemburgo le delicatissime questioni sollevate dalla esportabilità delle prestazioni sanitarie e degli aiuti al mantenimento degli studenti, il legislatore europeo deve evidentemente farsi carico di dettare anche su questa materia una disciplina adeguata, che sappia contemperare – su di un piano necessariamente generale – le istanze di controllo della spesa pubblica (e di eliminazione delle forme di *free riding*) con quelle della libertà dei singoli.

Occorre tuttavia avere la consapevolezza che la istituzionalizzazione di una forma di solidarietà sociale propriamente europea sollecita il legislatore comunitario ad andare oltre la logica del coordinamento dei sistemi nazionali di *welfare*. Il radicamento di una forma di solidarietà “organica”, “tra estranei” nell’Europa allargata – per riprendere l’evocativa terminologia usata da Rainer Zoll – richiede uno zoccolo minimo di prestazioni sociali di “cittadinanza”⁵⁷⁹, disciplinate e almeno in parte finanziate a livello comunitario. L’idea, da tempo presente nel dibattito, del reddito minimo europeo⁵⁸⁰, come anche quella, non lontana, dello “stipendio civico in cambio di servizi sociali, ecologici e culturali”⁵⁸¹, vanno esattamente in questa direzione, ma indicano obiettivi di riforma forse ancora troppo lontani dall’orizzonte dell’Unione.

Le prime positive esperienze di mobilitazione del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione⁵⁸² dimostrano tuttavia che l’Unione è pronta, già oggi, a dare un concreto contributo al governo dei processi di ristrutturazione economica in atto in Europa e di ammortizzazione delle relative conseguenze sociali. Il Fondo – che non sostituisce le misure di competenza delle imprese a norma della legislazione e della contrattazione collettiva nazionale – ha già co-finanziato pacchetti di servizi personalizzati volti al reimpiego di lavoratori licenziati da aziende europee in conseguenza dei processi di delocalizzazione di attività produttive per lo più verso la Cina. Immaginando una estensione del raggio di azione del FEG, si potrebbe ad esempio pensare ad uno schema di tutela attiva contro la disoccupazione a base propriamente comunitaria quale primo stadio nella costruzione incrementale di uno “schema di *welfare* paneuropeo”⁵⁸³, capace di forgiare quel vincolo di solidarietà organica tra cittadini degli Stati membri che oggi impegna esclusivamente le finanze di questi ultimi.

Ma al di là degli esempi già proposti o immaginabili, è certo che la ridefinizione in atto dei confini dei sistemi di *welfare* del Vecchio Continente richiede risposte politiche nuove e adeguate. Essa è parte essenziale – come è stato detto – di una nuova “questione sociale”, che investe direttamente l’Unione europea e la sua capacità di governo⁵⁸⁴. Ed è difficile pensare che la Corte di giustizia – per quanto animata dalle migliori intenzioni – possa, da sola, dare le risposte che servono.

⁵⁷⁹ Ma dovrebbe trattarsi di una cittadinanza “civica”, basata sull’integrazione nella società ospitante e quindi estesa anche ai migranti non comunitari legalmente residenti nell’Unione: v. BELL, *Civic citizenship*, cit., p. 317.

⁵⁸⁰ Su di essa v., da ultimo e per tutti, FERRERA, SACCHI, *A more social EU?*, cit., p. 7.

⁵⁸¹ ZOLL, *La solidarietà*, cit., p. 189.

⁵⁸² V. da ultimo la proposta di decisione del Parlamento europeo e del Consiglio presentata dalla Commissione come documento COM(2007) 600 definitivo, dell’11 ottobre 2007.

⁵⁸³ FERRERA, SACCHI, *op. loc. cit.*

⁵⁸⁴ Ivi, p. 5.

Transnational Wages Setting as a Key Feature of a Socially Oriented European Integration: Role of and (Questionable) Limits on Collective Action*

Edoardo Ales

“People who have never been on a picket line tend to think all industrial action is disproportionate if not indecent”

Lord Wedderburn, *Labour Law: 40 Years On*, ILJ, 2007

1. ‘Old’ and ‘new’ references to a socially oriented European integration in the Treaties: strengthening social cohesion by improving living conditions.	122
2. Transnational harmonisation of wages as the main instrument of improvement of living conditions and the crucial role of collective action.	123
3. Collective action as fundamental right at EU level: the legal background.	124
4. Fundamental freedoms as limits and conditions for collective action in transnational wage setting at EU level: <i>ITWF</i> , <i>Laval</i> and <i>Rüffert</i> .	126
4.1 Limitations in purposes and contents for collective action after <i>ITWF</i> and <i>Laval</i> .	128
5. Collective action and wages: negative effects of the EU hidden competence under the fundamental freedom chapter.	131
6. “Minimum rates of pay” or equal treatment for posted workers? Weighing up pros and cons in a transnational bargaining perspective.	132
References.	134

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 63/2008

1. 'Old' and 'new' references to a socially oriented European integration in the Treaties: strengthening social cohesion by improving living conditions.

Looking at the Treaty on European Union and at the Treaty on its functioning (hereafter, respectively, TEU and TFEU) as re-structured after Lisbon 2007, 'old' and 'new' references can be found within both which confirm that the social dimension is still present and has to play a relevant role within European integration. In fact the new text of art. 3 (par. 3) reads: "The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a *highly competitive social market economy*, aiming at *full employment and social progress*; (...) it shall *combat social exclusion and discrimination*, and shall *promote social justice and protection*; (...) it shall *promote economic, social and territorial cohesion*, and *solidarity among Member States*"⁵⁸⁵ (art. 3, par. 3 TEU).

Assuming that the reference to a "social market economy" will, at least, differentiate the European economic model from the pure neoliberal one⁵⁸⁶, one has to focus, above all, on social progress as main aim of the EU fighting against social exclusion and discrimination, while promoting social justice and protection, alongside the economic, social and territorial cohesion and solidarity among Member States. These are ambitious goals that, according to the more recent case law of the European Court of Justice⁵⁸⁷ (hereafter ECJ), shall be considered influential even while implementing the internal market based on competition and fundamental freedoms.

This new social awareness is confirmed by the introduction of the so called horizontal social clause, already provided within the aborted Constitutional Treaty, according to which: "In defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to *the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health.*" (art. 9 TFEU).

The fact that social progress and economic, social and territorial cohesion are missed from art. 9 TFEU has not to be overestimated since something similar to the above mentioned horizontal social clause was already provided within art. 159 par. 1 TEC, now art. 175 par. 1 TFEU, which

⁵⁸⁵ Emphasis always added.

⁵⁸⁶ On the concept of "social market economy" and on its possible impact on European integration, see C. JOERGES, F. RÖDEL, *Social Market Economy as Europe's Social Model*, EUI Working Papers LAW n. 2004/8 available at <http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/2823/1/law04-8.pdf>.

⁵⁸⁷ ECJ 11 December 2007, Case 438/05 *International Transport Workers Federation*; ECJ 18 December 2007, Case 341/05 *Laval un Partneri Ltd.* Literature on both cases, their background and their consequences is already wide. See, at least, M. V. BALLESTRERO, 'Le sentenze *Viking* e *Laval*: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero', (2008) 2 *Lavoro e diritto*, 371; B. BERCUSSON, 'The Trade Union Movement and the European Union: Judgement day', (2007) *European Law Journal*, 279; B. CARUSO, 'I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?', WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 61/2008; A. C. L. DAVIES, 'One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ', (2008) 2 *Industrial Law Journal*, 126; E. KLUND, 'The Laval Case', (2006) 2 *Industrial Law Journal*, 202; P. A. KÖHLER, "'Vaxholm" – "Gustafsson" – "Evaldsson": Das kollektive Arbeitsrecht Schwedens auf dem europarechtlichen Prüfstand', (2008) *ZESAR*, 65; A. LO FARO, Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi *Laval* e *Viking*, (2008) 1 *Lavoro e Diritto*, 71; T. NOVITZ, 'The Right to Strike and re-flagging in the European Union: free movement provisions and human rights', (2006) *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 242–256; M. PALLINI, 'Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea', (2008) *Rivista Giuridica del Lavoro*, II, 3; R. REBHANN, 'Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking', (2008) *ZESAR*, 109; S. SCIARRA, 'Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo', (2008) 2 *Lavoro e Diritto*, 245; F. TEMMING, 'Das "schwedische Modell" auf dem Prüfstein in Luxemburg – der Fall Laval', (2008) *ZESAR*, 231; LORD WEDDERBURN, 'Labour Law 2008: 40 Years on', (2007) *Industrial Law Journal*, 397; C. WOOLFSON, J. SOMMERS, 'Labour Mobility in Construction: European Implications of the Laval un Partneri Dispute with Swedish Labour', (2006) *European Journal of Industrial Relations*, 49.

reads: “(..) the formulation and implementation of the Union’s policies and actions and the implementation of the internal market shall take into account the objectives set out in Article 174 and shall contribute to their achievement”. As well known, art. 174 TFEU (once art. 158 TEC) states that: “in order to promote *its overall harmonious development*, the Union shall develop and pursue its actions leading to the *strengthening of its economic, social and territorial cohesion*”.

The strengthening of economic, social and territorial cohesion has, therefore, to be considered an added horizontal goal to be pursued by the EU and the Member States, each one within the scope of its shared competence on the topic, as provided by art. 4 par. 2 TFEU.

Being social among the other, the question is if cohesion may be achieved also by EU policies adopted under the scope of art. 151 TFEU (former art. 136 TEC) which reads that: “the Union and the Member States (..) shall have as their objectives (..) *improved living and working conditions, so as to make possible their harmonisation while the improvement is being maintained (..)*”. This is the case, in our opinion, since, according to art. 174 TFEU the strengthening of cohesion is pursued “in order to promote the overall harmonious development” of the EU, a mission which cannot be accomplished without improving living and working conditions at European level by harmonising them “while the improvement is being maintained”.

2. Transnational harmonisation of wages as the main instrument of improvement of living conditions and the crucial role of collective action.

Looking at the social objectives laid down by art. 151 TFEU, one may wonder if living and working conditions cannot be considered as a whole as far as community action is concerned. Indeed, since its beginning, i.e. in the Seventies, EU commitment towards harmonisation in the social field has exclusively focused on working conditions - the new competence on “the combating of social exclusion” introduced by the Treaty of Nice of 2001 being limited to the coordination of national inclusion policies (art. 137 TEC now art. 153, par. 1, lett. j TFEU). In this view, living conditions should have improved indirectly, by consequence of the harmonisation of (at their turn, hopefully improved) working conditions. These latter, however, as well known, cannot refer to wage (“pay”) because of the lack of EU competence on the subject under the social chapter (art. 153 par. 5 TFEU⁵⁸⁸).

On the other hand, undoubtedly, wage increase has to be considered one of the most significant parameters in evaluating the improvement of living conditions at transnational level. Therefore, the lack of competence in this field is likely to hinder the accomplishment of the EU mission as defined by art. 151 TFEU. Neither such a lack can be compensated by the role Social Partner are suppose to play according to art. 154 TFEU⁵⁸⁹, since such a role is clearly limited to the competences recognised to the EU by art. 153, par. 1 TFEU.

⁵⁸⁸ Art. 153 par. 5 TFEU reads: “The provisions of this Article shall not apply to pay, the right of association, the right to strike or the right to impose lock-outs.”.

⁵⁸⁹ Art. 154 TFEU reads: “1. The Commission shall have the task of promoting the consultation of management and labour at Union level and shall take any relevant measure to facilitate their dialogue by ensuring balanced support for the parties. 2. To this end,

However, this does not mean that, even “at Union level”⁵⁹⁰, collective action carried out by trade unions outside the scope of art. 154 TFEU shall not be considered as the most relevant and effective tool in order to increase wage standards and thus to improve living conditions. On the contrary, taken into account the exclusion provided by the above mentioned art. 153, par. 5, collective action has to be deemed to be the sole legitimate tool for transnational wage setting within the EU Law perspective.

3. Collective action as fundamental right at EU level: the legal background.

This can be considered one of the reasons why the reaffirmation of the right of collective bargaining and action within art. 28 of the Charter of Fundamental Rights of the EU (hereafter CFREU)⁵⁹¹ has been optimistically welcomed as decisive in view of eventually providing collective action with a clear status at EU level. However one may wonder if this is really the case.

A first question that has been risen immediately after the solemn proclamation of the CFREU on December 2000 in Nice was referred to its legal value. This question has now been answered by art. 6, par. 1 TEU which recognised to the CFREU “the same legal value as the Treaties” adding that “the provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties.”.

This leads to the second double question that, on the contrary, still remains open - to what extent “Community law” can limit “the right to negotiate and conclude collective agreements at the appropriate levels and, in cases of conflicts of interest, to take collective action to defend their interests, including strike action”? What if “national laws and practices”, also referred to in art. 28, are in conflict with “Community Law”?

To the last part of the question the answer seems to be the prevalence of “Community law” on national laws and practice, as recently confirmed by art. 1, par. 7 dir. 2006/123 which reads: “This Directive does not affect the exercise of fundamental rights as recognised in the Member States and by Community law. Nor does it affect the right to negotiate, conclude and enforce collective agreements and to take industrial action *in accordance with national laws and practices which respect Community law*”.

The first part of the question seems to be more difficult to answer, above all if we take into account art. 52, par. 1 CFREU which reads: “Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by this Charter must be provided for *by law* and respect the *essence* of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others”. Limitation by law, the respect of the

before submitting proposals in the social policy field, the Commission shall consult management and labour on the possible direction of Union action (...).”.

⁵⁹⁰ See art. 155 TFEU which reads: “1. Should management and labour so desire, the dialogue between them at Union level may lead to contractual relations, including agreements. 2. Agreements concluded *at Union level* shall be implemented either in accordance with the procedures and practices specific to management and labour and the Member States *or, in matters covered by Article 153*, at the joint request of the signatory parties, by a Council decision on a proposal from the Commission. The European Parliament shall be informed (...).”.

⁵⁹¹ Art. 28 CFREU reads: “Workers and employers, or their respective organisations, have, in accordance with Community law and national laws and practices, the *right* to negotiate and conclude collective agreements at the appropriate levels and, in cases of conflicts of interest, to take collective action to defend their interests, including strike action”.

essence of the right and of the principles of proportionality, necessity and general interest have to be considered conditional to any kind of restriction the same definition of a fundamental right can afford.

If such a conclusion perfectly fits to the fundamental nature recognised to all the rights (and freedoms) reaffirmed by the CFREU, it fits even more to the right of collective action that, as we have tried to demonstrate in the above, can be considered, at the moment and probably also for the future, the only mean by which the harmonisation of living conditions, while the improvement has being maintained, can be achieved at EU level. The fact that, according to art. 34, par. 3 CFREU, “In order to combat social exclusion and poverty, the Union recognises and respects the right to social and housing assistance so as to ensure a *decent existence for all those who lack sufficient resources, in accordance with the rules laid down by Community law and national laws and practices*” has now to be confronted with the statement that “the provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties.” (art. 6, par. 1 TEU). Indeed, the recognition and the respect of such a right (if already existing at national level) does not mean that EU competences in the field go beyond the coordination perspective provided by the already mentioned art. 153 TFEU as far as the “the combating of social exclusion” and the “modernisation of social protection systems” are concerned.

Therefore, one may wonder if, after the coming into force of the Lisbon Treaty, particularly art. 6, par. 1, the ECJ could still reach the same conclusions recently reached in the already mentioned *ITWF* and *Laval* cases at least with regard to what we may call the ‘fundamental right argument’. In fact, from the moment the Lisbon Treaty will be ratified by all Member States, the ECJ will have to test any kind of limitation to the right of collective action, whether provided by “Community law” or by “national legislations and practices”, against the above mentioned conditions required by art. 52, par. 1 CFREU, i.e. limitation by law, the respect of the essence of the right and of the principles of proportionality, necessity and general interest. Thus just reversing the way of reasoning adopted till now, according to which collective action has to be seen as a limitation to the exercise of fundamental freedoms and therefore to be warranted and allowed “only if (a) it pursues a legitimate objective compatible with the Treaty (*protection of workers*) and (b) is justified by overriding reasons of public interest (*protection of workers*); if that is the case, (c) it must be suitable for securing the attainment of the objective which it pursues (*suitability or appropriateness*) and (d) not go beyond what is necessary in order to attain it (*proportionality*)”⁵⁹².

However, since, at the time of writing, the Treaty of Lisbon has not yet come into force – and we do not know if it will, taking into account the Irish decision to ratify it by a referendum – it is worth to propose some reasoning about the (highly questionable) way by which the ECJ has approached the subject of the right of collective action, i.e. the only mean by which harmonisation of living conditions, while the improvement is maintained, can be achieved at EU level.

⁵⁹² ECJ *ITWF*, n. 75; *Laval* n. 101. On the questionable relevance of the principle of balancing see below par. 4.1.

4. Fundamental freedoms as limits and conditions for collective action in transnational wage setting at EU level: *ITWF, Laval* and *Rúffert*.

As well known, the ECJ has been called to pronounce three times in less than six months on the legitimate exercise of collective action which was *de facto* conditioning and allegedly limiting the freedom of establishment and, above all, the freedom to provide transnational services by posting workers of an enterprise. In all the three cases, *ITWF*, *Laval* and *Rúffert*⁵⁹³, at stake was the request of (maintaining) working conditions which differ from those ones afforded by the employer to the workers. Nevertheless, only in *ITWF* such a claim was directly supported by the Union representing the workers concerned against an employer (Viking) who wanted to reflag one of its ships just to be able to apply Estonian working conditions instead of Finnish ones, thus reducing the existing wage standards. In *Laval* and *Rúffert*, indeed, the anti-dumping concern had led, in the first, the Swedish legislature to let the Swedish unions free to try to impose a bargaining on wages as far as (Latvian) posted workers were concerned, and, in the second, the German (regional) legislature to ask for the application of local collective agreements as a condition to be fulfilled by enterprises that wanted to compete for a public procurement procedure.

If in *ITWF* the solidarity strike called by the International Transport Workers Federation was asked by the Finnish trade union in order to support its collective action directly brought against the Finnish ship-owner Viking, in *Laval*, solidarity collective action was the sole mean by which the Swedish unions might try to convince Laval un Partneri to get involved in a negotiation its workers cannot ask for due to the existence of an *ad hoc* collective agreement quickly signed in Latvia.

However, it is apparent that in all the three cases the ultimate goal of trade unions and legislatures was to avoid that the exercise of a fundamental freedom by the relevant employer will have as a direct or indirect side effect the worsening of wage standards and, consequently, of living conditions, thus contradicting the principle of 'harmonisation in the improvement' laid down in art. 151, par. 1 TFEU.

In *ITWF* the effect would have been direct, since lower Estonian wage conditions would have been applied to Finnish workers. In *Laval* and *Rúffert* it would have been indirect, by pushing Swedish and German employers to question collectively bargained (national or regional) wage standards in order to be able to compete with enterprises coming from (new) Member States with lower living conditions. On the other hand, opting for the prevalence of the interest of the posting enterprise not to modify its wage conditions will mean to provide it with a competitive advantage which can be challenged under the just recalled principle of 'harmonisation in the improvement'. The same will happen by allowing a Finnish ship-owner to reflag a ship only because of the convenience it may have in terms of wage lower conditions.

In this view, also the establishment of the principle of "minimum rates of pay" by art. 3, par. 1 of EC directive 96/71 on posted workers⁵⁹⁴, which has to be guaranteed by the employer whatever the country of origin of the worker, does not seem to be effective in order to avoid that instead

⁵⁹³ ECJ 3 April 2008 Case 346/06 *Rúffert*.

⁵⁹⁴ On that point see G. ORLANDINI, 'I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi', in S. GIUBBONI and G. ORLANDINI (eds.), *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, (Bologna: Il Mulino, 2007), 85.

of producing the 'harmonisation in the improvement' European integration will reduce itself to a race to the bottom for working and thus living conditions. On this point we will come back later, dealing with some reform scenarios. Now it is time to focus on how the ECJ has approached the issue of the clash between the fundamental right of collective action and market freedoms.

First of all we have to highlight that, as recently and brilliantly reminded by Antonio Lo Faro⁵⁹⁵, both *ITWF* and *Laval* are fruits of the poisoned tree of *Rush Portuguesa*⁵⁹⁶ in which the ECJ, due to the fact that, at that time, art. 39 TEC (now art. 45 TFEU) on free movement for workers was not applicable to Portugal, consequently referred to art. 49 TEC (now art. 56 TFEU) in order to avoid that a Portuguese firm would be obliged to hire French workers as a condition to operate in France. Workers protection against discrimination based on nationality was the aim, not social dumping. This was recognised by the same ECJ when affirming that: "Community law does not preclude Member States from extending their legislation, or collective labour agreements entered into by both sides of industry, to any person who is employed, even temporarily, within their territory, no matter in which country the employer is established; nor does Community law prohibit Member States from enforcing those rules by appropriate means"⁵⁹⁷.

Unfortunately, the positive intent of protecting workers which moved the ECJ to look beyond art. 39 in order to find another reliable juridical basis for its anti-discriminatory discourse, opened the way to a total (and unintended?) overlapping of art. 39 by art. 49 which became the one and only provision of the Treaty to refer to in order to define the legal and contractual treatment applicable to (temporary) transnational provision of work.

This was even more regrettable since only one year later in *Säger*⁵⁹⁸ the ECJ affirmed that art. 49: "requires not only the elimination of all discrimination against a person providing services on the ground of his nationality but also the abolition of any restriction, even if it applies without distinction to national providers of services and to those of other Member States, when it is liable to prohibit or otherwise impede the activities of a provider of services established in another Member State where he lawfully provides similar services.". Not surprisingly, since the same reasoning had been proposed by the ECJ three years before in *Daily Mail and General Trust* referring to art. 43 TEC (now art. 49 TFEU)⁵⁹⁹.

Therefore, in the understanding of the ECJ, both provisions cannot be seen anymore as antidiscrimination rules in the sense that they secure the same treatment for national and non national enterprises moving abroad. On the contrary, by claiming for the "abolition of any restriction", they allow the discrimination of enterprises from the host Country which are committed to national collective agreements and the discrimination of workers from the Country of origin who cannot benefit from the highest wage standards in case paid to workers from the host Country.

In such a perspective, the already mentioned art. 3, par. 1, directive n. 96/71, obliging Member

⁵⁹⁵ See A. LO FARO, 'Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno', 71.

⁵⁹⁶ ECJ 27 March 1990 Case 113/89, *Rush Portuguesa*, ECR 1990, I-01417.

⁵⁹⁷ ECJ *Rush Portuguesa*, n. 18.

⁵⁹⁸ ECJ 25 July 1991 Case 76/90, *Manfred Säger*, ECR 1991, I-04221, n. 12.

⁵⁹⁹ ECJ 27 September 1988, C-81/87, *The Queen v. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, ECR 1988, 05483.

States to guarantee, within the “nucleus of mandatory rules for minimum protection”⁶⁰⁰, “minimum rates of pay”, is likely to produce at least three negative effects: firstly, by excluding posted workers from the enjoyment of the equal treatment principle provided for by art. 39 to migrant workers, simply because they are not employed by an enterprise based in the host Country; secondly, by obliging trade unions to bargain a *minimum* rate of pay at national level in order to avoid the legislature to intervene on wages, thus interfering in a field traditionally ruled by collective bargaining; thirdly, by call into question the same legitimacy of collective action aimed at obtaining higher wages for posted workers and to avoid the above mentioned race to the bottom.

4.1 Limitations in purposes and contents for collective action after ITWF and Laval.

As confirmed by *Laval*, the combination of the controversial interpretation of art. 49 with the “minimum rates of pay” principle is likely to deeply affect the very essence of the right of collective action i.e. the free definition, by trade unions, of the purposes and of the contents of the bargaining process and, thus, when needed, of industrial action. Which is totally against “national legislations and practices” of all Member States, even those providing the more restrictive regulations on strike⁶⁰¹. As a matter of fact, none of them is prohibiting collective bargaining and action if these are aimed at the conclusion of a collective agreement⁶⁰², this being the case both in *ITWF* and *Laval*.

Therefore, it is worth explaining how it has been possible for the ECJ to reach this socially unacceptable conclusion by briefly analysing the reasoning followed in *ITWF* and, above all, in *Laval*.

First, by summarily affirming the existence of a horizontal direct effect⁶⁰³ of art. 49 TEC, thus applicable also to trade unions as “associations or organisations not governed by public law”. They are then, on the one hand, equalise to “bodies governed by public law”, but, on the other seen as “bodies *not* governed by public law” when it comes “to avail themselves of that provision (art. 3, par. 10 dir. n. 96/71) by citing grounds of public policy in order to maintain that collective action such as that at issue in the main proceedings complies with Community law” (*Laval* n. 84). So that, trade unions has to comply with art. 49 as, in relation to it, they are assimilated to “bodies governed by public law”, but they cannot avail themselves of the provision laid down by art. 3, par. 10 - according to which Member States, *for grounds of public policy*, may apply terms and conditions of employment on matter other than those referred to in art. 3, par. 1 of the directive - as, in relation to it, they are *not* considered “bodies governed by public law”. Which sounds at least paradoxical⁶⁰⁴.

Second, collective action falls within the scope of application of art. 49⁶⁰⁵, no exemption being

⁶⁰⁰ ECJ *Laval*, n. 108.

⁶⁰¹ As it would happen in Italy, for instance. On this point see G. ORLANDINI, ‘Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia’, (2008) *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 73–74.

⁶⁰² This seems to be the case now also for solidarity action as witnessed by a recent decision from the German *Bundesarbeitsgericht* (19.6.2007, 1 AZR 396/06) according to which also this form of action falls within the scope of application of art. 9 par. 3 *Grundgesetz* (the German Constitution) and, within the usual limit of *Verhältnismäßigkeit*, is therefore legitimate.

⁶⁰³ ECJ *Laval*, n. 98; as for the horizontal direct effect of art. 43 TEC see ECJ *ITWF*, n. 66.

⁶⁰⁴ For an opposite view, see S. Sciarra, ‘*Viking e Laval*’, 262 - 263. Our view is shared by M. V. Ballestrero, ‘Le sentenze *Viking e Laval*’, 388.

⁶⁰⁵ ECJ *Laval*, nn. 87 - 88 and 95; and under the scope of application of art. 43: see ECJ *ITWF*, n. 55.

allowed under: (a) the lack of competence argument; (b) the fundamental right argument, (c) the *Albany* argument. Let us analyse them separately, using the same wording of the ECJ.

(a) “In this regard, it suffices to point out that, even though, in the areas in which the Community does not have competence, the Member States remain, in principle, free to lay down the conditions for the existence and exercise of the rights at issue, they must nevertheless exercise that competence consistently with Community law (...). Therefore, the fact that Article 137 EC does not apply to the right to strike or to the right to impose lock-outs is not such as to exclude collective action such as that at issue in the main proceedings from the domain of freedom to provide services.”. Which seems to be convincingly consistent with the wording of art. 137, par. 5 that reads: “The provisions of *this* Article does not apply to (...).”⁶⁰⁶.

(b) “(...) the exercise of the fundamental rights (...) does not fall outside the scope of the provisions of the Treaty. Such exercise must be reconciled with the requirements relating to rights protected under the Treaty and in accordance with the principle of proportionality (...). It follows from the foregoing that the fundamental nature of the right to take collective action is not such as to render Community law inapplicable to such action, taken against an undertaking established in another Member State which posts workers in the framework of the transnational provision of services.”⁶⁰⁷. A vision that can be shared only if the limitations on the exercise of the right to take collective action are provided for *by law* and respect the *essence* of those rights and freedoms and, subject to the principle of proportionality, these limitations are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others (as for art. 52 CFREU).

(c) “(...) It cannot be considered that it is inherent in the very exercise of trade union rights and the right to take collective action that those fundamental freedoms will be prejudiced to a certain degree.”⁶⁰⁸. A summary and unmotivated statement clearly contradicted by all Member States’ legislations and practices, according to which a certain limitation of market freedoms must be considered inherent to the very essence of the right to take collective action.

Third, “the right of trade unions of a Member State to take collective action by which undertakings established in other Member States may be forced to sign the collective agreement for the building sector – certain terms of which depart from the legislative provisions and establish more favourable terms and conditions of employment as regards the matters referred to in Article 3(1), first subparagraph, (a) to (g) of Directive 96/71 and others relate to matters not referred to in that provision – *is liable to make it less attractive, or more difficult*, for such undertakings to carry out construction work in Sweden, and therefore constitutes a restriction on the freedom to provide services within the meaning of Article 49 EC.”⁶⁰⁹. Here we can really grasp how deep the

⁶⁰⁶ ECJ *ITWF*, n. 41; *Laval* n. 88. According to S. SCIARRA, ‘*Viking e Laval*’, 258-259, the problem is the lack of a Community legislation, compatible with the internal market, regulating social dumping.

⁶⁰⁷ ECJ *ITWF*, n. 47; *Laval*, n. 95.

⁶⁰⁸ ECJ *ITWF*, n. 51–54. On the relationship between competition and solidarity at EU level from an Italian perspective, see S. SCIARRA (ed.), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, (Bologna: Il Mulino, 2007); M. CORTI, *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, (2007) *Rivista Giuridica del Lavoro*, I, 773.

⁶⁰⁹ ECJ *Laval*, n. 99.

combination of the *Säger* formula with the “minimum rates of pay” principle is affecting the very essence of the right of collective action.

Being *this kind of* collective action considered as a restriction on the freedom to provide services (and of establishment, in the *ITWF* case), this can be warranted “only if (a) it pursues a legitimate objective compatible with the Treaty and (b) is justified by overriding reasons of public interest; if that is the case, (c) it must be suitable for securing the attainment of the objective which it pursues (*suitability or appropriateness*) and (d) not go beyond what is necessary in order to attain it (*proportionality*)”⁶¹⁰.

Furthermore, “since the Community has thus⁶¹¹ not only an economic but also a social purpose, the rights under the provisions of the Treaty on the free movement of goods, persons, services and capital (e) must be balanced against the objectives pursued by social policy, which include, as is clear from the first paragraph of art. 136 EC, *inter alia*, improved living and working conditions, so as to make possible their harmonisation while improvement is being maintained, proper social protection and dialogue between management and labour (*balancing*)”⁶¹².

(a-b) Fortunately, protection of workers is considered by the ECJ as a legitimate objective/overriding reason of public interest and “*in principle*, blockading action by a trade union of the host Member State which is aimed at ensuring that workers posted in the framework of a transnational provision of services have their terms and conditions of employment fixed *at a certain level*, falls within the objective of protecting workers”⁶¹³. But ... “(...) with regard to workers posted in the framework of a transnational provision of services, their employer is required, as a result of the coordination achieved by Directive 96/71, to observe a nucleus of mandatory rules for minimum protection in the host Member State”⁶¹⁴. Therefore collective action by a trade union of the host Member State will be justified in the light of the public interest objective (*protection of workers*) only if it is aimed at obliging an undertaking established in another Member State to comply as regards minimum pay⁶¹⁵. In fact, as already highlighted in the above, “not being (*trade unions*) bodies governed by public law, they cannot avail themselves of that provision (*art. 3, par. 10 dir. n. 96/71*) by citing grounds of public policy in order to maintain that collective action such as that at issue in the main proceedings complies with Community law.”⁶¹⁶.

(c) Fortunately again “(...) it should be borne in mind that it is common ground that collective action, like collective negotiations and collective agreements, may, in the particular circumstances of a case, be one of the main ways in which trade unions protect the interests of their members.”⁶¹⁷. Thus, at least collective negotiations and collective agreements, seem to be inherently suitable and appropriate as restrictions to the exercise of fundamental freedoms which are

⁶¹⁰ ECJ *ITWF*, n. 75; *Laval* n. 101.

⁶¹¹ Reference has to be made to former art. 3, par. 1 TEC repealed and replaced, in substance, by art. 3 to 6 on competences – see also art. 3, par. 3 TEU.

⁶¹² ECJ *ITWF*, n. 79, *Laval* n. 105.

⁶¹³ ECJ *Laval*, n. 107.

⁶¹⁴ ECJ *Laval*, n. 108.

⁶¹⁵ ECJ *Laval*, n. 109 and 110.

⁶¹⁶ ECJ *Laval*, n. 84.

⁶¹⁷ ECJ *ITWF*, n. 86.

aimed at protecting workers' interests. Something very close to the *Albany* argument.

(d) When it eventually comes to the proportionality test, its relevance has to be accurately evaluated. According to the ECJ "(...) it is for the national court to examine, in particular, on the one hand, whether, *under the national rules and collective agreement law applicable to that action*" the trade union involved "did not have other means at its disposal which were less restrictive of freedom of establishment in order to bring to a successful conclusion the collective negotiations entered into" with the relevant employer, "and, on the other, whether that trade union had exhausted those means before initiating such action"⁶¹⁸. Only apparently the ECJ is relying on national rules, where existing, in order to decide whether collective action does not go beyond what is necessary in order to attain the objective it pursues. Indeed, by asking the national judge to verify if the trade union involved "did not have other means at its disposal which were less restrictive of freedom of establishment in order to bring to a successful conclusion the collective negotiations entered into" and "whether that trade union had exhausted those means before initiating such action", the ECJ is *de facto* introducing a *last resort principle* against which every transnational collective action has to be tested⁶¹⁹ - before it takes place, if that trade union want to escape any damage liability.

(e) Within such a conditional framework, one may ask whether the principle of balancing, finally affirmed by the ECJ, will be somehow beneficial to trade unions who want to engage in a legitimate transnational collective negotiations or action⁶²⁰. To be honest, it does not seem it could be anyhow influential in passing the justification test all the restrictions to the exercise of fundamental freedom shall be submitted to. Balancing the rights under the provisions of the Treaty on the free movement of goods, persons, services and capital against the objectives pursued by social policy will thus remain meaningless until when it will be possible to test – the other way round - the socially irresponsible exercise of fundamental freedom against the principles laid down by art. 52 CFREU as a restriction to the exercise of collective action as a fundamental right⁶²¹.

5. Collective action and wages: negative effects of the EU hidden competence under the fundamental freedom chapter.

What seems to follow from the foregoing, is the existence of a hidden competence on collective action and on wages under the fundamental freedom chapter, deriving, on the one hand, from the already recalled combination of the controversial interpretation of art. 49 as a discriminatory provision⁶²² with the "minimum rates of pay" principle laid down by art. 3 par. 1 directive 96/71, and, on the other, from the paradoxical consequences produced by the summarily affirmed horizontal direct effect of art. 43 and 49 TCE, not accompanied, at least in the case of posting, by the recognition to trade unions of the right to cite grounds of public policy (*protection of workers*) in order to widen the scope of collective action otherwise restricted to a "nucleus of mandatory rules for minimum protection"⁶²³ by the above mentioned directive.

⁶¹⁸ ECJ *ITWF*, n. 87.

⁶¹⁹ See on it M. V. BALLESTRERO, 'Le sentenze *Viking* e *Laval*, 379 and 383.

⁶²⁰ The same question, followed by a negative answer, is addressed by M. V. BALLESTRERO, 'Europa dei mercati e promozione dei diritti', WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 55/2007, 20 ff.

⁶²¹ See on it B. CARUSO, 'I diritti sociali', 35.

⁶²² See above par. 4.

⁶²³ ECJ *Laval*, n. 108.

Furthermore, as a restriction on the exercise of fundamental freedoms, collective action has to be – beforehand – evaluated according to the last resort principle in order to pass the proportionality test.

From a socially oriented perspective of the European integration at least two criticisms has to be moved to the legitimate exercise of such a hidden competence. The first falls under the 'essence of fundamental right' argument. Restricted in its scope and legitimacy as described in the above, the right to collective action can hardly be considered secured in its very essence as required by art. 52 CFREU. The second falls under the 'harmonisation in the improvement' argument. Indeed the benefit the "minimum rates of pay" principle is likely to bring to posted workers is not comparable to the damages the same principle is likely to cause to the free exercise of collective action in terms of obliging trade unions of the host Member State to bargain, nationally, on a minimum level basis. This, as clearly shown by *Rüffert*, calls into question the very existence of wage standards which exceed that level, also for national workers of the sector of industry involved.

To the just drawn picture we have to add the lack of EU competence under the social policy chapter on wage ("pay") and collective action. Reality shows that it has been short-sighted of European trade unions to stand for the exclusion of those subjects from the EU social competences. In fact this has not meant the exclusion of EU intervention under the market freedom chapter. It has only made now impossible for a hypothetical political will to oppose to the ECJ dealing with social issues as mere restrictions on the exercise of fundamental freedoms, thus to be submitted to the justification test.

6. "Minimum rates of pay" or equal treatment for posted workers? Weighing up pros and cons in a transnational bargaining perspective.

It is clear that the "minimum rates of pay" principle does not fit to the vision of a socially oriented European integration we have advocated in the above⁶²⁴. The same principles which support that vision in the Treaties will rather suggest the equal treatment principle for substitute to it as far as the definition of working conditions of posted workers is concerned. Indeed, the 'harmonisation in the improvement' of living condition and the strengthening of economic and social cohesion at EU level which will follow it, would be more effectively achieved by securing to posted workers the same wage conditions national workers usually enjoy. Moreover, equal treatment will also led to the "abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment", inherent to the freedom of movement for workers within the EU (art. 45, par. 1 and 2)⁶²⁵.

Therefore, if EU wishes to move towards a more socially oriented integration, a substantive modification of art. 3 par. 1 directive 96/71 seems to be crucial. Otherwise it will be recommendable for trade unions and for those member States who have already adopted that principle, Italy for instance, to lodge a claim in front of the ECJ in order to ask for the withdrawal of art. 3, par. 1 because its conflict with art. 45, par. 1 and 2, art. 151, par. 1 and art. 174 TFEU.

⁶²⁴ See above, par. 1.

⁶²⁵ On this point see also art. 18, par. 1 TFEU which reads: "Within the scope of application of the Treaties, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited."

On the other hand, it is clear that the competitive advantage of undertakings based in Member States with a lower wage standards will vanish as a result of the introduction of the equal treatment principle between national and posted workers. In the opinion of many, this has to be considered unacceptable because of its negative consequences on the employment opportunities of workers coming from the new Member States. However, by accepting such a criticism one assumes companies can compete only on labour cost, which is obviously neither true nor recommendable.

Also the anti-protectionist argument has to be rejected, given that, defending a higher level of workers protection by demanding other Member States and enterprises to increase their protective standards will serve the cause of achieving the 'harmonisation in the improvement' of living condition and the strengthening of economic and social cohesion at EU level which will follow it.

Problems linked to the overall financial sustainability of a straight introduction of the equal treatment principle for posted workers could be taken into the due consideration and faced in a less drastic way by stimulating social partners at national and European level to develop forms of transnational collective bargaining aimed at first reducing and then gradually filling the existing wage gap⁶²⁶.

Such objectives have been developed by the European Commission within the Social Agenda 2005 - 2010⁶²⁷ according to which: "In the EU, there is still considerable potential for facilitating improvements in quality and productivity through more intensive cooperation between economic players. Providing an optional framework for transnational collective bargaining at either enterprise level or sectoral level: (a) could support companies and sectors to handle challenges dealing with issues such as work organisation, employment, working conditions, training. (b) It will give the social partners a basis for increasing their capacity to act at transnational level. It will provide an innovative tool to adapt to changing circumstances, and provide cost-effective transnational responses. Such an approach is firmly anchored in the partnership for change priority advocated by the Lisbon strategy. The Commission plans to adopt a proposal designed to make it possible for the social partners to formalise the nature and results of transnational collective bargaining. The existence of this resource is essential but its use will remain optional and will depend entirely on the will of the social partners".

At the time of writing the Commission has not yet adopted its proposal and it is very unlikely it will do it in a near future, any reference to transnational collective bargaining being absent from the *Renewed Social Agenda*⁶²⁸. Nevertheless, in 2004, the Commission selected a group of independent experts asking them to deliver a juridical study on an optional European framework for

⁶²⁶ For a sceptical position on this point see W. STRECK, 'The Internationalisation of Industrial Relations in Europe: Prospects and Problems', (1998) *Politics & Society*, 429, who was pleading for a growing convergence between national bargaining systems in order to cope with their diminishing capacity to "override and correct market forces" (452). The solution proposed in the text is supported by B. CARUSO, 'I diritti sociali', 40 and by R. PESSI, 'Diritto del lavoro: bilancio di un anno tra bipolarismo e concertazione', Dipartimento di Scienze Giuridiche, Collana Studi, n. 5, (Padova: CEDAM, 2008), 88.

⁶²⁷ COM(2005) 33 final.

⁶²⁸ COM(2008) 412 final.

transnational collective bargaining⁶²⁹. The study has been presented on May 2005 to social partners and still represents a useful contribution for an open debate⁶³⁰.

References.

E. ALES (co-ordinator), S. ENGBLOM, T. JASPERS, S. LAULOM, S. SCIARRA, A. SOB CZAK, and F. VALDÉS DAL-RÉ, *Transnational collective bargaining: Past, present and future*, http://ec.europa.eu/employment_social/labour Law/docs/transnational_agreements_ales_study_en.pdf;

E. ALES, 'Establishing an Optional Legal Framework for a European Union Transnational Bargaining System: Possible Grounds, Instruments and Contents for a Suitable Legislative Action', forthcoming, ILO, Geneva;

M. V. BALLESTRERO, 'Europa dei mercati e promozione dei diritti', WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 55/2007;

M. V. BALLESTRERO, 'Le sentenze *Viking* e *Laval*: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero', (2008) 2 *Lavoro e diritto*, 371;

B. BERCUSSON, 'The Trade Union Movement and the European Union: Judgement day', (2007) *European Law Journal*, 279;

B. CARUSO, 'I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?', WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 61/2008;

M. CORTI, *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, (2007) *Rivista Giuridica del Lavoro*, I, 773;

A. C. L. DAVIES, 'One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ', (2008) 2 *Industrial Law Journal*, 126;

E. EKLUND, 'The Laval Case', (2006) 2 *Industrial Law Journal*, 202; P. A. KÖHLER, "'Vaxholm" – "Gustafsson" – "Evaldsson": Das kollektive Arbeitsrecht Schwedens auf dem europarechtlichen Prüfstand', (2008) *ZESAR*, 65;

⁶²⁹ As a matter of fact, as the ECJ (13 September 2007, Case 307/05, *Del Cerro Alonso*,) recently stated: "39. (...) as Article 137(5) EC derogates from paragraphs 1 to 4 of that article, the matters reserved by that paragraph must be interpreted strictly so as not to unduly affect the scope of paragraphs 1 to 4, nor to call into question the aims pursued by Article 136 EC. 40. More particularly, the exception relating to 'pay' set out in Article 137(5) EC is explained by the fact that fixing the level of wages falls within the contractual freedom of the social partners at a national level and within the relevant competence of Member States. In those circumstances, in the present state of Community law, it was considered appropriate to exclude determination of the level of wages from harmonisation under Article 136 EC et seq. 41. The 'pay' exception cannot, however, be extended to any question involving any sort of link with pay; otherwise some of the areas referred to in Article 137(1) EC would be deprived of much of their substance.". These principles have been confirmed and further developed by ECJ 15 April 2008, Case 268/06, *Impact*, n. 120-126. I owe these references to Massimiliano Delfino.

⁶³⁰ E. ALES (co-ordinator), S. ENGBLOM, T. JASPERS, S. LAULOM, S. SCIARRA, A. SOB CZAK, and F. VALDÉS DAL-RÉ, *Transnational collective bargaining: Past, present and future*, available at: http://ec.europa.eu/employment_social/labour Law/docs/transnational_agreements_ales_study_en.pdf. An illustrative survey on its contents may be found in *European Industrial Relations Review*, September 2006, p. 27 ff. On the report see A. LO FARO, 'La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?', (2007) *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2007, 568. On the report and more generally on the topic, see E. ALES, 'Establishing an Optional Legal Framework for a European Union Transnational Bargaining System: Possible Grounds, Instruments and Contents for a Suitable Legislative Action', forthcoming, ILO, Geneva.

- C. JOERGES, F. RÖDEL, *Social Market Economy as Europe's Social Model*, EUI Working Papers LAW n. 2004/8 available at <http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/2823/1/law04-8.pdf>
- A. LO FARO, 'La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?', (2007) *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2007, 568;
- A. LO FARO, 'Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi *Laval* e *Viking*', (2008) 1 *Lavoro e Diritto*, 71;
- T. NOVITZ, 'The Right to Strike and re-flagging in the European Union: free movement provisions and human rights', (2006) *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 242–256;
- G. ORLANDINI, 'I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi', in S. GIUBBONI and G. ORLANDINI (eds.), *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, (Bologna: Il Mulino, 2007), 85;
- G. ORLANDINI, 'Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia', (2008) *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 73–74;
- M. PALLINI, 'Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea', (2008) *Rivista Giuridica del Lavoro*, II, 3;
- R. PESSI, 'Diritto del lavoro: bilancio di un anno tra bipolarismo e concertazione', Dipartimento di Scienze Giuridiche, Collana Studi, n. 5, (Padova: CEDAM, 2008);
- R. REBHAHN, 'Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking', (2008) *ZESAR*, 109;
- S. SCIARRA (ed.), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, (Bologna: Il Mulino, 2007);
- S. SCIARRA, 'Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo', (2008) 2 *Lavoro e Diritto*, 245;
- W. STREECK, 'The Internationalisation of Industrial Relations in Europe: Prospects and Problems', (1998) *Politics & Society*, 429;
- F. TEMMING, 'Das "schwedische Modell" auf dem Prüfstein in Luxemburg – der Fall Laval', (2008) *ZESAR*, 231;
- LORD WEDDERBURN, 'Labour Law 2008: 40 Years on', (2007) *Industrial Law Journal*, 397;
- C. WOOLFSON, J. SOMMERS, 'Labour Mobility in Construction: European Implications of the Laval un Partneri Dispute with Swedish Labour', (2006) *European Journal of Industrial Relations*, 49.

Is a Decent Wage Part of a decent Job? Answers from an Enlarged Europe*

Antonio Lo Faro

1. Decent wage: A European “internal” problem	137
2. Quality of work and low wages: an emerging issue in Europe (too)	138
3. The first answers: equitable wage	140
4. Jobs, Jobs, Jobs	141
5. The EU “better jobs” agenda: Roses without Bread”?	142
6. Laval, Ruffert and the perspectives of a European minimum wage	145
7. References	147

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 64/2008

1. Decent wage: A European “internal” problem

Until a few years ago, the idea of attributing a theme such as decent wage to the socially evolved European Union would probably have seemed quite odd.

Certainly, since the beginning of this century EU institutions have given due attention to the initiatives of the ILO regarding decent work. However, that attention was focused more on the “external” dimension of the policies of international cooperation rather than on social policies of the EU at an internal level. And still today the most recent interventions on this theme take the form of “an EU contribution to the implementation of the decent work agenda in the world”⁶³¹, rather than the pursuit of a decent work policy within the confines of the community. In short, when speaking of decent work, the EU seems to look towards what the others are doing rather than keeping its own house in order.

But the (apparent) singularity of the juxtaposition of the debate on decent wage and the EU is not limited to the prevalently external dimension until now assumed by community policies regarding decent work. It is indeed necessary to add that the question of earnings was not, and still today is not, recognised as fundamental in the evaluation of the “quality” of work, in either international or community spheres. Barely hinted at in the sphere of the so-called four pillars of the Decent Work Agenda promoted by the ILO on a worldwide scale since 1999⁶³², the guarantee of an adequate wage is completely absent from the first EU formulations regarding the objective of (more and) better jobs pursued by the EU since 2000 within the so-called Lisbon strategy. Expressed in terms which have by now become almost “inalienable” in the context of any labour market analysis, within the confines of the old continent a decent wage has never been considered a valid indicator of the quality of work.

For at least the first half of the current decade, any reference to perceived earnings has remained practically extraneous to the community’s notion of “quality of work”. The impression one gets when reading the great mass of EU documents produced since the year 2000, from the Kok report to the recent Common principles of flexicurity⁶³³, is that within EU confines, the pursuit of good jobs is more related to the recognition of more evolved “second generation” social rights rather than to the primary guarantee of an adequate/decent wage, evidently by now considered a pacifically consolidated part of the patrimony of guarantees of European citizens⁶³⁴.

And yet, various events recorded in recent times can be evoked to bear witness to the fact that even in Europe the question of a decent wage is far from resolved.

Only a few weeks ago, the European Trade Union Confederation promoted a Euro-demonstration in Lubiana in support of a “Pay campaign” called *On the offensive for Fair Wages*. And only a few months ago, the German IG Metall, considered a barometer of trends in European work relations, concluded a long period of negotiations in which the central theme was a claim of substantial

⁶³¹ As states the title of the last Communication by the Commission on the subject (COM(2006) 249 of 24th May 2006).

⁶³² *Decent work*, Report of the Director General, International Labour Conference Geneva, 1999.

⁶³³ For a complete reconstruction, cfr. MASSIMIANI 2007.

⁶³⁴ See, however, GHAI 2003.

wage increase, based on the union's consideration, according to which "Never before in the history of Federal Germany has there been such economic growth accompanied by such a drop in wage levels/labour share"⁶³⁵. And again, precisely the subject of wages - and in particular the practice of wage dumping put into act by companies from countries who have recently joined the EC - turns out to be at the core of some of the most discussed law suits of the last few decades (*Laval, Rüffert*)

Therefore, there is enough evidence to wonder if the question of a decent wage can still really be considered so irrelevant within the confines of the EU; if its substantial exclusion from the quality of work agenda is justified, or if it would not rather be the case to admit that the problem of guaranteeing an adequate wage level is increasingly evident in the EU, not only in the external dimension but also internal.

There appear to be two processes in particular which have determined the emergence of the problem, which until the 1990s seemed to have abated if not totally disappeared; on the one hand the introduction of a single currency with the relevant Stability Pact and the necessary policy of wage moderation which followed (§. 2); on the other, the enlarging of the Union - and its market - towards countries characterised by levels of social welfare inferior to that of longer standing member states. (§. 3). Such issues will be dealt with more extensively in the following pages.

2. Quality of work and low wages: an emerging issue in Europe (too)

According to some rather alarming data provided by the ETUC on the occasion of the Lubiana Euro-demonstration, the labour share on GDP has decreased in recent years by almost 10%, all to the advantage of the profits share, which in the same time span has increased by the same measure. This however, regards well-known data, confirmed very recently by a series of investigations and reports carried out by various international organisations⁶³⁶ which all highlight a decisive shift in wealth produced from wages to profits, collocating the decisive moment of this shift to around the middle of the 1990s.

The debates which in that precise historical phase ensued between economic analysts and institutional protagonists of monetary integration are too recent to be recorded here: in the phase of convergence which preceded the introduction of the Euro and even more in the phase of complete realisation of the monetary union - it was said in those years - the dynamics of earnings take on a considerable macroeconomic relevance to the extent that, in absence of other legitimate mechanisms of cushioning, able to absorb the asymmetrical shocks within the unified market, their restraint becomes an indispensable condition for that stability so essential for the future of the integration process.

Those forecasts, or hopes, have effectively had an evident corroboration with the facts: the last decade was marked by undoubted wage restraints in all European countries, determining positive

⁶³⁵ News and quotations taken from B. LIVERANI, *In Germany a contract of steel*, in www.eguaglianzaeliberta.it/articolo.asp?id=938.

⁶³⁶ Cfr. the study of ELLIS - SMITH 2007 for the Bank of International Settlements, and the recent *World Economic Outlook 2008* for the International Monetary Fund. Regarding data of the preceding *Outlook* for 2007, see article by M. Ricci, *Salaries outclassed by profits* in *La Repubblica* of 28.4.2007.

repercussions in terms of macroeconomic stability, but was also characterised by an “excess of union responsabilisation” as far as wage negotiations are concerned, now openly denounced by the more recent stances of the ETUC⁶³⁷.

However, the introduction of the Euro certainly does not constitute the only explanation for the decrease in the labour share as a proportion of the GDP, powerfully manifesting itself in the Europe of the new century. There is no lack of other analysis which attribute a more structural significance to the reduction of the share of wealth destined for wages, which is linked more to phenomena of the progressive transformation of production methods and working practices than to an event which is certainly epoch-making, however singular, such as the creation of the single currency.

According to some recent studies, for example, the fact that it is possible to register the start of the labour share decline in Europe back to the first half of the 1980s, forces one to distinguish the origin of the phenomenon to other causes, different to those connected with monetary unification. Therefore, according to some observers, the main cause of the redistribution of the value of production in favour of profits can be found in technological progress, whose effects negatively reverberate on the negotiating power of the workers⁶³⁸, while according to others the main reason lies in the loss of union power which became evident in many European countries starting from the 1980s⁶³⁹. Others highlight as the cause of the first two explanations, the diffusion of non-standard jobs, others the internationalisation of world markets - of goods, of services and of labour, with the consequent availability of huge doses of low-cost goods and services as well as a low-wage labour supply⁶⁴⁰ to European companies.

Whatever the causes, that which cannot be doubted is the emergence within Europe of a worrying phenomenon whose existence, it was believed until recently, was confined to the other side of the Atlantic. Namely, the appearance of a category of workers which analysts have defined *working poor*⁶⁴¹ who, after years of considerable European disinterest towards the question - have been object of a specific research conducted by the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions⁶⁴².

Certainly the definition of “working poor” can be discussed, which appeared for the first time in the sphere of the EU in the conclusive documents of the Lisbon summits in July 2000⁶⁴³; undoubtedly one can debate on the differences between working-poor and low-paid workers, attributing more correctly to the latter the problems more relevant from the point of view of labour law

⁶³⁷ Cfr. the message presented by the ETUC at the meeting with the Employment and Social Affairs Ministers of the EU ‘troika, held last February (www.etuc.org/a/4513).

⁶³⁸ ELLIS - SMITH 2007.

⁶³⁹ GIAMMARIOLI *et al* 2004.

⁶⁴⁰ In these terms the Nobel Prize for Economics Edmund Phelps in PHELPS 2006.

⁶⁴¹ The phenomenon is sometimes defined by economic literature in terms of “in-work poverty”. For a comparison between Europe and the US, cfr. STRENGMANN - KUHN 2005.

⁶⁴² PENA-CASAS - LATTA 2004.

⁶⁴³ According to the definition included and used in the sphere of EUROSTAT, “working poors” are defined as those who are in employment but remain below a defined poverty threshold, i.e. less than 60% of the median equivalised household income.

analysis⁶⁴⁴; indisputably one could also discuss the extent of the phenomenon⁶⁴⁵, but there is no doubt that a wage problem does exist today in Europe. It is therefore necessary to see if and how the European institutions have taken it into account until now.

3. The first answers: equitable wage

At the beginning of the 1990s, in an institutional context completely different to the current post-enlargement EU, an ambitious EC initiative attempted to propose some solutions to the wage problem, which had evidently begun to be perceived as relevant. The Commission Opinion on an equitable wage of 1993⁶⁴⁶ associated to the then recent Community Charter of Fundamental Social Rights for Workers the necessity for the member States to adapt their own systems to a principle of equitable wage, intended, according to the definition of the Charter, as “wage sufficient to enable workers to have a decent standard of living”.

To a previous instrument geared to the introduction of a social security minimum income,⁶⁴⁷ the Opinion of the following year subsequently added the wish that the member states would act to guarantee a “fair remuneration for work performed with particular attention being paid to the more vulnerable members of the labour force”. Certainly it was only a mere wish, without any legally binding value for the member states⁶⁴⁸, considering that this document was unfortunately published in a period notoriously unfavourable to the adoption of supranational legislation regarding social policy. The document seemed, however, to pave the way for a period of EU interventions on the theme of remuneration, demonstrating awareness of a problem which already in those years was not exclusively limited to the gender pay gap, which the document also dealt with.

However the initiative of 1993 was not an overwhelming success. The only development ensuing was a report published some years later⁶⁴⁹ in which the Commission gave an account of the results of study and research conducted on the basis of the Opinion of 1993. The results were not particularly comforting, considering that the report in question declares that “There were few signs that the Member States had viewed the Opinion as a catalyst for action”, and that on the contrary “the majority of Member States felt that the intervention on wage setting was not desirable and should be avoided if possible”, in spite the fact that the data confirms “a widening in wage inequalities” and that “the decline of traditional forms of collective bargaining in some member states has reduced control over monitoring and maintaining an equitable wage”.

Looking at the situation with today’s categories of analysis, the depressing panorama which emerges from the 1997 report constituted a sort of preview of the scenario which a decade of soft law and Open Method of Coordination would then make quite familiar in the EU sphere: a

⁶⁴⁴ See. IOAKIMOGLU - SOUMELI 2002, according to whom “For example, low-paid workers may live in households with other sources of income, such as the earnings of other household members, or social benefits, and thus avoid poverty”.

⁶⁴⁵ According to data supplied by the Commission in its recent *Joint Employment Report 2007/8*, “In-work poverty still affects 8% of workers in the EU” (p.8). A reading of the data can be found in DAVOINE-ERHEL 2006.

⁶⁴⁶ COM (93) 388 of 1st September 1993.

⁶⁴⁷ *Council Recommendation on common criteria concerning sufficient resources and social assistance in social protection systems*, 24th June 1992.

⁶⁴⁸ “The Commission has no intention either to legislate or propose binding instruments on remuneration or to set operational definitions, since these can best be established at national, regional or sectorial levels” (p. 2).

⁶⁴⁹ *Equitable Wages-A Progress report*, (COM(96) 698 of 8th January 1997).

sufficient awareness of the problems, not supported by sufficient regulative or legislative capacity.

Apart from the rather disappointing results following the first EC equitable wages policies around the middle of the 1990s, the reasons which explain the decided loss of appeal of wage profiles in the context of European social policies of subsequent years are to be placed in the context of the definite bias of EU social policies towards employment, in act since the end of the 1990s.

4. Jobs, Jobs, Jobs

It is not worth wasting too many words recalling that in the 15 years which has seen the completion of the single market, the introduction of the Euro and the enlargement of the Union, the primary problem of the community institutions has been that of employment.

To the occupational problem were indeed referred the more worrying statistics which in those years reached the tables of the Commission and of the Council: an unemployment rate over 11% and an employment rate well beyond 60%, with more dramatic peaks concentrated in some categories particularly at risk: women and elderly workers (aged 55-64) in particular⁶⁵⁰.

And related to the employment problem are - not by chance - the most relevant innovations regarding EU law and policy at the end of the century: respectively, the new Title VIII of the Amsterdam Treaty in 1997 and the launch of the Lisbon Strategy on Growth and Jobs in 2000.

The majority of observers did not fail to notice that, according to the privileged approach of the Lisbon agenda, the efforts of the Member States should be concentrated on achieving *high employment* rather than *low unemployment*⁶⁵¹. Which, as is well-known, is not exactly the same thing⁶⁵². Employment policies should therefore be aimed at attracting more people to the labour market and encouraging the participation of inactive persons, particularly with a view to raising the labour force participation of those at greatest risk of inactivity: i.e. women and older workers⁶⁵³. To summarise: the employment policies as “activation” policies; that is policies able to increase the labour supply so as to offset the impact of future declines in the number of persons of working age⁶⁵⁴.

It is understood, then, from this point of view, how - at least in the initial phase - the EU objective was identified essentially with the creation of as many jobs as possible, irrespective of their “quality” and more pertinently, of the quality of the remuneration. In fact, from the stance taken, and

⁶⁵⁰ A diachronic overview of the figures is available in *Ten Years of European Employment Strategie (EES)* Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007 (available at http://ec.europa.eu/employment_social/publications/20-07/ke7807329_en.pdf).

⁶⁵¹ “The European Council considers that the overall aim should be to raise the employment rate to as close as possible to 70% by 2010” (Presidency Conclusions, Lisbon European Council 23-24 March 2000).

⁶⁵² Cfr. THRELFALL 2004.

⁶⁵³ “Men are inactive mainly because of education or retirement, while almost half of the inactivity for women aged between 25-54 is due to family and home-care responsibilities”. See the Commission report to the Stockholm European Council *Increasing labour force participation and promoting active ageing*, COM(2002) 9 of 24th January 2002.

⁶⁵⁴ As stated in the latest *Integrated Guidelines for Growth and Jobs (2008-2010)*, (COM(2007) 803, Part V of 11th December. 2007, p. 9.

reflected in the title of the document manifesto of this phase of EU policy on employment, the objective pursued - *Jobs, Jobs, Jobs*⁶⁵⁵ - also justified affirmations in which the wage problem was perceived as all but a priority: “To maximise job creation, in particular for the low-skilled, Member States should pursue efforts to reduce the non-wage labour costs for low-wage earners.” And among the measures suggested to the Member States actually appeared “in-work benefits to complement where necessary, as an incentive for workers to accept low-paid jobs”⁶⁵⁶

In short, even if one certainly wouldn't want to reach the conclusion that the Kok Report and in general the UE policies following Lisbon have manifested total disinterest for the wage problem, certainly one cannot help but notice that in those documents decent wages are not the main concern: job creation first.

As a matter of fact, some years after their launch it cannot be said that those policies have not produced valuable results in terms of job creation: according to the latest statistics available⁶⁵⁷, the employment rate has increased in the EU from 62.5% in 2001 to 64.5% in 2006 and is expected to rise to 65.5% in 2008; which is equal to approximately 18 million new jobs created in the last ten years and over 6.5 million just in the last two years⁶⁵⁸.

In spite of these undoubtedly impressive statistics, a question remains which is still open for debate: how much, today, do the EU institutions perceive low-paid workers as a *problem*, and how much instead are wage restraints, fundamentally, considered as an *opportunity* from the point of view of “activating” policies aimed at creating new jobs (jobs jobs).

In short: does the EU really care about European working poors?

5. The EU “better jobs” agenda: Roses without Bread”?

On this point one cannot but assume a problematically “open” approach, and certainly not an assertive one, given that it concerns identifying a plausible answer on the basis of the enormous production of EU soft law adopted on the subject of employment policy, labour law “modernisation” and “flexicurity” approach during the last few years.

Judging from the most ambitious document - even if destined to a precocious oblivion - adopted on the subject of “modernisation” of labour law in the EU,⁶⁵⁹ the question of the quality of work does not constitute a problem over which the EU institutions can exert great influence: “Responsibility for safeguarding working conditions and improving the quality of work in the Member States primarily rests on national legislation”. And furthermore, even when it is recognised that “there is a risk that part of the workforce gets trapped in a succession of short-term, low quality jobs with inadequate social protection leaving them in a vulnerable position”, it is affirmed, in line with the formulation of employment policy described earlier (§.4), that “Such jobs may however

⁶⁵⁵ *Jobs, Jobs, Jobs, Creating more employment in Europe*, Report of the Employment Task-force chaired by Wim Kok 2003.

⁶⁵⁶ Both the quotations are taken from the document cited in the previous note. Our emphasis.

⁶⁵⁷ http://ec.europa.eu/growthandjobs/key-statistics/index_en.htm.

⁶⁵⁸ *Strategic report on the renewed Lisbon strategy for growth and jobs: launching the new cycle (2008-2010) Keeping up the pace of change* (COM(2007) Part 1 of 11th December 2007).

⁶⁵⁹ *Green Paper on Modernising labour law to meet the challenge of the 21st century* (COM(2006) 708 of 22nd November 2006).

serve as a stepping stone enabling people, often those with particular difficulties, to enter the workforce⁶⁶⁰. According to the Green Paper, in brief, not only is the wage problem inexistent, but even in more general terms quality of work is not something which the EU institutions should really bother about. Even a bad job, in fact, can contribute to activating labour force participation.

Slightly more attention has been paid to the profile of quality of work in subsequent documents, through which the policies of “flexicurity” take shape. From the Commission Communication of June 2007⁶⁶¹ to the Council Conclusions of December of the same year, a numerous series of interventions and EU documents of various nature mention, in fact, although in a rather disorganised way, notions such as “better jobs”, “work of quality”, “good work” in a context in which the wage profile remains evanescent if not completely absent.

One wonders why. Even when quality of work is presented as an objective to achieve, in other words, why is remuneration not really considered among the elements which make a job “good”?

The possible answers are obviously many; one could be the following: at the root of this questionable choice there is a more or less conscious underestimation on the part of the EU of the “material” aspects of work of quality, and a corresponding underestimation of its post-material aspects. Indicators such as career opportunities, social climate, meaningfulness of work, transparency of work organisation, creativity, skill matching between workers and jobs, possibility of transitions between work, education and training, are certainly important elements which should be evaluated in order to measure job satisfaction of each worker. But perhaps even more important is the “material” aspect related to the level of remuneration: paraphrasing the celebrated slogan used by American workers at the beginning of the last century, one could say the EU policies regarding work of quality tend to concentrate on the *Roses* forgetting that first comes the *Bread*⁶⁶².

It is true that some recent studies tend to legitimise the considerable disinterest of the EU of the wage question, highlighting how “earnings play no essential role in subjective estimations, including job satisfaction, which mainly depends on working conditions; consequently, more attention should be paid to improving the latter”⁶⁶³.

From those same studies, however, it is also easy to obtain other findings: namely that the level of remuneration is perceived as effectively less decisive to the ends of estimating the quality of work carried out, only on the part of those workers for whom that level is sufficiently high. Proof is the fact that while the level of remuneration is considered as “non significant” when considering general satisfaction in countries such as Ireland, Finland, Luxembourg, Holland and Austria; the level of earnings is, on the contrary, considered as decisive in countries like Poland, Slovenia,

⁶⁶⁰ *Green Paper*, p.8. Italics is mine.

⁶⁶¹ *Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security* (COM(2007) 359 of 27th June 2007).

⁶⁶² In 1911 during a textile strike in Massachusetts, workers rallied around the slogan “we want bread, but we want roses, too!” with a view of advocating that having a wage sufficient to live was not enough, and that there should be also space for other, non material prerogatives and entitlements at work.

⁶⁶³ TANGIAN 2007: 12, based on the analysis carried out in the *4th European Working Conditions Survey*, carried out by the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.

Slovakia, Spain and many others⁶⁶⁴.

In brief, though it may appear a banal, materialistic or pre-modern observation, interpreting the data in a certain way confirms that only those who have a sufficient dose of Bread are able to look after the Roses; for the rest, Roses are a luxury.

For this reason it appears more than justified the, rather timid, appeals launched by the European Parliament on occasion of its recent Resolutions on the theme of decent work and the Common principles of flexicurity⁶⁶⁵, through which the assembly invites the Commission and the Council to dedicate more attention to the wage problem and to the risks of in-work poverty in the context of an implementation of a decent work agenda also in the sphere of the EU. Appeals which, however, fell on deaf ears, if it's true that - as has recently been highlighted - "both in the principles proposed by the Commission, and in the principles adopted by the EU Council, there is no mention of the concept of decent work"⁶⁶⁶.

However, some vague sign of an acquired awareness of the wage problem and its increasingly important role in achieving the European objective of "decent work" is just beginning to emerge in the most recent EU publications.

A clear declaration by the Ministers for Employment and Social Affairs released at the conclusion of a summit in Berlin in January 2007 seems to adhere to the perspective promoted by the *Gute-Arbeit* strategy prompted by the German DGB⁶⁶⁷, affirming clearly that "the European Union's concept of "good work" includes fair wages"⁶⁶⁸. And in the most recent *Integrated Guidelines*, the Commission declares that it is essential "reducing the proportion of the working poor", and that "the quality of jobs, including pay and benefits [is] crucial", adding that "Particular attention should be given to the low level of wages in professions and sectors which tend to be dominated by women and to the reasons which lead to reduced earnings in professions and sectors in which women become more prominent"⁶⁶⁹.

However commendable these overtures may seem, they do not appear to have any impact on that which remains the basis of EU employment policy: a policy which in its obsessive reference to the necessity of activating labour force participation, tends still today to underline that the main objective is "To ensure that wage developments contribute to the macroeconomic stability and growth".⁶⁷⁰ That is, that wage developments should be submitted to macroeconomic goals, as is clear from the following affirmations of the Commission, which deserve to be cited in full here: "This requires that real wage increases are in line with the underlying rate of productivity

⁶⁶⁴ See Figure n. 6 (importance of different aspects of working conditions for general satisfaction with working conditions by country) in TANGIAN 2007: 37-38.

⁶⁶⁵ Respectively, *European Parliament resolution of 23 May 2007 on Promoting decent work for all*, A6-0068/2007; and *European Parliament resolution of 29 November 2007 on Common Principles of Flexicurity*, A6-0446/2007.

⁶⁶⁶ MASSIMIANI 2008:16.

⁶⁶⁷ An essential part of the strategy is the elaboration of a Gute Arbeit Index, which is better able to evacuate the quality of work, also by the reference to remuneration parameters. Further information at www.dgb-index-gute-arbeit.de.

⁶⁶⁸ The text of the Declaration can be read at www.eu2007.de/en/News/Press-Releases/January/0119BMAS1.html.

⁶⁶⁹ *Integrated Guidelines for Growth and Jobs 82008-2010*, (COM(2007) 803, Part V of 11th December 2007).

⁶⁷⁰ Microeconomic Guideline n.4.

growth over the medium term *and are consistent with a rate of profitability* that allows for productivity, capacity and employment-enhancing investment. This requires that temporary factors such as variation in productivity caused by cyclical factors or one off rises in the headline rate of inflation *do not cause an unsustainable trend in wage growth* and that wage developments reflect local labour market conditions. In countries with declining market shares, *real wages would need to grow below productivity* in order to restore competitiveness⁶⁷¹.

The picture, then, is sufficiently clear: between wage increase and competitiveness (that is between quality of work and growth; or if preferred, between good work and job creation) there is a correlation of inverse proportionality: in order to maintain the second it is necessary to not let the former increase too much. But there is more: possible wage increases which should be registered in some territories or sectors, are explicitly represented as *negative* events for the success of the Lisbon strategy. At least, it would appear that way, judging from the tone of some monitoring reports periodically published by the Commission, in which on noting a strong wage increase in new Member States, the rather dishonourable qualifier of the event was added: “on the downside”⁶⁷². A wage increase is none other than, from the Commission’s point of view, an inopportune hourly labour cost increase⁶⁷³.

6. Laval, Rüffert and the perspectives of a European minimum wage

On a different and legally more significant plan of analysis, the trade-off between wage level and competitiveness is furthermore confirmed by some recent jurisprudential developments, on occasion of which the problem of a European decent wage manifested itself in the form of wage dumping practices, bringing back into focus a theme which in the past had been recurrently placed on the agenda, but lately has remained in the background: namely the adoption of a European minimum wage, whose outlines are yet to be defined.

There is no doubt that one of the more tangible effects of the enlargement process of the EU has been the eruption on European markets of companies coming from new (and low cost) Member States. In fact, it is no mystery that the vast majority of the reasons underlying the extraordinary success of the enlargement process in the space of a few years, which has almost doubled the number of State Members of the Union, are due to a perspective of international division of work whose functioning assumes the possibility for the new Member States to exploit evident competitive advantages derived from their lower labour costs.

Reducing the terms of juridical questions, which are considerably more complex, to their fundamental nucleus, the recent cases *Laval* and *Rüffert*⁶⁷⁴ make it necessary to verify to what extent the regulatory competition can legitimately be conducted on a wage level, allowing EU companies

⁶⁷¹ *Integrated Guidelines*, p. 10. Our emphasis.

⁶⁷² *Quarterly EU Labour Market Review – Winter 2008 (February 2008)*.

⁶⁷³ “Growth in hourly labour costs in the EU has picked up to an annual rate of 3.5% in normal terms in the fourth quarter of 2007, a result of strong wage increases in the new Member States, only partly offset by modest wage growth in Germany. Nevertheless, taking into account trends in productivity growth and inflation, this reflects only a slight change in real labour costs in the EU”, *Quarterly EU Market Review, spring 2008 (May 2008)*. The reports can be consulted on http://ec.europa.eu/employment_social/employment_analysis/quarterly_en.htm.

⁶⁷⁴ Respectively, case C-341/05 of 18 December 2007, *Laval un Partneri Ltd Vs. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundet avdelning 1, Byggetan and Svenska Elektrikerförbundet*; and case C-346 of 3 April 2008, *Dirk Ruffert Vs. Land Niedersachsen*.

to be in competition with each other right in an area - that of wages - which on the contrary should at least in part be preserved from a race to the bottom which would bring it below the “decent” level.

The two cases are too well-known to be described in detail here. Suffice it to say that in the *Laval* case, the Court of Justice denied that Swedish workers could legally go on strike against a Latvian construction company which while doing renovating work in the Swedish territory paid its employees a wage around seven times less than that established by the Swedish collective agreements.

In the *Rüffert* Case, the Court contested the legality of the social clauses in public procurement, denying that a German Land could impose on a Polish company which was building a prison in Niedersachsen to pay wages in line with rates agreed through collective bargaining in the place where the work was done.

In both cases, the legality of the practices of wage dumping carried out by foreign “low-cost” companies has been based on an arbitrarily reductive interpretation of the Posted Workers Directive 96/71/EC and of art. 49 of the EC Treaty on freedom to provide services. According to this highly contestable interpretation, Directive 96/71 does not allow the host Member State to oblige a foreign service provider to observe terms and conditions of employment settled in its own national system, to the extent that those terms and conditions go beyond the mandatory rule for minimum protection. And - in the Court’s view - not always the level of wage as determined by collective agreements can be considered as a “mandatory” protection. Sometimes, the Court says, that wage level could be considered as something which goes beyond a mandatory rule for minimum protection, and its observance cannot be asked by the host State to the extent that this would prevent foreign service providers from competing on the basis of lower wages.

This is not the place in which to evaluate the (dubious) plausibility of the interpretation offered by the Court on the two occasions here quoted. It is sufficient to observe - to the limited ends of this brief work - that those interpretations “are there”, and that they constitute a not indifferent threat not only - as for the developments examined in the previous paragraphs - to the increase of existing wage levels, but also to the conservation of “decent” wage levels in Europe.

It is therefore precisely on this subject of wage dumping - made a burning issue of the day by the enlargement process, the consequent multiplication of the European social systems and the inevitable emergence of regulatory competition phenomena among them - that the recurring suggestions on the institution of a European minimum wage can take shape and become more concrete.

Certainly the ongoing debate on a European minimum wage is much more vast and ambitious than herewith described. At a doctrinal⁶⁷⁵ level, as well at an institutional level⁶⁷⁶, there is no lack in fact of positions which tend to “translate” the terms of fair, equitable or decent wage with

⁶⁷⁵ SCHULTEN 2005.

⁶⁷⁶ See *European Parliament resolution of May 2007 on Promoting decent work for all* A6-0068/2007, which “encourages the Member States to consider the introduction of a minimum wage as a safety-net to prevent people from being exploited and prevent poverty in employment” (point 36).

“minimum wage”. Those positions - which go from the institution of a European-wide minimum wage to the various proposals that every Member State should be obliged to raise its own minimum wage level to at least 50% and gradually 60% of national average earnings - don't seem however for the moment to find political conditions suitable to guarantee their acceptance.

Perhaps a more modest, but more practicable, objective could be to trust the task of determining a European minimum wage to the emerging reality of transnational collective bargaining⁶⁷⁷, which on the occasion of a cross-border provision of services, could fix it via collective agreements which should be considered as “mandatory” to the end of a correct and socially compatible application of the posted workers' Directive. Even this would be a way - limited in scope but efficacious - of ensuring a decent wage to workers who operate within the confines of the European market.

7. References

ALES E. - ENGBLOM S. - JASPERS T. - LAULOM S. - SCIARRA S. - SOBCZAK A. - VALDÉS DAL-RÉ F. (2006), *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, Report prepared for the European Commission (http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/transnational_agreements_ales_study_en.pdf).

DAVOINE L. - ERHEL C. (2006), *Monitoring Employment Quality in Europe: European Employment Strategy Indicators and Beyond*, Paris: Centre d'Etudes de l'Emploi (www.cee-recherche.fr).

ELLIS L. - SMITH K. (2007), *The global upward trend in the profit share*, BIS Working Papers n. 231, Basel: Bank for International Settlements.

GHAI D. (2003), *Decent work: Concept and indicators*, in *ILR*, 2, p. 113.

GIAMMARIOLI N. - MESSINA J. - STEINBERGER T. - STROZZI C. (2002), *European labour share dynamics: An institutional perspective*, Florence: E.U.I. Working Paper ECO 2002/13

IOAKIMOGLU E. - SOUMELI E. (2002), *Low-wage workers and the 'working poor'*, in *European Industrial Relations Observatory on-line* (www.eurofound.europa.eu/eiro/2002/08/study/tn0208101s.htm).

MASSIMIANI C. (2007), *Riferimenti sulla qualità del lavoro nell'Agenda di Lisbona* (allegato a CARUSO B., *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*), in *DLRI*, 113, p. 108.

MASSIMIANI C. (2008), *Flessicurezza e lavoro dignitoso in Europa: una convivenza possibile?*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, (www.europeanrights.eu)

PEÑA-CASAS R. - LATTA M. (2004), *Working poor in the European Union*, Dublin: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.

PHELPS E. (2006), *Some Costs of Globalization*, ASSA 2006 Conference Paper (www.aeaweb.org/annual_mtg_papers/2006/0107_1430_0604.pdf).

SCHULTEN T. (2005), *Theses for a European minimum wage policy*, in *Transfer*, 11, p. 256.

⁶⁷⁷ See the Report for the Commission prepared by ALES - ENGBLOM - JASPERS - LAULOM - SCIARRA - SOBCZAK - VALDES DAL - RE 2006.

STRENGMANN-KUHN W. (2005), *Working Poor in Europe: A Partial Basic Income for Workers?* in STANDING G. (ed.), *Promoting Income Security as a Right: Europe and North America*, London: Anthem Press.

TANGIAN A. (2007), *Is work in Europe decent?*, Diskussionspapier Nr. 157, Wirtschafts und Sozialwissenschaftliches Institut in der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf.

THRELFALL M. (2004), *Goodbye to the unemployment rate?*, in *Transfer*, 1, p. 125.

Flexicurity and Decent Work in Europe: can they co-exist?*

Clemente Massimiani

Abstract.	150
1. Decent work.	150
2. Intertwining paths.	152
3. Flexicurity.	156
4. A possible co-existence?	162
5. Latest developments.	164
Legenda.	165
References.	166

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 65/2008

Abstract.

This contribution sets out to analyse the relationship between two notions of particular relevance in current debates on international and European labour law: decent work and flexicurity. The first has been the cornerstone of the International Labour Organization's programme for the last decade. The second is a political formula which has recently come to the forefront of European policy, based on a balance between flexibility and security in the labour market.

1. Decent work.

Promoting the concept of decent work has been the core of the International Labour Organization's policies since 1991⁽⁶⁷⁸⁾. As can be inferred from the report presented by the Director General Juan Somavia during the 87th International Labour Conference, the "primary goal" of the Organization is "to promote opportunities for women and men to obtain decent and productive work, in conditions of freedom, equity, security and human dignity"⁽⁶⁷⁹⁾.

In September 2000 the decision "to develop and implement strategies that give young people everywhere a real chance to find decent and productive work" is an integral part of the United Nations Millennium Declaration⁽⁶⁸⁰⁾.

The concept of decent work, as illustrates the doctrine⁽⁶⁸¹⁾, simultaneously reflects continuity with the past and innovation in the *modus operandi* of the ILO on themes regarding work. In short, the model of decent work expresses the *summa*, but also the starting point and essence of the mission which the ILO has taken upon itself since its inception in 1919⁽⁶⁸²⁾.

This model is universal, in the sense that it is applicable to all workers and all societies and that its objectives make up a common aspiration within diverse existing frameworks on a corporate, regional and national level.

Decent work summarises the aspirations of all workers in the so-called *four pillars*: a) *rights at work*; b) *employment*; c) *social protection*; d) *social dialogue*⁽⁶⁸³⁾.

A) *Rights at work* make up the ethical and juridical basis of decent work. They lay down the foundations for the other pillars, and in this sense, precede them. They establish the effective relationship between work and the components of dignity, equality, freedom, fair pay, social security and the voice of the workers. They represent a part of the more general human rights agenda.

B) *Employment* is a vital element of decent work. It refers not only to Ford-style factory work with a fixed wage, but to every form of work, regardless of the of the place where it is carried out, the time-scale, or way in which it is produced (telework, self-employment, temporary work, part-time work, work performed by women and minors, etc.). Briefly, the pillar expresses the need for productive work which is freely chosen and fairly paid, for all. This translates into equal opportunities,

⁽⁶⁷⁸⁾ See SOMAVIA 1999.

⁽⁶⁷⁹⁾ *Ibidem*; COMMISSION 2007a.

⁽⁶⁸⁰⁾ See UN 2000.

⁽⁶⁸¹⁾ See GHAI 2006, p. 3.

⁽⁶⁸²⁾ See ILO 2005a.

⁽⁶⁸³⁾ See GHAI 2006, p. 7. For a summary of *labour standards* adopted by the ILO, see COMMISSION 2006b.

in the provision of concrete employment possibilities, in the guarantee of personal development and the fulfilment of workers' expectations.

C) *Social protection* expresses the need for protection of the worker from every form of accident and vulnerability which he/she could incur during his/her working life. The range of measures adopted in this sector is vast. On the one hand it deals with helping the worker and his/her family to cope with a series of situations which expose them to social risks (injury, maternity, unemployment, corporate crisis, redundancy, adversity, etc.). On the other, it deals with specifically protecting vulnerable subjects on the labour market, for example, women, minors, the elderly, disabled, etc. Social protection policies aim to reduce suffering, anxiety and insecurity at work, to encourage wellbeing and social inclusion to whom they are addressed.

D) *Social dialogue* gives the framework for workers' voices to be heard in corporate processes. By means of the right to information, consultation and participation via their own representatives, workers are involved in corporate decisions. Dialogue with other actors in production processes and with public authorities allows representatives to defend the interests of the workers, according to the model of participative democracy.

The principle of gender equality is transversal, covering all four pillars (*gender mainstreaming*).

The universal model for decent work sets out to improve living and working conditions of individuals worldwide, starting from the so-called hard core of social rights guaranteed by the ILO's *eight fundamental conventions* ⁽⁶⁸⁴⁾.

On an international level, the growing importance of the so-called *labour standards* identified by the ILO conventions is a consequence of the processes of globalisation ⁽⁶⁸⁵⁾. In brief, the evolution of forms of production and organisation of work causes rapid movements of capital and productive units which can determine a decline in standards of treatment for workers. The need to sustain a "fair globalisation", capable of avoiding forms of "social dumping" and able to focus on people, on respective rights, independence and cultural identity, dignity of work, while respecting completely gender equality, finds a driving force in the activities of the *World Commission on the Social Dimension of Globalisation*. In particular, the report presented by the Commission in February 2004 demonstrates the inevitable link between globalisation and decent work, making its priority national and international policies which aim to satisfy the desire of men and women for a decent job and in order to achieve a "fair globalisation" ⁽⁶⁸⁶⁾.

In September 2005 the UN reaffirmed the principles of the Millennium Declaration and consecrated the objective of a decent job "for all", including young people and women ⁽⁶⁸⁷⁾. Following

⁽⁶⁸⁴⁾ See the ILO conventions: C29, concerning forced or compulsory labour (1930); C87, concerning freedom of association and protection of the right to organise (1948); C98, concerning the application of the principles of the right to organise and to bargain collectively (1949); C100, concerning equal remuneration for men and women workers for work of equal value (1951); C105, concerning the abolition of forced labour (1957); C111, concerning discrimination in respect of employment and occupation (1958); C138, concerning minimum age for admission to employment (1973); C182, concerning the prohibition and immediate action for the elimination of the worst forms of child labour (1999).

⁽⁶⁸⁵⁾ On the concept of *labour standards* see ADB, ILO 2006, p. 9.

⁽⁶⁸⁶⁾ See WCSDG 2004, p. 110. On the link between decent work and globalisation see also ILO 2005b and 2007.

⁽⁶⁸⁷⁾ See UN 2005, par. 47.

the agreed programme, the objectives of full and productive employment and of a decent job for all are crucial points in national and international policies aimed at achieving the Millennium Goals ⁽⁶⁸⁸⁾.

The objective of a decent job for all is considered today as the “heart of social progress” ⁽⁶⁸⁹⁾ and is intentionally designed by the ILO in a sufficiently “open” manner ⁽⁶⁹⁰⁾ because of its global vocation. In fact, only a loose definition could make it feasible to achieve the desired results in profoundly diverse national contexts from economic, social and cultural points of view.

2. Intertwining paths.

This is not the place to give an in-depth description of the parameters of decent work set out by the ILO in 1999, however it is necessary to highlight here the influence they have exerted over European employment policies. That, specifically, starting from the EU's acceptance of the ILO's *decent work agenda*, an initiative which in concrete terms adopts a planned, balanced and integral approach to achieving the goals of full employment and a decent job for all on a global, regional, national and local level ⁽⁶⁹¹⁾.

The *Lisbon agenda* ⁽⁶⁹²⁾ and the *decent work agenda* have already crossed respective paths in the past. In fact, decent work represents fertile ground on which to reopen the historic confrontation between ILO and the EU for social and economic progress, as well as improving living and working conditions and the promotion of employment.

In 2001, through an *exchange of letters* ⁽⁶⁹³⁾ between the European Commission and ILO ⁽⁶⁹⁴⁾, the consolidated tradition of cooperation was reopened, whose last act dated back to 1989. It was recognised that since the last act was published, social and employment problems had significantly increased, on a European and international level, and that to address these new challenges, “new integrated approaches [...] at various levels” were necessary to deal with the social aspects of globalisation ⁽⁶⁹⁵⁾.

The agreement of 2001 confirmed the willingness to cooperate, first hinted at in 1989. In partic-

“Employment 47. We strongly support fair globalization and resolve to make the goals of full and productive employment and decent work for all, including for women and young people, a central objective of our relevant national and international policies as well as our national development strategies, including poverty reduction strategies, as part of our efforts to achieve the Millennium Development Goals.

These measures should also encompass the elimination of the worst forms of child labour, as defined in International Labour Organization Convention No. 182, and forced labour. We also resolve to ensure full respect for the fundamental principles and rights at work”. ⁽⁶⁸⁸⁾ *Ibidem.*

⁽⁶⁸⁹⁾ See the ILO declaration “Decent work - the heart of social progress”, in <<http://www.ilo.org>>.

⁽⁶⁹⁰⁾ See COMMISSION 2006b.

⁽⁶⁹¹⁾ Cf. ILO 2007, p. 5; COMMISSION 2006a.

⁽⁶⁹²⁾ Cf. COMMISSION 2000 and 2005a.

⁽⁶⁹³⁾ The *exchange of letters* has value of an international treaty, according to the articles 2 and 13 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties* (1969); see UN 1999.

⁽⁶⁹⁴⁾ In *OJ*, 30.5.2001, C 156, p. 5, amended in *OJ*, 8.6.2001, C 165, p. 23.

⁽⁶⁹⁵⁾ *Ibidem.*

ular, it confirmed the reciprocal invitation to regular meetings held in their respective headquarters and the exchange of information and opinions on questions of work, in the knowledge that a “joint reflection on new approaches to contemporary social issues”, pooling together the respective expertise, “can both respond even more effectively to the need to promote employment opportunities and to maintain and improve living and working conditions worldwide”⁽⁶⁹⁶⁾.

Following the WCDG’s 2004 report⁽⁶⁹⁷⁾, the social dimension of globalisation, intended as the redistributive logic of benefits induced by global processes, became an element of the programmes developed by European institutions. The European Commission initiated a debate which combined the themes of globalisation, governance and decent work in a communication of May 2004⁽⁶⁹⁸⁾.

The European Parliament acknowledged internationalist appeals to reinforce the social dimension of globalisation, considering the promotion of decent works a priority on a national, European, and also global scale⁽⁶⁹⁹⁾. According to European Parliament, guaranteeing a decent work which ensures union rights, social protection and gender equality is indispensable to eliminating poverty. The same EP, however, could not help but admit that still, at the end of 2005, the programme and objective of decent work for all represented a gap in EU foreign, commercial and monetary policies⁽⁷⁰⁰⁾.

On the basis of this dichotomy, the Commission published a communication in March 2006 “*Promoting decent work for all - The EU contribution to the implementation of the decent work agenda in the world*”⁽⁷⁰¹⁾. This act represented the formal acceptance on the part of the EU of programmes and objectives of the global decent work agenda. In this form the gap feared by the EP was culminated.

The programme set up by the Commission, and it is here that we find the heart of the relationship between ILO’s agenda and the Lisbon agenda, above all aimed to guarantee basic social rights⁽⁷⁰²⁾ which make up the “minimum base” of rights established by the international community⁽⁷⁰³⁾ already recognised by the Union⁽⁷⁰⁴⁾.

The EU plan, however, was more ambitious and wider in scope, in that it included social aspects

⁽⁶⁹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁹⁷⁾ See above note 9.

⁽⁶⁹⁸⁾ See COMMISSION 2004a.

⁽⁶⁹⁹⁾ See PARLIAMENT 2005.

⁽⁷⁰⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁰¹⁾ See COMMISSION 2006a.

⁽⁷⁰²⁾ Cf. COMMISSION 2006a and 2006b.

⁽⁷⁰³⁾ See above note 7.

⁽⁷⁰⁴⁾ The reference is to the problem of juridical effectiveness of the *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, recognised by art. 6 of the Treaty on the EU as amended by the *Treaty of Lisbon*, in *OJ*, 17.12.2007, C306, p. 1. Cf. CARUSO 2008; BRONZINI, PICCONE 2007; CELOTTO 2006.

of sustainable development ⁽⁷⁰⁵⁾, aiming to build growth around values and principles for interventions and government action which unite economic competitiveness and social justice ⁽⁷⁰⁶⁾. In a such framework, then, on the one hand decent work was an integral part of the European social agenda, while on the other, it was a vehicle for the promotion and an external projection of the EU's model of integrated economic and social development ⁽⁷⁰⁷⁾.

The communication of 2006 had practical value because within a global framework it gave concrete indications on how to promote decent work, via:

- a) the protection of fundamental social rights, with particular attention to child labour and the gender dimension;
- b) investment policies which aid job creation;
- c) improved governance thanks to social dialogue;
- d) identifying and dealing with gaps existing in decent work legislation;
- e) the organisation of effective and permanent systems of social protection, education and training;
- f) improved cooperation and division of responsibilities between the main actors involved;
- g) reduced corruption due to fair rules of competition.

Having indicated the objectives and instruments, the Commission provided for a series of actions for the promotion of decent work:

- a) increased emphasis on this concept in the policies for development and aid given outside the EU, as well as in the agreements and international cooperation with countries outside the EU;
- b) the consolidation of collaboration with various stakeholders (regional and international organisations, business communities and other actors of the civil society);
- c) reinforcing decent work in a regime of trade liberalisation;
- d) an invitation to the Member States taking into account individual national character, to formulate a roadmap aimed at creating a decent job for all ⁽⁷⁰⁸⁾.

For the EU decent work is the object of both internal and external policies. With reference to the EU's situation, however, one cannot but note an excess of optimism in the picture outlined by the Commission. If on the one hand the Member States are encouraged to ratify and apply ILO conventions, on the other, the evidence on results already obtained, rather than on the gaps to be culminated, would seem to direct EU commitment more towards international cooperation than to internal policies, as if the levels of protection already in act or in any case pursued by the EU's social policies could supersede the necessity to implement decent work. As the Commission

⁽⁷⁰⁵⁾ Cf. on the subject UN 1987.

⁽⁷⁰⁶⁾ See COMMISSION 2006a.

⁽⁷⁰⁷⁾ Cf. COMMISSION 2005b and 2006a.

⁽⁷⁰⁸⁾ Cf. COMMISSION 2006a; PARLIAMENT 2007a.

said in its communication: “*The Community acquis in the fields of employment, social policy and equal opportunities in many respects goes beyond the international standards and measures which underpin the concept of decent work and incorporates the major principles of that concept. [...] Beyond the objectives of the decent work agenda, the Lisbon Strategy and the European Social Agenda provide a much broader political framework for resolute action in favour of employment, equal opportunities and social cohesion*” (709).

The premise for the preceding affirmations is supported by the Commission, by an emphasis which is almost promotional of the *European social model*, whose persistent vitality is challenged by the doctrine (710) and requires a periodical effort of invigoration and modernisation on the part of European institutions (711). The postulate of the Commission cannot be condoned considering the enlargement of the EU to 27 Member States, which makes a single and universally valid model unthinkable, but neither can a Europe of variable social geometry be considered a viable option (712).

Almost a year after the communication, the EP report on “*promoting decent work for all*” showed that the EU could play an important role in the promotion of decent work “through both internal and external policies” (713). From the report it can be inferred that the situation regarding the protection of social rights in the EU of 27 Member States is not so advanced as the Commission had optimistically tried to present (714). While on the one hand there is a general implementation of the fundamental rights of workers (715), on the other hand it is noted that the majority of Member States had not yet ratified the ILO conventions regarding employment promotion and protection against unemployment (C168), occupational safety and health (C155), maternity protection (C183), equality of treatment and maintenance of social security rights (C118 and C157), migrant workers (C97 and C143). This implies, in certain contexts, levels of protection which are below international standards. The data, furthermore, is corroborated both in terms of number and quantity by the so-called “*decent work ranking*”, compiled in 2003 by the ILO and attached to the EP report (716).

In this far from idyllic picture, the relationship between decent work and flexicurity in Europe emerges, recognised by the same rapporteur at the EP (717), who considers that “labour market flexibility and employment security are not mutually exclusive objectives, but with appropriate

(709) See COMMISSION 2006a.

(710) Cf. on the theme BLANPAIN 1998; JEPSEN, SERRANO PASCUAL 2005; HERMANS 2005; ALES 2007.

(711) Cf. EUROPEAN COUNCIL 2001 and 2003; PARLIAMENT 2006. See also beyond, par. 4.

(712) Cf. CARUSO 2007b.

(713) See PARLIAMENT 2007a.

(714) More precisely from the Annex I to the report, which describes the level of ratification of the ILO conventions in the EU at 15, at 25, at 27 and in the countries candidated to adhesion.

(715) As guaranteed by the ILO’s eight fundamental conventions; see above note 7. The exceptions are the Czech Republic and Estonia in relation to convention C138 on minimum age; cf. PARLIAMENT 2007a.

(716) See Annex II in PARLIAMENT 2007a; GHAI 2003. See also beyond, par. 4.

(717) M. Panayotopoulos-Cassiotou.

practices should reinforce each other” (718). The comment, in its synthesis, has considerable importance, as it does not perceive an oxymora in the relationship between flexibility and security, and above all it certifies flexicurity’s “compatibility” with the concept of decent work, provided that it is pursued by means of “appropriate practices”.

3. Flexicurity.

The European debate on modernising labour law (719), instigated by the European Commission with its green paper “*Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*” (720), has posed a series of interesting questions on the relationship between flexicurity and decent work in Europe.

In par. 49 of the conclusions of December 14th 2007 the European Council approved, without amendments, the agreement on the common principles of flexicurity reached by the Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs (EPSCO) Council on the 5th and 6th December 2007 (721), inviting the Member States “to take these principles into good account when developing and implementing national flexicurity-orientated policies” (722).

The principles approved by the European Council, according to the indications from Parliament (723), represent a “more balanced” solution compared to the Commission’s proposal, but nevertheless a compromise. They were approved almost “in silence” and unanimously (724) by both the EPSCO Council of the 5-6th December and by the European Council of the following 14th December. The text is the result of a policy of mediation which on the one hand takes into account the thoughts of various European stakeholders (725), and on the other addresses the challenge of diversity and the enlargement of the EU to 27 Member States.

The delicacy of the interests involved determined contradictory results. The European Council, on one side, came to an agreement on the fundamental “minimums” for the co-existence of flexibility and job security in the order of national work; on the contrary, it could not reach an agreement on the two initiatives which could have helped the concrete implementation of the typical objectives of flexicurity (726). In fact, a consensus was not reached on the amended proposal of the Parliamentary directive and of the Council regarding working conditions for temporary agency workers (727), an area in which it is difficult to find an agreement (728), and on the proposal of

(718) Cf. PARLIAMENT 2007a.

(719) On the themes of the debate see SCIARRA 2007.

(720) See COMMISSION 2006d.

(721) See COUNCIL 2007d.

(722) See EUROPEAN COUNCIL 2007.

(723) Cf. PARLIAMENT 2007d, point 17; GROS-VERHEYDE 2007c.

(724) Cf. EURACTIV 2007.

(725) A comprehensive overview of the stakeholders’ positions on flexicurity is contained in MASSIMIANI 2008.

(726) Cf. KUBUSOVA 2007; GROS-VERHEYDE 2007a.

(727) COUNCIL 2007b.

(728) Cf. ZAPPALÀ 2003.

amendments to the directive of Parliament and Council 2003/88/EC ⁽⁷²⁹⁾, concerning certain aspects of the organisation of working time ⁽⁷³⁰⁾.

As has been opportunely noted, it is one thing to reach an agreement on non-binding general principles, it is another to make them concrete legislative acts ⁽⁷³¹⁾.

It was not, as has been claimed ⁽⁷³²⁾, simply a matter of substituting the Lisbon strategy ⁽⁷³³⁾, neither of obsessively pushing for its impossible objectives ⁽⁷³⁴⁾, but to reinforce the implementation of the strategy, reinstating the main Lisbon intent to create “more and better jobs” ⁽⁷³⁵⁾.

The nexus between flexicurity and the Lisbon strategy clearly emerges in the formulation of the first of the common principles approved by the Council ⁽⁷³⁶⁾. Different to the principles proposed by the Commission, in the Council’s act the Lisbon strategy is immediately mentioned and precedes every attempt to define the concept of flexicurity. The quality of work appeared in the first of the principles approved by the Council. It is a preliminary condition and the end result to which the forms of flexibility and security must aim, which are indicated as instrumental to achieving adaptability, the third traditional pillar of the European Employment Strategy (EES). Flexicurity became the “recipe” for modernising labour law and markets ⁽⁷³⁷⁾ and its broad approach almost puts the contents of the Commission’s green paper “in the attic” ⁽⁷³⁸⁾.

The text approved by the Council generally defends social rights more than the Commission’s. The model of protection for employees is directly derived from the tenor of the “new” principles no. 4 and no. 5, as approved by the Council ⁽⁷³⁹⁾.

The substitution of the expression “flexibility in recruitment and dismissal” with the less stringent “contractual flexibility”, regarding principle no. 5, represents the response to solicitations from

⁽⁷²⁹⁾ In *OJ*, 18.11.2003, L 299, p. 9.

⁽⁷³⁰⁾ COUNCIL 2007c.

⁽⁷³¹⁾ Cf. GROS-VERHEYDE 2007b. In more general terms, on the relationship between rigid forms of legislative harmonising and flexible forms of integration in EU policy, see CARUSO 2005; CINI 2001, p. 192.

⁽⁷³²⁾ See the opinion of W. Cerfeda, ETUC confederal secretary since 2003, in TOTI 2007.

⁽⁷³³⁾ See EUROPEAN COUNCIL 2000.

⁽⁷³⁴⁾ Cf. AMOROSO 2006, p. 6.

⁽⁷³⁵⁾ See EUROPEAN COUNCIL 2000.

⁽⁷³⁶⁾ “(1) Flexicurity is a means to reinforce the implementation of the Lisbon Strategy, create more and better jobs, modernise labour markets, and promote good work through new forms of flexibility and security to increase adaptability, employment and social cohesion”. See COUNCIL 2007d.

⁽⁷³⁷⁾ Cf. CARUSO, MASSIMIANI 2007.

⁽⁷³⁸⁾ Cf. CILONA 2007.

⁽⁷³⁹⁾ “(4) Flexicurity should promote more open, responsive and inclusive labour markets overcoming segmentation. It concerns both those in work and those out of work. The inactive, the unemployed, those in undeclared work, in unstable employment, or at the margins of the labour market need to be provided with better opportunities, economic incentives and supportive measures for easier access to work or stepping-stones to assist progress into stable and legally secure employment. Support should be available to all those in employment to remain employable, progress and manage transitions both in work and between jobs.

(5) Internal (within the enterprise) as well as external flexicurity are equally important and should be promoted. Sufficient contractual flexibility must be accompanied by secure transitions from job to job. Upward mobility needs to be facilitated, as well as between unemployment or inactivity and work. High-quality and productive workplaces, good organisation of work, and continuous upgrading of skills are also essential. Social protection should provide incentives and support for job transitions and for access to new employment”. See COUNCIL 2007d.

various directions, particularly from social partners ⁽⁷⁴⁰⁾, intending to put employer's and employee's rights and responsibilities on the same level; enhance the multi-faceted nature of flexicurity; to guarantee, in brief, that the driving forces behind the strategy are not only backed by employees, but also by businesses. This can be inferred by a series of virtuous co-relations found in the new text, compared to that of the Commission. The techniques and the objectives of flexibility in the new system should not be exclusively the prerogative of employers, but must be opportunely counterbalanced by "secure transitions" of employees towards the labour market and within the labour market ⁽⁷⁴¹⁾. Therefore it is clear why, according to the Council, the contractual solutions towards which it is necessary to progress, should not be just "stable" but also "legally secure". The guarantee of professional transitions represents the core of the new concept of "employment security", to which the traditional "job security" ⁽⁷⁴²⁾ should give way. What changes is the basic idea: no more "security with a job" but "security of a job" ⁽⁷⁴³⁾. "A job for life" is no longer a given fact, thereby making way for willingness to change, and new opportunities for personal growth and employment ⁽⁷⁴⁴⁾. For the employee, this brings the risk of temporarily losing her/his job, but this risk is counterbalanced (*rectius*, must be counterbalanced) by the intrinsic guarantees in flexicurity; from a network of *social security* to *active labour market policies* (ALMP) ⁽⁷⁴⁵⁾. In brief, the "proactive" connotation of employability is emphasised ⁽⁷⁴⁶⁾.

The credit for bringing employees' rights, rather than their responsibilities, to the forefront in the strategy of flexicurity is not ascribable to one single act or event, but is the result of a dialogue and an idea which has been gradually corroborated by contributions of the actors who have been progressively involved. Nevertheless it is possible to identify a key moment in the European debate on flexicurity. It concerns the Lisbon Conference on "*Flexicurity: key challenges*" held on the 13th - 14th September 2007. For the first time European ministers came together to discuss the principles elaborated by the Commission ⁽⁷⁴⁷⁾. It was this meeting that highlighted the fundamental areas to be dealt with by the strategy; the need to make quality of work and social protection the focal points; a push towards global strategies ⁽⁷⁴⁸⁾ of inclusion rather than segmentation regarding the *outsiders* on the labour market; emphasise the complimentary nature of employment security and job security rather than considering them as alternatives, thereby resolving the

⁽⁷⁴⁰⁾ Cf. ALBERTAZZI 2007; VITULANO 2007.

⁽⁷⁴¹⁾ On the theme of transitional labour markets (TLM), cf. SCHMID 1998 and 2006; HANCOCK, HOWE, CONSIDINE 2006; COMMISSION 2004b, p. 159. More specifically, on the relationship between flexicurity and TLM, see SCHMID 2007; MUFFELS, WILTHAGEN, VAN DEN HEUVEL 2002.

⁽⁷⁴²⁾ Cf. COMMISSION 2007a, p. 3. On the dichotomy within the flexicurity strategy between "employment security" and "job security", cf. EESC 2006.

⁽⁷⁴³⁾ Cf. PARLIAMENT 2007c.

⁽⁷⁴⁴⁾ Cf. LEONARDI 2007; EESC 2006.

⁽⁷⁴⁵⁾ See on this theme FREEDLAND, COUNTOURIS 2005; DE KONING, PEERS 2007.

⁽⁷⁴⁶⁾ Cf. CARUSO 2007a, p. 100.

⁽⁷⁴⁷⁾ See Rapid press release "*Flexicurity debate steps up a gear*", IP/07/1320, 13.9.2007, Brussels.

⁽⁷⁴⁸⁾ The dichotomy between *insiders* and *outsiders* in the labour market, evident in the principles proposed by the Commission, was later overcome by the Council through a global approach aimed at all workers regardless of their employment status; cf. COUNCIL 2007d.

trade-off between flexibility and security in a complimentary relationship between the two dimensions⁽⁷⁴⁹⁾; highlighting, in general terms, the social dimension of flexicurity⁽⁷⁵⁰⁾.

Furthermore, the Lisbon Conference sealed two fundamental aspects which countersign the principles adopted by the Council regarding the Commission's proposal: a) the need to monitor and check on flexicurity policies⁽⁷⁵¹⁾; b) the involvement of social partners in decision-making processes, via means of social dialogue and collective bargaining⁽⁷⁵²⁾. With reference to the first point, the Portuguese Presidency felt no need to introduce new methods of control, given that the framework offered by the Lisbon strategy was considered adequate to this end⁽⁷⁵³⁾. In relation to the second point, where in the Portuguese Presidency's conclusions (*rectius*, in the core directions) the participative forms under discussion are encouraged "in order to strengthen consensus, trust and commitment of all actors as factors of success"⁽⁷⁵⁴⁾, it is useful to note, on the one hand, the echoes of the so-called *deliberative democracy*⁽⁷⁵⁵⁾, on the other, a preview of a political choice which will receive maximum recognition in the Lisbon Treaty⁽⁷⁵⁶⁾.

The involvement of a number of stakeholders in deciding on the common principles of flexicurity constitutes the basic idea behind the Lisbon Conference. For this reason unions, NGO's and experts were invited in order to obtain a constructive confrontation between the positions of the institutions and the Member States. The contribution of the European social partners was particularly important, as it drew attention once again to the subject of protecting workers' rights⁽⁷⁵⁷⁾, in order to overcome two basic preoccupations: a) on the negative side, the fear that the strategy dissimulates a general tendency towards deregulation, and which puts the needs of employers before those of employees; on the positive side, the need to direct research to flexible solutions, or the implementation of existing models⁽⁷⁵⁸⁾, towards improving the rights of those who have

⁽⁷⁴⁹⁾ Cf. AUER 2007; COMMISSION 2006c, p. 77.

⁽⁷⁵⁰⁾ See the conclusions adopted by the Portuguese Presidency, together with Germany and Slovenia, "Key Messages from the Conference 'Flexicurity: key challenges'", in MASSIMIANI 2008.

⁽⁷⁵¹⁾ See the last part of principle no. 3 adopted by the COUNCIL 2007d, where it is requested that progress made in implementing strategies "should be effectively monitored".

⁽⁷⁵²⁾ See principle no. 7 in COUNCIL 2007d.

⁽⁷⁵³⁾ Requiring, however, a balanced approach which takes into account national differences; with reference to the conclusions of the Lisbon Conference, see above note 73.

⁽⁷⁵⁴⁾ See above note 73.

⁽⁷⁵⁵⁾ On participative processes of and in flexicurity, see WILTHAGEN, TROS 2004, p. 170; CARUSO, MASSIMIANI 2007.

⁽⁷⁵⁶⁾ The strengthening in a democratic sense of decision-making processes in the EU constitutes one of the main themes of the Lisbon Treaty. The role of the European social partners, in particular, is highlighted by the EU Treaty via the insertion of the new art. 136a in the EU Treaty, according to which:

"The Union recognises and promotes the role of the social partners at its level, taking into account the diversity of national systems. It shall facilitate dialogue between the social partners, respecting their autonomy.

The Tripartite Social Summit for Growth and Employment shall contribute to social dialogue".

⁽⁷⁵⁷⁾ Cf. VITULANO 2007; ETUC 2007b. During the European debate on flexicurity, the ETUC was one of the first participants to strongly sustain the inextricable link between the flexibility and security agenda and that of the quality of work. According to the Confederation, the quality of work holds the balance in order that the equilibrium between flexibility and security does not go to the advantage and profit of employers. In other words, the quality of work - in all its dimensions, from decent wages to investment in training, from safety to social protection - brings workers back into the equation between flexibility and security, allowing for a fairer distribution of the costs/benefits relationship between the parts; cf. ETUC 2007a.

⁽⁷⁵⁸⁾ Cf. COMMISSION 2007d.

precarious work situations, without reducing existing rights. As, in fact, various stakeholders stressed, if it is true that the globalisation of markets implies ever increasing adaptability in existing and future forms of employment, it is equally true that the EU cannot allow Member States to compete via precarious work ⁽⁷⁵⁹⁾, thereby transforming flexicurity into “flexploitation” ⁽⁷⁶⁰⁾.

The agreement of the European social partners of 18th October 2007 “*Key challenges facing European Labour markets: a joint analysis of European social partners*” represents the consecration of a multilateral, holistic and balanced approach which was recognised in the common principles approved by the Council ⁽⁷⁶¹⁾. In their joint analysis, the social partners identify the challenges posed by flexicurity and address recommendations to themselves, to the Member States, to the Commission and to the Council. In the intentions common to the various representative organisations, meeting the challenge posed by the new strategy means (also) linking flexicurity with the quality of work (see beyond, par. 4) ⁽⁷⁶²⁾. The core of the agreement, in the specific area of flexicurity, is that flexible forms of contract must be balanced with adequate social protection and protection in professional transitions, by strategies of qualification or requalification via training, from the guarantee of “good working conditions” ⁽⁷⁶³⁾.

The need for “good work” was pointed out by various parties, and on the part of some ⁽⁷⁶⁴⁾ it was thought that at the centre of the new *integrated guidelines for growth and jobs 2008-2010* (see beyond, par. 4) should be “good work” and not flexicurity, as explained in the conclusions of the informal ministerial meeting held in Berlin on the 19th of January 2007 ⁽⁷⁶⁵⁾. The realisation since that meeting, is that more flexibility on the labour market must necessarily be counterbalanced by the recognition of adequate social rights, including the right to participate via representation.

There is a close link between the concept of “good work” approved by the German Presidency of the EU and the notion of “decent work” belonging to the ILO tradition. Good work, however, is something more, which goes beyond the pillars of global decent work (see beyond, par. 4). As

⁽⁷⁵⁹⁾ See the contribution of J. Monks, General Secretary of the ETUC, in VITULANO 2007.

⁽⁷⁶⁰⁾ See the debate on the theme “Flexicurity or flexploitation? Atypical work in Europe” organised by the socialist group at the European Parliament; cf. MASSIMIANI 2008.

⁽⁷⁶¹⁾ ETUC, BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP 2007.

⁽⁷⁶²⁾ *Ibidem*, p. 53: “Furthermore, flexicurity needs to be accompanied by the provision of good working conditions and quality of jobs as outlined below.

Quality of work has several dimensions: Ensuring career and employment security, maintaining and promoting the health and well-being of workers; developing skills and competencies; and reconciling working and non-working life. In addition, pay, equality and diversity at work are also important.

Quality of work is an important element in making the most of a society's potential and can be conducive to economic growth and productivity”. See also above note 80.

⁽⁷⁶³⁾ *Ibidem*, p. 53 and p. 62.

⁽⁷⁶⁴⁾ Such is, for example, the position adopted by the GUE/NGL group of the EP in an “open letter” to the socialist group; cf. WURTZ, LIOTARD, MUSACCHIO, ZIMMER 2007.

⁽⁷⁶⁵⁾ In accordance with the cited conclusions, “GOOD WORK means employee rights and participation, fair wages, protection of safety and health at work as well as a family friendly work organisation. Good and fair working conditions as well as an appropriate social protection are indispensable for the acceptance of the European Union by its citizens”. See the press release “Chair's Conclusions drafted in Cooperation with the two Following Presidencies Portugal and Slovenia”, 19.1.2007, in <<http://www.eu2007.de>>.

previously noted, with the adoption of the global decent work agenda ⁽⁷⁶⁶⁾, the European institutions have been informed about the commitment to common cooperation aimed at promoting the possibility of decent work in every part of the world, principally in those countries in which there is a lack of minimum rights at work, the so-called hard core guaranteed by the ILO. A commitment, therefore, which transcends the confines of Europe. Via exegesis, the use of the adjective “good” instead of “decent” is symptomatic, indicating that something more which reflects, or rather should reflect, the situation of European labour markets compared to those in which there is still a lack of minimum guarantees for workers. The use of the conditional form “should reflect” is used for a corrective reading of such an assumption, for the reasons which have already been analysed (see above par. 2). In particular, considering EU enlargement to 27 Member States, one cannot fail to mention the weakened level of protection of workers rights in many national markets, due to the need to compete on lower production costs. On the other hand, the superimposition of the contents of the two notions of “good work” and “decent work” cannot be overlooked. For example in the former there are headings such as “rights at work” and “social protection” which are reproduced in the pillars of decent work.

The conclusions of Berlin affirmed a wider concept with more emphasis on safeguarding workers’ rights compared to that of decent work. In this context a relationship between standard forms of working relationships ⁽⁷⁶⁷⁾ and flexibility was established which would find no place in the common principles of flexicurity ⁽⁷⁶⁸⁾. Flexibility, from the point of view of safeguarding rights, should be a sort of auxiliary strategy, above all aimed at reintegrating the least protected employees into the labour market. Therefore, the concept of flexibility was immediately allied to that of security to prevent the possibility that “more labour flexibility will lead to a reduction of social protection for employees” ⁽⁷⁶⁹⁾. For this reason, too, the State Members were invited to strengthen the common forms of working relationships and to implement effective controls and precautionary policies regarding the exploitative use of atypical jobs.

There is no trace, however, of all these points in the common principles of flexicurity proposed by the Commission, nor in those adopted by the Council. These latter certainly appear to be more balanced and geared towards safeguarding workers’ rights than the former, but they do not fully respond to the solicitations of various parties for the protection of workers’ rights. There is no reference to the relation between traditional forms and more flexible forms of working relationship, nor to policies controlling possible malpractice in the event of atypical work. There remains

⁽⁷⁶⁶⁾ Cf. COMMISSION 2006a.

⁽⁷⁶⁷⁾ See also the sixth consideration and the preamble of the Council directive 1999/70/EC of 28 June 1999, concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP, in *OJ*, 10.7.1999, L 175, p. 43.

⁽⁷⁶⁸⁾ According to the abovementioned conclusions, “Fair wages are an important characteristic of GOOD WORK. The Member States and the social partners are called upon to ensure that wages are set in a fair and adequate manner while safeguarding the national wage setting systems’ characteristic features [...]”

Regular employment relationships are indispensable. They provide security and strengthen competitiveness in a sustainable manner. The Member States are called upon to strengthen standard working relationships in accordance with their national practice and to limit their circumvention by atypical employment relationships.

New forms of employment types can facilitate reintegration into the labour market. They must, however, not be abused of for the purpose of excluding employees from their rights. They must not lead to discrimination and exclusion”. With reference to the press release cited above, note 88.

⁽⁷⁶⁹⁾ *Ibidem*.

on the subject a vague invitation from the Council to make effective controls on the progress in the implementation of the strategy, without any inherent specification as to the type of controls to be used.

4. A possible co-existence?

In both of the Commission's main proposals and in the principles adopted by the EU Council, there is absolutely no reference to decent work, in spite of the express request voiced in the Parliamentary resolution of 29th November 2007 ⁽⁷⁷⁰⁾. The European Council of 14th December 2007, overriding the approach of the EU Council, demonstrated its sensitivity towards European Parliament's appeal, but rather than incorporating the promotion of decent work into the common principles of flexicurity, it restricted itself to approving the agreement reached on the subject by the EPSCO Council on the 5th and 6th of December 2007, confirming in another and subsequent paragraph of its conclusions "its commitment with the decent work agenda as a global instrument to promote employment, better labour standards and foster development" ⁽⁷⁷¹⁾. Without enlarging too much on the merits of the European Council's choice here, on this subject at least two orders of consideration emerge. In the first place, the commitment to the decent work agenda is assumed in the same global perspective with which the Commission's communication of 2006 was posed, therefore, once again, more as an international policy rather than internal. In second place, this commitment is reaffirmed, subordinate to the active policies of inclusion, almost as if wanting to bring decent work into the realms of *social protection and inclusion* ⁽⁷⁷²⁾, rather than to the flexicurity strategy.

It could be argued that the omissions regarding decent work in the common principles of flexicurity are due to an explicit choice on behalf of the Council, which has opted for the more general concept of "good work" with the above mentioned definition, thereby extending the need for protection desired by Parliament.

In fact, the concept of "good work" to which the Council accedes seems to reproduce the notion of "quality of work" which underpinned the Lisbon agenda. It is no coincidence that in the first common principle of flexicurity the expression "good work" is used in correlation to the pillar of adaptability and subordinate to the need to reinforce the implementation of the Lisbon strategy. If the assumption is proved right, it is necessary to understand if decent work is included in that expression or if it represents a concept which is different in both substance and breadth.

The judgment requires a comparison which, bearing in mind the current state of EU affairs, is far from easy. In order to make comparison, it is necessary to have certain indicators which measure the components expressed by the phenomena which are to be examined. Given the traditional difficulties in expressing in numbers qualitative rather than quantitative phenomena ⁽⁷⁷³⁾, and given, above all, as ascertained, the absence of official indicators on the progress in implementing

⁽⁷⁷⁰⁾ See PARLIAMENT 2007d, point 17.

⁽⁷⁷¹⁾ See EUROPEAN COUNCIL 2007, par. 49 and par. 50.

⁽⁷⁷²⁾ See on the subject the web-site set up by the DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities of the European Commission: <http://ec.europa.eu/employment_social/spsi/index_en.htm>.

⁽⁷⁷³⁾ See MASSIMIANI 2007, p. 111.

the decent work agenda in Europe ⁽⁷⁷⁴⁾, no evaluation at this moment would be easy, even taking into account international indicators of the ILO ⁽⁷⁷⁵⁾ and the indicators of quality of the Lisbon agenda ⁽⁷⁷⁶⁾. On the other hand, it was the same European Parliament who requested that the Commission, in consultation with the State members and social partners, and in collaboration with the ILO, propose indicators which identify and quantify the levels achieved regarding decent work ⁽⁷⁷⁷⁾.

As demonstrated by the EP report on decent work, it is possible to note a gap between the objectives of principle and the effective reach of the social policies aimed at the Lisbon agenda, particularly from the point of view of European enlargement. Without wishing to contest the idea that the Lisbon strategy and European social agenda in general go “beyond the objectives of the decent work agenda” in providing “a much broader political framework for resolute action in favour of employment, equal opportunities and social cohesion” ⁽⁷⁷⁸⁾, it cannot be denied that a deficit in protection in fundamental social rights still exists in many EU countries, (also) due to the non-ratification of many of the ILO’s conventions ⁽⁷⁷⁹⁾.

Nevertheless, given that quality of work expresses a broader concept compared to decent work, with higher levels of protection, if one considers that a reference to the quality of work was already present in the sixth of principles of flexicurity proposed by the Commission, it is incomprehensible as to why Parliament insisted in requesting that the European Council adopt common principles which specifically promote decent work ⁽⁷⁸⁰⁾. There are two possible explanations: the first, that it was simply an egregious oversight, or secondly, that being the source of the report and the resolution on decent work ⁽⁷⁸¹⁾, the EP wanted to send out an unequivocal message to the other European institutions, and to the Council in first time, to correct the imbalance between rights and responsibilities of the protagonists of flexicurity, reinstating centrality to dignity of work.

In order to answer such a question, it could be useful to examine the most recent developments regarding flexicurity.

Flexicurity emerges as a protagonist in the new cycle of the Lisbon strategy. In the proposed

⁽⁷⁷⁴⁾ See, however, the study by A. Tangian on the so-called “composite indicators” of decent work, taken on the basis of the 4th survey of working conditions in Europe, by the Dublin Foundation; with reference to TANGIAN 2007; EUROFOUND 2007.

⁽⁷⁷⁵⁾ Cf. ZARKA-MARTRES, GUICHARD-KELLY 2005.

⁽⁷⁷⁶⁾ Cf. COMMISSION 2001.

⁽⁷⁷⁷⁾ Cf. PARLIAMENT 2007a.

⁽⁷⁷⁸⁾ Cf. COMMISSION 2006a.

⁽⁷⁷⁹⁾ As M. Panayotopoulos-Cassiotou stated at the conference “Decent work for all - mobilising the EU and its partners”, held in Brussels on the 24th and 25th January 2008, “l’UE ne peut toutefois prétendre à l’exportation de son modèle social et de ses valeurs si elle n’enjoint pas d’abord ses États membres et les pays candidats à ratifier et à appliquer pleinement les conventions que l’OIT a classées comme étant à jour, en particulier celles qui concernent le travail décent ainsi que la Convention des Nations Unies relative aux migrants qui continuent d’être victimes d’exploitation, sans oublier celles relatives à l’hygiène et à la sécurité au travail”. Refer to the web-site set up by the DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities:

http://ec.europa.eu/employment_social/international_cooperation/decent_work_conf2008_en.htm.

⁽⁷⁸⁰⁾ According to the resolution of EP, common principles of flexicurity should include “reconciling employment and family or private life, and promoting the concept of ‘decent work’”; cf. PARLIAMENT 2007d, point 17; COMMISSION 2007a.

⁽⁷⁸¹⁾ Respectively, PARLIAMENT 2007a and 2007b.

guidelines for growth and jobs 2008-2010 ⁽⁷⁸²⁾, the Commission requests an even greater emphasis on flexicurity, confirming the 21st guideline of the previous cycle ⁽⁷⁸³⁾: “Promote flexibility combined with employment security and reduce labour market segmentation, having due regard to the role of the social partners”.

If this guideline is simply to be reconfirmed, the question begs as to what exactly is new in the new strategy. Firstly, the fact that the term “flexicurity” is officially accepted and appears in the EES’s official acts ⁽⁷⁸⁴⁾. Furthermore, the so called *flexicurity approach* becomes pivotal in reaching the target of full employment, theme which underpinned the vision of Lisbon ⁽⁷⁸⁵⁾. There is, above all, the fact that flexicurity is expressly linked to the concept of quality of work, which encompasses specifically the question of wages and other benefits, working conditions, access to permanent training and career prospects ⁽⁷⁸⁶⁾. The passage is of noteworthy importance, as it overcomes the qualms and uncertainties about the feasibility of balancing flexibility with security, on the one hand, and between flexicurity and decent work on the other. In maintaining that quality of work, with the above mentioned definition, plays a crucial role in the flexicurity approach, the ground is cleared from any doubt and an answer is given to the question posed previously. It is an important answer, which highlights the European institutions’ courage to go beyond the original position which was still bound to freedom to fire, unaccompanied by the provision of real professional transitions towards not only a “stable” employment, but also “legally secure” ⁽⁷⁸⁷⁾.

The influence exercised by the various actors concerned in the process of defining the principles of flexicurity is evident ⁽⁷⁸⁸⁾.

5. Latest developments.

Following the invitation contained in the conclusions of the EPSCO Council of 5-6th December 2007 ⁽⁷⁸⁹⁾, the Commission launched a public initiative in February 2008, in close cooperation with the European social partners, called “Mission for Flexicurity” ⁽⁷⁹⁰⁾. The initiative, which is divided into parts with precise deadlines, aims to help the Member States of the EU to implement the common principles of flexicurity in the respective national contexts. At this point, the ball is placed firmly in the court of the 27, as it should be recalled that the flexicurity formula does not have a

⁽⁷⁸²⁾ COMMISSION 2007c.

⁽⁷⁸³⁾ See COUNCIL 2005.

⁽⁷⁸⁴⁾ See on this theme CARUSO, MASSIMIANI 2007.

⁽⁷⁸⁵⁾ Cf. COMMISSION 2007c.

⁽⁷⁸⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁸⁷⁾ Cf. COMMISSION 2007a and 2007c; COUNCIL 2007d.

⁽⁷⁸⁸⁾ See above par. 3.

⁽⁷⁸⁹⁾ On this occasion, the Commission was been invited by the Council “to launch a public initiative in close cooperation with the European social partners in order to facilitate the ownership of the principles by the relevant stakeholders on the labour market, and to raise the awareness of citizens of flexicurity, its underlying logic, its main elements and its implications, and to keep the Council fully informed of its actions in this respect”; see COUNCIL 2007d.

⁽⁷⁹⁰⁾ Cf. COMMISSION 2008. Refer to the web-site set up by the DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities: http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/flex_mission_en.htm.

single model of the labour market, nor a single political strategy, but as many models and strategies as there are Member States, to whom the ultimate responsibility is given to create sustainable practices of flexibility and security.

At the end of this “participated” project outlined by the Commission ⁽⁷⁹¹⁾, a report will be written and presented at the EPSCO Council in December 2008.

The mission is expressly designed in accordance with the Lisbon strategy, given that it intends to facilitate the integration of flexicurity in the processes and strategies of the 2008-2010 cycle of integrated guidelines for growth and jobs.

The confirmation is reiterated in the conclusions of the European Council of 13th-14th March 2008, with an invitation to Member States “to implement the agreed common principles on flexicurity by outlining in their 2008 National Reform Programmes the national arrangements giving effect to those principles”, under the premise that “there is no single flexicurity model” ⁽⁷⁹²⁾.

The conception of flexicurity arrived at during the spring European Council is bilateral and comprehensive. It is bilateral because it is directed at both workers and employers, comprehensive because it includes all the components of flexicurity which emerged from the defining process of the strategy, which covers the entire life-cycle of working citizens.

The specific profiles of protection dealt with by the spring European Council can be found in the conclusions on flexicurity and pertain to crucial points for the promotion of decent work in Europe, such as employment for young men and women, and the disabled, work-life balance and gender equality ⁽⁷⁹³⁾.

EU policy, it would seem, is working towards an increasingly consistent idea that there can be a virtuous co-relation not only between flexibility and security but also between flexicurity and quality of work ⁽⁷⁹⁴⁾.

Legenda.

- ABL - Australian Bulletin of Labour
- ADB - Asian Development Bank
- COMMISSION - European Commission
- CONQUISTE - Conquiste del Lavoro
- COUNCIL - Council of the European Union
- CRS - Centro per la Riforma dello Stato
- D&L - D & L Rivista critica di diritto del lavoro
- DLM - Diritti Lavori Mercati

⁽⁷⁹¹⁾ The project provides for the intervention and reciprocal consultation of the EU institutions, Member States and social partners; refer to CARUSO, MASSIMIANI 2007 on the participative processes which characterise flexicurity strategy.

⁽⁷⁹²⁾ See EUROPEAN COUNCIL 2008, par. 16.

⁽⁷⁹³⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁹⁴⁾ See on the theme AUER 2007.

DLRI - Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
DP WZB - Discussion Papers Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung
DRI - Diritto delle relazioni industriali
EESC - European Economic and Social Committee
EUOBSERVER - EUobserver.com
EURACTIV - EurActiv.com
EUROFOUND - European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions
EUROPEAN COUNCIL - European Council
EUROPOLITICS - Europolitics social
ETUC - European Trade Union Confederation
GA - Giustizia Amministrativa
ILJ - Industrial Law Journal
ILO - International Labour Organization
ILR - International Labour Review
JEPP - Journal of European Public Policy
OJ - Official Journal of the European Union (formerly Official Journal of the European Communities)
PARLIAMENT - European Parliament
RASS. SIND. - Rassegna Sindacale
RASSEGNA.IT - Rassegna Online
UN - United Nations
WCSDG - World Commission on the Social Dimension of Globalization
WP CSDLE "Massimo D'Antona" - Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"

References.

ADB, OIL (2006), *Core Labor Standards Handbook*, Asian Development Bank, Manila.

ALBERTAZZI A. (2007), *Flexicurity, scontro in Europa sulla libertà di licenziare*, in RASSEGNA.IT, 3.7.2007.

ALES E. (2007), *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale. Considerazioni critiche sugli sviluppi del modello sociale europeo nella stagione del metodo aperto di coordinamento*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 51.

AMOROSO B. (2006), *Luci ed ombre del modello danese*, University of Roma Tre, Faculty of Economics "Federico Caffè", 21.2.2006, conference paper.

- AUER P. (2007), *Security in labour markets: Combining flexibility with security for decent work*, International Labour Office, Geneva.
- BLANPAIN R. (1998), *Il Trattato di Amsterdam e oltre: la fine del modello sociale europeo?*, in *DRI*, 1, p. 11.
- BRONZINI G., PICCONE V. (2007), *Le Corti sovranazionali e il Parlamento europeo insistono per l'«efficacia anticipata» della Carta di Nizza*, in *D&L*, 2, p. 319.
- CARUSO B. (2005), *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT*, 39.
- CARUSO B. (2007a), *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione del mercato del lavoro*, in *DLRI*, 1, p. 1.
- CARUSO B. (2007b), *Il modello sociale europeo: un profilo ricostruttivo*, University of Perugia, 1.6.2007, conference paper.
- CARUSO B. (2008), *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, forthcoming in SCIARRA S., CARUSO B. (eds.), *Il lavoro dipendente*, vol. V in AJANI G., BENACCHIO G. A. (eds.), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino.
- CARUSO B., MASSIMIANI C. (2007), *Prove di democrazia in Europa: la Flessicurezza nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione europea*, in *DLM*, 3, p. 457.
- CELOTTO A. (2006), *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in *GA*, 2, p. 329.
- CILONA O. (2007), *Flexicurity addio. La Commissione europea si accinge a mettere in soffitta il Libro Verde sul lavoro*, in *RASS. SIND.*, 43, p. 8.
- CINI M. (2001), *The soft law approach: Commission rule-making in the EU's state aid regime*, in *JEPP*, 2, p. 192.
- COMMISSION (2000), *Social Policy Agenda*, COM(2000) 379 final, 28.6.2000, Brussels.
- COMMISSION (2001), *Employment and social policies: a framework for investing in quality*, COM(2001) 313 final, 20.6.2001, Brussels.
- COMMISSION (2004a), *The Social Dimension of Globalisation - the EU's policy contribution on extending the benefits to all*, COM(2004) 383 final, 18.5.2004, Brussels.
- COMMISSION (2004b), *Employment in Europe 2004. Recent Trends and Prospects*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.
- COMMISSION (2005a), *Communication from the Commission on the Social Agenda*, COM(2005) 33 final, 9.2.2005, Brussels.
- COMMISSION (2005b), *European values in the globalised world - Contribution of the Commission to the October Meeting of Heads of State and Government*, COM(2005) 525 final, 20.10.2005, Brussels.
- COMMISSION (2006a), *Promoting decent work for all - The EU contribution to the implementation of the decent work agenda in the world*, COM(2006) 249 final, 24.5.2006, Brussels.

COMMISSION (2006b), *Commission staff working document. Annex to the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Promoting decent work for all. The EU contribution to the implementation of the decent work agenda in the world*, SEC(2006) 643 final, 24.5.2006, Brussels.

COMMISSION (2006c), *Employment in Europe 2006*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.

COMMISSION (2006d), *Green Paper - Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, COM(2006) 708 final, 22.11.2006, Brussels.

COMMISSION (2007a), *Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security*, COM(2007) 359 final, 27.6.2007, Brussels.

COMMISSION (2007b), *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 final, 24.10.2007, Brussels.

COMMISSION (2007c), *Integrated guidelines for growth and jobs (2008-2010)*, COM(2007) 803 final, part V, 11.12.2007, Brussels.

COMMISSION (2008), *Mission for Flexicurity: terms of reference*, EMPL/D/XPM/DD D(2008) 2899, 8.2.2008, Brussels.

COUNCIL (2005), *2005/600/EC: Council Decision of 12 July 2005 on Guidelines for the employment policies of the Member States*, in *OJ*, 6.8.2005, L 205, p. 21.

COUNCIL (2007a), *Joint opinion by EMCO and SPC on the common principles of flexicurity*, Doc. 15320/07, 16.11.2007, Brussels.

COUNCIL (2007b), *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers*, Doc. 15686/07 + ADD1 + COR 1, 29.11.2007, Brussels.

COUNCIL (2007c), *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time*, Doc. 16061/07, 30.11.2007, Brussels.

COUNCIL (2007d), *Towards Common Principles of Flexicurity - Council Conclusions*, Doc. 16201/07, 6.12.2007, Brussels.

DE KONING J., PEERS Y. (2007), *Evaluating Active Labour Market Policies Evaluations*, in *DP WZB*, 112.

EESC (2006), *Opinion of the European Economic and Social Committee on Flexicurity: the case of Denmark*, 740/2006, 17.5.2006, Brussels, in *OJ*, 18.8.2006, C 195, p. 48.

EESC (2007), *Opinion of the European Economic and Social Committee on Flexicurity (internal flexibility dimension - collective bargaining and the role of social dialogue as instruments for regulating and reforming labour markets)*, 999/2007, 11.7.2007, Brussels.

ETUC (2007a), *The flexicurity debate and the challenges for the trade union movement*, 19.4.2007, in <<http://www.etuc.org/a/3588>>.

ETUC (2007b), *Flexicurity will get nowhere without reinforcing rights for workers, says the ETUC*, in <<http://www.etuc.org/a/3944>>.

ETUC, BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP (2007), *Key challenges facing European labour markets: a joint analysis of European social partners*, 18.10.2007, in <<http://www.etuc.org>>, also in MASSIMIANI 2008.

EURACTIV (2007), *Ministers to adopt slimmed-down labour market proposals*, 5.12.2007, in <<http://www.euractiv.com>>, also in MASSIMIANI 2008.

EUROFOUND (2007), *Fourth European Working Conditions Survey*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.

EUROPEAN COUNCIL (2000), *Presidency Conclusions*, 23-24.3.2000, Lisbon.

EUROPEAN COUNCIL (2001), *Presidency Conclusions*, 23-24.3.2001, Stockholm.

EUROPEAN COUNCIL (2003), *Presidency Conclusions*, 20-21.3.2003, Brussels.

EUROPEAN COUNCIL (2007), *Presidency Conclusions*, 14.12.2007, Brussels.

EUROPEAN COUNCIL (2008), *Presidency Conclusions*, 13-14.3.2008, Brussels.

FREEDLAND M., COUNTOURIS N. (2005), *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa*, in *DLRI*, 4, p. 557.

GHAI D. (2003), *Decent work: Concept and indicators*, in *ILR*, 2, p. 113.

GHAI D. (ed.) (2006), *Decent work: objectives and strategies*, International Labour Office, Geneva.

GROS-VERHEYDE N. (2007a), *No deal on working time or temporary agency work*, in *EUROPOLITICS*, 190, p. 1 and p. 17.

GROS-VERHEYDE N. (2007b), *Matching words and actions*, in *EUROPOLITICS*, 190, p. 5.

GROS-VERHEYDE N. (2007c), *MEPs endorse ten 'balanced principles' of flexicurity*, in *EUROPOLITICS*, 190, p. 19.

HANCOCK L., HOWE B., CONSIDINE M. (2006), *Transitional Labour Markets: a Social Investment and Risk Mitigation Strategy for Social Policy*, in *ABL*, 2, p. 103.

HERMANS S. (2005), *The Social Agenda of the European Union and the Modernisation of the European Social model*, in *Collegium*, 33, p. 5.

ILO (2005a), *The ILO: What it is. What it does*, International Labour Office, Geneva.

ILO (2005b), *Decent Work and a Fair Globalization: National Policy Responses*, International Labour Office, Geneva.

ILO (2007), *Decent Work for a Fair Globalization*, Overview paper of the ILO Forum on Decent Work for a Fair Globalization, 31.10-2.11.2007, Lisbon, in <<http://www.ilo.org>>.

JEPSEN M., SERRANO PASCUAL A. (2005), *The European Social Model: an exercise in deconstruction*, in *JESP*, 3, p. 231.

KUBUSOVA L. (2007), *EU fails again to agree disputed work bills*, in *EUOBSERVER*, 6.12.2007, <<http://euobserver.com/9/25283>>, also in MASSIMIANI 2008.

- LEONARDI S. (2007), *Lo scambio imperfetto tra flessibilità e sicurezza*, in CRS, 17.2.2007, <<http://www.centroriformastato.it/crs/rubriche/flexeuropa/Leonardi>>.
- MASSIMIANI C. (2007), *Riferimenti sulla qualità del lavoro nell'Agenda di Lisbona*, in CARUSO B., *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in DLRI, 1, p. 108.
- MASSIMIANI C. (2008), *Dossier. Flexicurity. Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, in *I Dossier di Labour Web*, 2008, 10, <<http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm>>.
- PARLIAMENT (2005), *Report on the social dimension of globalisation*, Proc. 2005/2061(INI), A6-0308/2005, 18.10.2005.
- PARLIAMENT (2006), *Resolution on a European Social Model for the future*, Proc. 2005/2248(INI), P6_TA(2006)0340, 6.9.2006.
- PARLIAMENT (2007a), *Report on promoting decent work for all*, Proc. 2006/2240(INI), A6-0068/2007, 15.3.2007.
- PARLIAMENT (2007b), *Resolution on promoting decent work for all*, Proc. 2006/2240(INI), P6_TA(2007)0206, 23.5.2007.
- PARLIAMENT (2007c), *Report on modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, Proc. 2007/2023(INI), A6-0247/2007, 25.6.2007.
- PARLIAMENT (2007d), *Resolution on Common Principles of Flexicurity*, Proc. 2007/2209(INI), P6_TA(2007)0574, 29.11.2007.
- SCHMID G. (1998), *Transitional Labour Markets: A New European Employment Strategy*, in DP WZB, 206.
- SCHMID G. (2006), *Transitional Labour Markets: Experiences from Europe and Germany*, in ABL, 2, p. 114.
- SCHMID G. (2007), *Transitional Labour Markets: Managing Social Risks over the Lifecourse*, in DP WZB, 111.
- MUFFELS R., WILTHAGEN T., VAN DEN HEUVEL N. (2002), *Labour Market Transitions and Employment Regimes: Evidence on the Flexibility-Security Nexus in Transitional Labour Markets*, in DP WZB, 204.
- SCIARRA S. (2007), *'Modernization' of Labour Law: A Current European Debate*, International Institute for Labour Studies, Geneva.
- SOMAVIA J. (1999), *Decent work: Report of the Director-General, 87th International Labour Conference*, in <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>.
- TANGIAN A. (2007), *Is work in Europe decent? A study based on the 4th European survey of working conditions 2005*, in *Diskussionspapier Nr. 157 Wirtschafts und Sozialwissenschaftliches Institut in der Hans-Böckler-Stiftung*, Düsseldorf.
- TOTI M. (2007), *Mi piego ma non mi spezzo. È possibile far convivere flessibilità e sicurezza? Ne discutono due economisti e un sindacalista europeo*, in RASS. SIND., 33, p. 4.

UN (1987), *Report of the World Commission on Environment and Development: "Our Common Future"*, A/42/427, 4.8.1987.

UN (1999), *United Nations Treaty Collection. Treaty Reference Guide*, in <<http://untreaty.un.org/English/guide.pdf>>.

UN (2000), *United Nations Millennium Declaration*, A/RES/55/2, 20.9.2000.

UN (2005), *2005 World Summit Outcome*, A/RES/60/1, 16.9.2005.

VITULANO R. (2007), *Ces: "Flessicurezza inutile senza rafforzare i diritti dei lavoratori"*, in *CONQUISTE*, 14.9.2007, p. 5.

WCSDG (2004), *A fair globalization: creating opportunities for all*, International Labour Office, Geneva.

WILTHAGEN T., TROS F. (2004), *The concept of 'flexicurity': a new approach to regulating employment and labour markets*, in *Transfer*, 2, p. 166.

WURTZ F., LIOTARD K., MUSACCHIO R., ZIMMER G. (2007), *Flexicurity or Flexploitation: Why the European Employment Strategy must be re-oriented towards the concept of "good work"*, Open letter to the PES Group in the European Parliament, in MASSIMIANI 2008.

ZAPPALÀ L. (2003), *The Temporary Agency Workers' Directive: An Impossible Political Agreement?*, in *ILJ*, 4, p. 310.

ZARKA-MARTRES M., GUICHARD-KELLY M. (2005), *Decent work, standards and indicators*, ILO Working Paper No. 58, International Labour Office, Geneva.

Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*

Giovanni Orlandini

1. Introduzione	173
2. Mercato interno, delocalizzazioni e autonomia collettiva: la sentenza Viking	174
3. L'autonomia collettiva di fronte alla «seconda fase» della delocalizzazione: la sentenza Laval	179
4. Azioni collettive transnazionali: possibili scenari di regolazione comunitaria	183
5. L'azione collettiva come ostacolo all'esercizio delle libertà economiche: l'equiparazione tra fatti e regole	186
5.1. Regole privatistiche, autonomia collettiva e libertà economiche	190
5.2. Il pregiudizio ideologico della Corte nei confronti del conflitto sindacale	193
6. In merito alla pretesa efficacia orizzontale diretta della direttiva 96/71	194
7. Considerazioni intorno alla «legolatria» della Corte di giustizia	197
8. La difesa dal dumping sociale come causa di giustificazione: la «vera» svolta della Corte di giustizia?	200
9. Il problema della qualificazione giuridica della fattispecie nel caso <i>Laval</i>	202
9.1. Segue: il distacco transnazionale intra-gruppo tra disciplina lavoristica e regole del mercato interno	204
10. Un diritto fondamentale privo di contenuto?	206
11. Dal bilanciamento all'immunità	209
Riferimenti bibliografici	213

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 66/2008

1. Introduzione

Non era difficile prevedere che l'ingresso nell'Ue dei paesi dell'est europeo avrebbe comportato una concorrenza tra imprese giocata sul più basso costo del lavoro. La possibilità di sfruttare il c.d. *dumping* sociale è uno dei motivi (e non uno dei meno importanti) che hanno reso appetibile a quei paesi l'ingresso nel mercato unico comunitario. E così, all'indomani dell'allargamento dell'Ue, è puntualmente emerso il contrasto tra gli interessi delle imprese a sfruttare i vantaggi concorrenziali dati dai differenziali del costo del lavoro e gli interessi degli Stati e dei sindacati a difendere i propri sistemi nazionali di protezione sociale. Eppure l'Ue, gli Stati membri e le stesse parti sociali sembrano essere stati colti di sorpresa dai casi *Viking* e *Laval* e dalla domanda che entrambi hanno sollevato davanti al supremo organo giurisdizionale comunitario: è legittima per il diritto comunitario un'azione collettiva attuata dai sindacati di uno Stato membro per ostacolare l'accesso di un'impresa nel mercato di un altro Stato membro⁷⁹⁵?

A questa domanda la Corte di giustizia si è trovata a dover rispondere con strumenti inadeguati, perchè frutto di una fase dell'integrazione comunitaria nella quale il *dumping* sociale era ancora un fantasma spesso evocato ma mai manifestatosi palesemente. Inadeguatezza, s'intende, che riguarda i lavoratori ed i sindacati, non certo le imprese né i paesi di nuova accessione, per i quali anzi gli equilibri disegnati dalle fonti comunitarie pre-allargamento rappresentano una straordinaria opportunità. E da questi due casi si ricava l'immagine di un'Europa divisa in due, come testimoniano le memorie che gli Stati membri hanno depositato davanti alla Corte nel corso dei giudizi: a favore delle ragioni delle imprese quelle dei paesi dell'est e del Regno Unito (da sempre restio ad accettare vincoli alle dinamiche del mercato interno), a sostegno delle obiezioni dei sindacati quelle dei paesi dell'Europa occidentale.

La Corte ha dato ragione ai primi, sollevando così un coro di critiche da parte di quanti si erano illusi che l'allargamento dell'Ue non comportasse costi sociali per la «vecchia» Europa. Scopo delle pagine che seguono è in primo luogo cercare di chiarire in che modo i *dicta* della Corte di giustizia ridefiniscano gli spazi riconosciuti all'esercizio dell'autonomia sindacale nell'ambito del mercato interno dell'Ue; in secondo luogo valutare se le «critiche» alle sentenze abbiano un fondamento alla luce dei principi del diritto comunitario e se quei principi possano essere fondatamente declinati in modo diverso rispetto a quanto prospettato dalla Corte di giustizia.

I due casi hanno avuto un esito per molti aspetti sensibilmente diverso, essendo diverse le controversie che li hanno originati e le norme sulle quali essi sono stati decisi: il caso *Viking* riguarda la libertà di stabilimento delle imprese riconosciuta dall'art. 43 TCE, il caso *Laval* la libertà di prestazione di servizi affermata dall'art. 49 TCE. Tuttavia la Corte segue in entrambe le sentenze un medesimo approccio e fonda la decisione su dei comuni principi, che essa deduce dalla propria giurisprudenza precedente ma che ne rappresentano una indubbia evoluzione. Sono principi che assumono un'importanza decisiva per il futuro dell'integrazione del mercato comunitario, perchè

⁷⁹⁵ I fatti oggetto delle sentenze sono noti e qui ci si limiti a richiamarli sinteticamente: nel caso *Viking* la questione si è posta con riferimento ad un'azione sindacale attuata dal sindacato finlandese dei marittimi (con il sostegno del sindacato internazionale) finalizzata ad impedire ad un'impresa navale finlandese di adottare la bandiera estone in una sua nave (*Rosella*) utilizzata nella tratta Helsinki-Tallin e di applicare al proprio equipaggio le più sfavorevoli condizioni di lavoro previste dall'ordinamento dell'Estonia. Nel caso *Laval* la Corte è stata chiamata a decidere della legittimità di un'azione collettiva attuata dai sindacati svedesi nei confronti di un'impresa edile lettone, presente in Svezia per eseguire un appalto: scopo dei sindacati svedesi era indurre l'impresa straniera a firmare il contratto collettivo nazionale che, nel settore edile svedese, è il presupposto per aprire una negoziazione sui minimi retributivi da applicare in azienda.

chiariscono aspetti fino ad oggi ancora incerti relativi alle sue regole di funzionamento. È opportuno elencarli sinteticamente, prima di entrare nel merito delle decisioni e valutarne gli effetti.

1) La Corte chiarisce il significato dell'art. 137.5 TCE, che esclude espressamente la competenza dell'Ue in materia di «diritto di sciopero» (oltre che di retribuzione, libertà di associazione sindacale e serrata): la norma impedisce alle istituzioni comunitarie di legiferare in materia (adottando direttive), ma ciò non significa che negli ordinamenti nazionali sia legittimo regolare ed esercitare il diritto di sciopero in modo tale da violare i principi del diritto comunitario, che gli Stati devono sempre rispettare quando esercitano la loro sovranità. In altre parole, l'art. 137.5 non comporta una garanzia di «immunità» dal diritto comunitario del diritto di sciopero come regolato sul piano nazionale.

2) Le libertà economiche fondamentali riconosciute nel Trattato CE devono essere rispettate non solo dagli Stati e dagli organismi dotati di potere pubblico, ma anche dai soggetti privati nell'esercizio della loro autonomia negoziale e sono invocabili nei rapporti inter-privati, quali sono quelli tra un'impresa ed il sindacato. Le norme del Trattato relative al funzionamento del mercato interno hanno cioè un'«efficacia diretta orizzontale» e non solo «verticale».

3) L'Ue riconosce come diritto fondamentale dei lavoratori europei il diritto di azione sindacale, che comprende lo sciopero, ma anche questo diritto trova dei limiti in altri diritti, libertà e principi fondamentali riconosciuti nell'ordinamento comunitario.

4) In presenza di un ostacolo alla libertà economica di un'impresa, la Corte di giustizia ed i giudici nazionali competenti devono valutare l'esistenza di eventuali giustificazioni adottate dai soggetti (pubblici o privati) che l'hanno creato. L'esigenza di tutelare i lavoratori rientra tra le giustificazioni ammesse dall'ordinamento comunitario, in quanto rispondente ad un «interesse generale» meritevole di tutela. Si tratta di valutare, caso per caso, se l'ostacolo posto alla libertà dell'impresa sia effettivamente necessario per perseguire tale interesse (c.d. test di necessità o di adeguatezza) e se non configuri un'eccessiva compressione di tale libertà, vale a dire se non esistano altri mezzi capaci di ottenere analoghi risultati garantendone maggiormente l'esercizio (c.d. test di proporzionalità).

È nell'ambito di questi principi che si iscrivono le regole d'esercizio dell'azione sindacale configurate dalla Corte nelle sentenze in esame e che descrivono la disciplina «giurisprudenziale» dell'autonomia collettiva nel mercato interno comunitario.

2. Mercato interno, delocalizzazioni e autonomia collettiva: la sentenza Viking

I principi enunciati nella sentenza *Viking*⁷⁹⁶ permettono di definire una sorta di disciplina comunitaria delle delocalizzazioni, sotto il peculiare profilo del ruolo da riconoscere all'autonomia collettiva ed all'azione sindacale nel regime di protezione dei lavoratori in esse coinvolti. La Corte sviluppa il proprio ragionamento solo alla luce dell'art. 43 TCE, rinunciando così a pronunciarsi in merito alla fase che, si può dire fisiologicamente, segue l'*outsourcing*, ovvero il momento della riappropriazione dell'attività esternalizzata attraverso un contratto di tipo commerciale; fase che chiama in causa l'art. 49 TCE e che è oggetto «esclusivo» della sentenza *Laval*.

⁷⁹⁶ Cgce 11.12.2007, *International Transport Workers' Federation (ITWF) and Finnish Seamen's Union (FSU) c. Viking Line ABP and Viking Line Eesti*, causa C-438/05, inedita.

Dalla sentenza *Viking* si deduce che per il diritto comunitario è legittima un'azione sindacale tesa a tutelare i dipendenti di un'impresa che intende trasferirsi in un altro Stato membro, nel caso in cui gli interessi di tali dipendenti siano «realmente compromessi o seriamente minacciati» dal trasferimento. Ciò significa che tale impresa può legittimamente essere indotta con l'arma del conflitto ad obbligarli a non licenziare i lavoratori da trasferire e a continuare ad applicare loro le medesime condizioni di lavoro anche dopo il trasferimento. In questo senso sembra doversi intendere il passaggio della sentenza nel quale la Corte riconosce che l'eventuale illegittimità dello sciopero dipende dall'accertamento da parte del giudice di rinvio della mancanza di una piena «vincolatività» giuridica dell'impegno preso dall'impresa «madre» di non intaccare occupazione e condizioni di lavoro dei propri dipendenti finlandesi⁷⁹⁷. Ulteriori limiti all'azione sindacale possono derivare solo dalla legislazione nazionale, se è vero che l'accertamento, nel rispetto del principio di proporzionalità, dell'esistenza di eventuali «altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento», deve essere condotto con riferimento alla «normativa nazionale» ed alle «norme contrattuali applicabili»⁷⁹⁸. Le azioni transnazionali organizzate e realizzate dall'ITWF (*International Workers Transport Federation*) diventano ingiustificate nel momento in cui sono realizzate anche quando nessuna minaccia ai diritti dei lavoratori deriva dal trasferimento dell'azienda (nel caso, attuato tramite il cambio di bandiera), com'è quando questo si realizza in uno Stato «che garantisce ai lavoratori una tutela più elevata di quella di cui beneficerebbero nel primo Stato»⁷⁹⁹.

Una simile disciplina configurata dalla Corte può apparire rassicurante per sindacati e lavoratori europei e sembra correggere per così dire «*in melius*» (dal punto di vista di questi ultimi) le conclusioni della A.G. Poyares Maduro. Questi aveva letto la vicenda attraverso la doppia lente dell'art. 43 e 49 TCE, e ciò non a torto, visto che è evidente come il problema delle condizioni di lavoro da riconoscere ai marinai della *Viking* chiami in causa la libertà di prestare il servizio una volta realizzato il trasferimento attraverso il cambio di bandiera⁸⁰⁰. In ragione di ciò l'A.G. aveva distinto l'azione diretta ad impedire il trasferimento, legittima purchè sottoposta alla medesima disciplina applicabile a quella condotta nell'ambito di un trasferimento «interno» al territorio nazionale, e l'azione collettiva tesa ad imporre all'impresa, una volta trasferitasi in uno Stato membro, il rispetto di normative di legge e di contratto dello Stato d'origine; azione quest'ultima da considerare irrimediabilmente censurabile alla luce dell'art. 49, comportando una «discriminatoria» compartimentazione del mercato interno⁸⁰¹.

Al contrario di Maduro, i giudici di Lussemburgo si limitano a leggere la vicenda nella sua fase «statica» (manifestazione della libertà di stabilimento) e non nella sua eventuale e successiva fase dinamica (espressione della libertà di prestare servizi). Anche sotto il mero profilo della libertà di

⁷⁹⁷ *Ibidem*, punto 83 delle motivazioni.

⁷⁹⁸ *Ibidem*, punto 87.

⁷⁹⁹ *Ibidem*, punto 89.

⁸⁰⁰ L'uso strumentale della libertà di stabilimento, esercitata solo per continuare ad erogare gli stessi servizi ad un più basso costo del lavoro, porta Carabelli 2007, 102 a considerare il caso *de quo* un'ipotesi di «abuso» del diritto comunitario (sulla giurisprudenza della Corte poco propensa a riconoscerlo cfr. *infra* nt. 119).

⁸⁰¹ Cfr. Conclusioni dell'A.G. Maduro in causa C-438/05, punti 65 e 69. Per Corti 2007, 803 il principio adottato da Maduro è comunque criticabile perché «condotto fino alle sue estreme conseguenze, impedirebbe finanche un'azione concertata per imporre un salario minimo comunitario» (in merito alla praticabilità delle azioni transnazionali cfr. *infra* § 4).

stabilimento, la Corte poteva comunque giungere a conclusioni più limitanti l'esercizio dell'azione sindacale. Come essa stessa espressamente riconosce, l'azione sindacale posta in essere nei confronti della «*Viking*» configura un «futuro» trattamento discriminatorio, prospettando per questa l'impossibilità di beneficiare dei medesimi trattamenti degli altri operatori economici presenti nello Stato di stabilimento⁸⁰². Da qui a sostenere che solo ragioni di «ordine pubblico» potrebbero giustificare una simile violazione della libertà dell'impresa il passo è breve⁸⁰³. La Corte invece non lo compie e riconduce l'intera argomentazione nell'ambito degli ostacoli non discriminatori e delle giustificazioni fondate sull'«interesse generale». In tal modo consente ai sindacati dello Stato d'origine dell'impresa di fare ciò che non è ammesso al legislatore dello Stato di destinazione.

Torneremo oltre sulle (possibili) ragioni di un simile «*favor*» nei confronti delle azioni collettive attuate nell'ambito di applicazione dell'art. 43, che la Corte di lì a breve non confermerà nell'applicare l'art. 49. Per il momento merita evidenziare come anche i principi elaborati nella sentenza *Viking*, che si è detto apparire rassicuranti per i lavoratori europei, lo siano solo parzialmente e ciò vuoi in ragione del loro limitato ambito di applicazione vuoi perchè non sono immuni da un possibile utilizzo capace di limitare comunque la praticabilità dell'azione collettiva.

Sotto quest'ultimo profilo, basti evocare gli incerti scenari che è in grado di configurare l'attribuzione al giudice di rinvio della valutazione circa l'esistenza di altri mezzi, alternativi al conflitto, capaci di «condurre a buon fine il negoziato collettivo»⁸⁰⁴; una valutazione che, se pur condotta alla luce della normativa dello Stato del medesimo giudice, sembra consentire ampi margini di discrezionalità nella sua applicazione al caso concreto. L'utilizzo del *test* di proporzionalità può legittimare un intervento dell'autorità giudiziaria nel merito della controversia dall'esito non facilmente prevedibile. Il rischio è che, per il tramite del principio di proporzionalità, si induca a riformulare il diritto di sciopero nei termini di *extrema ratio* di risoluzione delle controversie collettive anche in quegli ordinamenti, come quello italiano, nei quali un simile principio (almeno nel settore privato) non esiste⁸⁰⁵.

Anche il modo con cui la Corte applica al caso di specie il c.d. *test* di necessità non permette di escludere scenari limitanti l'esercizio dell'azione sindacale. Il presupposto che ne giustifica il ricorso è che «i posti o le condizioni di lavoro» siano «realmente compromessi o seriamente minacciati» dal cambio di bandiera.

Non è sufficiente la «semplice» minaccia e la «possibile» compromissione delle condizioni di lavoro, ma il giudice di rinvio è chiamato ad operare una sorta di accertamento in merito alla fondatezza dei «timori» che hanno indotto il sindacato a realizzare l'azione collettiva. Un giudizio che anche in questo caso apre la strada ad una discutibile intromissione del potere giudiziario nel

⁸⁰² Punto 72 di Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2.

⁸⁰³ L'applicazione di misure discriminatorie alle imprese straniere che esercitano la libertà di circolazione all'interno dell'Ue è ammissibile solo per «motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica» (art. 46.1 TCe), mentre la Corte di giustizia giustifica la presenza di ostacoli non discriminatori anche se fondati su «ragioni imperative d'interesse generale» (in merito, per tutti, cfr. Barnard 2007, 378 ss.).

⁸⁰⁴ Punto 87 di Cgce 11.12.2007, cit. a nt.2.

⁸⁰⁵ In tal senso cfr. Ales 2008, 15 e Ballestrero 2008, 384.

merito delle scelte strategiche del sindacato.

Non scontata è poi la legittimità di azioni sindacali che si pongano finalità diverse da quelle di «tutela dei lavoratori» dipendenti dell'impresa da trasferire. Il ragionamento della Corte, prendendo forma dalla concreta fattispecie oggetto della controversia, si sviluppa tutto in relazione alla finalità «contrattuale» dello sciopero⁸⁰⁶. Da ciò il dubbio circa l'invocabilità delle cause di giustificazione in presenza di scioperi di protesta, politici, o comunque nei quali la funzionalità «diretta» con la protezione delle condizioni di lavoro non sia evidente⁸⁰⁷. I *dicta* della sentenza *Viking* mettono a rischio la possibilità di fondare la legittimità di simili azioni (sempre che essa sussista per il diritto nazionale) alla luce del *test* di proporzionalità⁸⁰⁸.

Il secondo problema che sollevano i principi enunciati dalla Corte nella sentenza *Viking* attiene al significato che questi acquisiscono al di fuori del contesto affatto particolare nel quale sono stati enunciati: quello del trasporto marittimo. È in questo contesto che la delocalizzazione avviene grazie ad un trasferimento meramente legale e non fisico della sede di lavoro (la nave)⁸⁰⁹, il che non accade nelle normali ipotesi di delocalizzazioni. Ciò, se rende più facile il trasferimento per l'azienda, permette anche l'attuazione di strategie sindacali tese a neutralizzarne gli effetti. In presenza di una normale ipotesi di delocalizzazione la strategia di azione sindacale è molto più complessa e può indurre ad adottare azioni di lotta più radicali (come blocchi, occupazioni d'azienda o minacce di boicottaggio)⁸¹⁰, finalizzate ad impedire la chiusura e la successiva apertura di uno stabilimento in un altro paese o ad indurre l'impresa delocalizzante a garantire i posti di lavoro e la ricollocazione dei lavoratori del paese d'origine. Più difficile configurare una strategia come quella adottata dai sindacati finlandesi, tesa al mantenimento degli *standard* contrattuali dopo il trasferimento, perchè il trasferimento dell'azienda in un altro Stato membro di norma non comporta quello dei lavoratori.

Si prospettano sotto questo profilo problematici intrecci tra le questioni in esame e la disciplina comunitaria in tema di trasferimento d'azienda. La vicenda oggetto della sentenza *Viking* potrebbe in astratto configurarsi come un trasferimento d'azienda, consistente nel passaggio di pro-

⁸⁰⁶ Come osserva ancora Ballestrero 2008, 377 la lettura «funzionalizzata» dell'azione sindacale in *Viking* è stata indubbiamente favorita dalla disciplina finlandese dello sciopero e dai limiti che questa prospetta (limiti tra i quali la Corte suprema finnica comprende anche quelli derivanti dall'ordinamento dell'Ue).

⁸⁰⁷ Di «logica strettamente funzionalista» e «strutturalmente "servente" della attività di pacificazione degli interessi» parla Veneziani 2008.

⁸⁰⁸ In questo senso cfr. anche Reich 2008, p. 159-160.

⁸⁰⁹ Come osserva Jaspers 2007, 64, per un'impresa navale che ricorre all'adozione di una bandiera di comodo «*outsourcing is [...] primarily more of a legal than a physical operation*». In merito alle strategie poste in essere dal sindacato internazionale dei marittimi per contrastare le operazioni di *re-flagging* cfr. Fitzpatrick 2007, 85 ss. Cfr. anche Fili 2007, 773 che analizza la recente Convenzione OIL n.186/2006 (*Maritime Labour Convention*) deputata a fissare *standard* internazionali funzionali ad arginare il *dumping* sociale. La Convenzione sembra destinata a tradursi in fonte comunitaria se, come richiesto dalle parti sociali europee di settore, verrà recepito in direttiva l'accordo raggiunto dalle stesse il 12 novembre 2007; accordo che ha fatto seguito all'iniziativa della Commissione (cfr. COM (2006) 287). Si tratta di un esempio di dialogo tra fonti OIL e attori comunitari di indubbio interesse (così Sciarra 2008, 259), anche se non si può ignorare come difficilmente ciò possa rappresentare un serio argine al *dumping* sociale nel mercato interno, vista l'estrema genericità degli *standard* di tutela definiti dalla Convenzione OIL e trasposti nell'accordo europeo.

⁸¹⁰ Per un'analisi comparata delle diverse discipline nazionali in relazione a simili forme di azione sindacale, si rinvia a Dorssemont-Jaspers- van Hoek (eds.), 2007, ed ivi spec. Dorssemont, 264 ss.

prietà della nave dal datore finlandese a quello estone. Se il problema dell'applicazione della direttiva 2001/23/Ce non si pone è perchè l'applicazione di questa alle imprese navali è espressamente esclusa (art. 1); da ciò il riconoscimento di una piena libertà di queste ultime di attuare strategie di *re-flagging* senza il rischio che esse siano vanificate dal principio della continuità *ex lege* dei rapporti di lavoro imposto dalla direttiva⁸¹¹. La Corte sembra in sostanza consentire che quanto previsto dalla direttiva 2001/23 sia perseguibile in caso di cambio di proprietà di una nave attraverso l'azione sindacale: non si nega il diritto dell'impresa a mutare titolarità e sede, ma si consente che i lavoratori possano agire in modo da non subire gli effetti pregiudizievoli di tale decisione.

Lo scenario cambia radicalmente a fronte di una «normale» ipotesi di delocalizzazione (non riguardante una nave), operata attraverso la chiusura di uno stabilimento e l'apertura di uno nuovo in un diverso Stato membro. In questo caso di norma è difficilmente configurabile un trasferimento d'azienda ai sensi della direttiva 2001/23, anche se, in astratto, questa sarebbe applicabile laddove tale situazione si concretizzasse⁸¹². È proprio in ragione di ciò (del fatto che di norma non c'è in questo caso né trasferimento di beni né di lavoratori) che non è neppure adottabile la strategia sindacale attuata nel caso *Viking*.

Da quanto detto si ricava una conclusione: al di fuori del contesto marittimo i principi enunciati dalla Corte sembrano avere scarsa utilità per i lavoratori ed i sindacati degli Stati membri. Nella stragrande maggioranza dei casi la delocalizzazione avviene in modo tale da vanificare la praticabilità di un'azione sindacale riconducibile per modalità ed obiettivi perseguiti a quella attuata nel caso *Viking*. In ipotesi in cui ciò non avvenga e sia quindi configurabile un trasferimento d'azienda (ad esempio se vi fosse un «significativo» trasferimento dei lavoratori in esso coinvolti), troverà applicazione la direttiva 2001/23 che, nel garantire continuità di occupazione e di condizioni di lavoro per i lavoratori trasferiti, rende superflua la stessa azione collettiva che si ponga i medesimi obiettivi e sproporzionata quella eventualmente attuata per ottenere tutele ulteriori.

Resta l'importanza del principio per cui è legittimo tentare di impedire un trasferimento di sede aziendale in un altro paese con l'arma del conflitto. Ma si tratta di capire che cosa esso significhi se applicato ad ipotesi specifiche di azioni sindacali diverse da quelle attuate nel caso *Viking* e capaci di limitare in modo ancora più incisivo la libertà di stabilimento dell'impresa. Azioni sindacali orientate ad impedire *tout court* il trasferimento e non a «regolare» gli effetti che ne derivano su chi l'azione pone in essere, non è scontato che possano trovare legittimazione sul piano dell'ordinamento comunitario, o almeno una simile conclusione non è pacificamente deducibile da quanto affermato dalla Corte di giustizia. E ciò rende potenzialmente suscettibile di censura qualsiasi azione sindacale tesa ad impedire il cambio di sede di un'azienda. L'art. 43 TCe può diventare così un formidabile strumento in mano alle imprese per scoraggiare scioperi la cui legittimità, dopo *Viking*, è rimessa ad un incerto e defatigante *iter* giudiziario destinato a concludersi davanti

⁸¹¹ Il diritto comunitario non solo non preclude il pieno potere delle compagnie navali di cambiare bandiera ma ne facilita l'esercizio, con l'unico vincolo del rispetto degli *standard* internazionali di sicurezza e tutela ambientale (cfr. *Regolamento (Ce) n. 789/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativo al trasferimento delle navi da carico e passeggeri tra registri all'interno della Comunità e che abroga il regolamento (Cee) n. 613/91 del Consiglio*).

⁸¹² Che nulla osti all'applicazione della direttiva in caso di trasferimento inter-statali lo ricorda Hepple 2005, 175; perchè la fattispecie sia configurabile è necessario che il trasferimento riguardi un'«entità economica che mantiene la sua identità» (art. 1 (1) (b)), ovvero che coinvolga un gruppo di lavoratori tale da potersi considerare, in ragione del tipo di attività svolta, un'articolazione dell'azienda trasferita (cfr. Cgce 11.3.1997, *Súzen c. Zehnacker*, causa C-13/95, Racc. 1997, I-1275).

alla Corte di giustizia. E di questo le imprese europee hanno già preso coscienza: nel maggio 2008 il sindacato dei piloti della British Airways (*Balpa*) ha rinunciato ad attuare un'azione sindacale organizzata per impedire l'apertura di uno scalo fuori dal territorio britannico (a Parigi) nell'ambito dell'accordo di liberalizzazione dei voli trans-oceanici tra Europa e USA (c.d. *OpenSkies*). Le parole con le quali il legale del *Balpa* spiega le ragioni della rinuncia al conflitto chiariscono meglio di qualsiasi commento gli scenari aperti da *Viking*: «*It is very clear that win, lose or draw this case, there will be further litigation by way of appeals and further appeals, the House of Lords and perhaps the European Court of Justice as well, which will have the effect of increasing exposure to costs of whichever party ultimately loses. It would plainly be madness to embark on industrial action with the risk that, in the end, it would be declared unlawful*»⁸¹³.

3. L'autonomia collettiva di fronte alla «seconda fase» della delocalizzazione: la sentenza *Laval*

È con la sentenza *Laval*⁸¹⁴ che la Corte completa il quadro della disciplina delle delocalizzazioni intra-comunitarie, precisando in che misura gli attori sociali possono incidere sulla fase successiva al cambiamento di sede dell'impresa; quella nella quale essa torna ad operare nel mercato nazionale d'origine attraverso una prestazione di servizi transnazionale. La strategia adottata dalla *Laval un Partneri Ltd* è sotto questo profilo paradigmatica e rappresenta la tipica modalità di azione delle imprese finalizzata a sfruttare i vantaggi della vicinanza di mercati più convenienti dal punto di vista della legislazione sociale e del costo del lavoro⁸¹⁵. La sede principale viene stabilita in un paese con più bassi *standard* sociali ed al contempo si creano filiali in paesi dove s'intende operare distaccandovi i lavoratori assunti dalla «nuova» sede per effettuare prestazioni di servizi. La prima «fase» di tale strategia (oggetto della sentenza *Viking*), se attuata nell'ambito del mercato comunitario, trova fondamento e tutela nell'art. 43 TCe, la seconda nell'art. 49 e nella direttiva 96/71/Ce relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. Ed è proprio la direttiva 96/71 a rivelarsi decisiva nel condurre la Corte a conclusioni sensibilmente diverse rispetto alla sentenza *Viking* in merito alla praticabilità di azioni collettive capaci di incidere sull'esercizio delle libertà di mercato. Il che dimostra come davvero tale direttiva sia strumento assai più funzionale a favorire l'integrazione del mercato dei servizi che a tutelare i lavoratori in esso impiegati⁸¹⁶.

Dalla sentenza *Laval* si ricava che gli spazi di esercizio dell'autonomia collettiva come strumento di regolazione della libera prestazione di servizi transnazionale sono decisamente più limitati rispetto a quelli riconosciuti in relazione al diritto di stabilimento. Se in astratto i lavoratori e i sindacati possono porre in essere azioni collettive capaci di intralciare la libera prestazione di servizi di un'impresa straniera, nei fatti tale possibilità resta preclusa dall'obbligo di tenere conto di quanto prescrive il legislatore nella direttiva 96/71. È questa a stabilire cosa è consentito imporre alle imprese che esercitano la loro libertà di prestare servizi transnazionali, in tal modo traducendo in regole di diritto «derivato» i principi posti dall'art. 49 a presidio di tale libertà.

⁸¹³ Cfr. *Financial Times* del 22 maggio 2008 ("*Strike threat to new BA airline end*" by M. Murphy).

⁸¹⁴ Cgce 18.11.2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al.*, causa C-341/05, inedita.

⁸¹⁵ Woolfson 2007, 199 ss. rende conto efficacemente delle caratteristiche del mercato del lavoro nei paesi ex comunisti (e in Lettonia in particolare); caratteristiche che ne spiegano l'«appetibilità» da parte delle imprese dell'Europa occidentale.

⁸¹⁶ Di «*liberal reading of Dir. 96/71*» da parte della Corte di giustizia parla a ragione Reich 2008, p. 156.

La Corte sembra affermare che, se è vero che anche nel caso di prestazioni di servizi la «tutela dei lavoratori» integra un'«esigenza imperativa di interesse generale» capace di giustificare limiti alla libertà economica, tale esigenza è già soddisfatta da quanto prescritto dal legislatore comunitario⁸¹⁷. Gli *standard* di tutela applicabili ai lavoratori distaccati non si identificano con quelli fissati dalle direttive «sociali» comunitarie e sono liberamente stabiliti dagli Stati membri⁸¹⁸, ma per non creare ostacoli sproporzionati alla libertà di prestazione dei servizi devono essere identificati nei limiti e nei modi previsti dall'art. 3 della direttiva 96/71. In caso in cui esistano *standard* minimi fissati dalla legge, a questi si deve far riferimento⁸¹⁹. È possibile far riferimento a quanto previsto dai contratti collettivi, se così prevede la legge nazionale di recepimento della direttiva e se ad essi è attribuita un'efficacia tale da non creare disparità di trattamento rispetto alle imprese nazionali, secondo quanto dispone l'art. 3.8, dir. 96/71⁸²⁰. Spetta sempre alla legge di recepimento identificare le eventuali disposizioni di ordine pubblico che l'art. 3.10 della direttiva consente siano applicabili alle imprese straniere, in aggiunta alle materie elencate nell'art. 3.1⁸²¹.

D'altra parte un sistema che lasci la definizione degli *standard* di tutela all'esito, incerto nel quando e nel *quantum*, della negoziazione collettiva, risulterebbe irrimediabilmente lesivo delle esigenze di certezza e «prevedibilità» garantite dall'art. 49 a chi intende prestare un servizio in uno Stato diverso dal proprio⁸²².

Gli effetti di una simile lettura della direttiva 96/71 si manifestano in massimo grado proprio nei confronti dell'autonomia collettiva, privata di fatto di qualsiasi spazio di esercizio in assenza di una legge che ne «recepisca» i prodotti⁸²³. La Corte interpreta restrittivamente l'art. 3.7⁸²⁴, rendendo così problematico l'utilizzo del contratto collettivo nella sua tradizionale funzione acquisi-

⁸¹⁷ Punto 108 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20.

⁸¹⁸ Quanto affermato a riguardo nella sentenza Cgce 18.11.2007, cit. a nt.19, punto 68 è in linea con la precedente giurisprudenza (cfr. Cgce 25.10.2001, *Finalarte Societade de Construcao Civil Lda et al*, causa C-49-50, 52-54 e 68-71/98, Racc. 1995, I-7831, punto 59 delle motivazioni).

⁸¹⁹ Punti 70 e 78-80 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20.

⁸²⁰ A norma dell'art. 3.8, negli ordinamenti dove i contratti collettivi non hanno efficacia *erga omnes*, gli stati possono imporne il rispetto alle imprese straniere se questi «sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o» se sono «conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e [...] sono applicati in tutto il territorio nazionale», sempre che sia garantita la parità di trattamento rispetto alle imprese nazionali.

⁸²¹ Punto 84 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20. La Corte fa definitivamente chiarezza sul fatto che la nozione di «ordine pubblico» ex art. 3.10 dir. 96/71 non possa coincidere con quella di «interesse generale», utilizzata nella sua giurisprudenza in merito alle giustificazioni poste dagli Stati alle restrizioni alla libertà economiche fondamentali (come prospettato all'indomani dell'approvazione della direttiva da chi scrive: cfr. Orlandini 1999, p. 478). Ne esce confermato l'effetto della direttiva di restringere gli spazi di discrezionalità statale nel contrastare il *dumping* sociale rispetto a quanto deducibile dai principi ricavabili dal Trattato Ce (da ciò le condivisibili considerazioni critiche di Carabelli 2007, p. 88 ss.). In merito alla restrittiva nozione di «ordine pubblico internazionale», alla quale la direttiva fa riferimento (come chiarisce la Commissione, COM (2003) 458, p. 11) ed alla sua problematica interpretazione, in particolare in relazione alle normative di tutela dei diritti fondamentali ed alla disciplina del licenziamento, cfr. Nadalet 2008, 39-43.

⁸²² Punto 110 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20.

⁸²³ Che la mancanza dell'esplicito riferimento nella legge di recepimento renda inapplicabili i contratti collettivi alle imprese straniere è affermato già dalla Commissione nella Comunicazione COM (2003) 458, p. 12: «in questi paesi, ai lavoratori distaccati nel loro territorio, si applicano solo le condizioni di lavoro definite dalle disposizioni legislative».

⁸²⁴ In base all'art. 3.7 «I paragrafi da 1 a 6 [che fissano gli standard minimi di tutela da applicare ai lavoratori distaccati] non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli ai lavoratori».

tiva finalizzata a migliorare le tutele di legge: «le condizioni di lavoro e occupazione più favorevoli» che la norma consente siano applicabili ai lavoratori distaccati, devono intendersi riferite solo a quelle eventualmente stabilite dalla normativa del paese d'origine degli stessi e non a quelle previste dalle fonti convenzionali applicabili ai rapporti di lavoro dei lavoratori dello Stato ospitante⁸²⁵. Né è ammissibile imporre alle imprese straniere una negoziazione tesa a stabilire «volta per volta» il trattamento da applicare ai lavoratori distaccati. Il che penalizza irrimediabilmente sistemi contrattuali flessibili, nei quali, come in quello svedese, non esistono minimi salariali «nazionali», ma questi sono definiti negoziando con l'azienda nei singoli contesti produttivi e locali.

Se l'obiettivo della direttiva, imposto dai vincoli del mercato interno, è garantire la certezza delle regole cui l'impresa straniera deve uniformarsi, queste non possono dipendere dall'evoluzione delle dinamiche sindacali, da trattative dall'esito e dalla durata incerta⁸²⁶. Da questa importante affermazione di principio della Corte si ricava che lo spazio riconosciuto all'autonomia collettiva nel mercato interno dei servizi si colloca necessariamente a «monte» della singola ipotesi di prestazione di servizi transnazionale. Gli *standard* contrattuali cui l'impresa straniera può essere vincolata devono essere da questa conoscibili «prima» che il servizio venga erogato. In altre parole, devono ricavarsi da contratti collettivi già vigenti e già applicati e rispettati dalle imprese nazionali che operano nel medesimo settore.

Resta un margine di incertezza sulla praticabilità della negoziazione (e del conflitto) nel caso in cui con essa s'intenda imporre all'impresa straniera di servizi il rispetto dei minimi retributivi fissati dal contratto nazionale (minimi inesistenti nel settore edile svedese). L'incertezza deriva dall'ambiguità dell'argomentazione della Corte che effettua una duplice valutazione di legittimità dell'azione sindacale prima alla luce della direttiva 96/71 quindi in base al (solo) art. 49 TCe. Se i vincoli posti dalla direttiva portano ad escludere che sia legittimo imporre ad un'impresa straniera il rispetto del contratto collettivo con modalità diverse rispetto a quelle previste dal legislatore comunitario, i principi deducibili dall'art. 49 sembrano invece consentire (proprio in ragione del riconoscimento dello sciopero tra i principi generali del diritto comunitario) che con l'azione sindacale si possa indurre un'impresa straniera ad obbligarsi al rispetto dei livelli retributivi minimi nazionali, applicando quanto in merito prescrive per le imprese nazionali il contratto collettivo di categoria esistente. Nel primo caso la praticabilità del conflitto è sostanzialmente azzerata, visto che vincoli per le imprese straniere possono derivare solo dalla legge statale di recepimento della direttiva, nel secondo caso si configurerebbe uno spazio per l'azione collettiva, seppur residuale

⁸²⁵ Questa lettura dell'art. 3.7 è stata confermata dalla Corte nella sentenza 3.4.2008, *Rüffert*, causa C-346/06, punto 33 delle motivazioni, con la quale si è disatteso quanto affermato in proposito dall'A.G. Bot nelle sue conclusioni; in esse si legge infatti che l'art. 3.7 ammetterebbe la possibilità per lo Stato di prestazione del servizio di «migliorare, nelle materie indicate all'art. 3, n. 1 [...] il livello di protezione sociale» rispetto agli *standard* minimi di obbligatoria applicazione, sempre che tale «protezione rinforzata» avvenga «in conformità dei limiti consentiti dall'art. 49». Il contrasto tra le due opzioni interpretative è dunque netto ed implica una divergenza di fondo nella valutazione delle finalità perseguite dalla direttiva: definire gli standard minimi di tutela applicabili ai lavoratori distaccati per l'A.G. Bot (così punto 79 delle motivazioni), fissare gli standard massimi consentiti dall'ordinamento dell'Ue per i giudici di Lussemburgo.

⁸²⁶ Punti 71 e 110 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20; la Corte richiama quanto affermato nella sentenza Cgce 23.11.1999, *Arblade*, causa C-396-376/04, Racc. 1999, I-8453, punto 43 delle motivazioni, in merito agli obblighi di natura retributiva «sufficientemente precisi e accessibili», riferendolo però all'ipotesi affatto diversa di obblighi imposti non dalla legge ma per via negoziale.

in quanto nei fatti limitato alle finalità strettamente economiche della stessa⁸²⁷.

I principi enunciati nella sentenza *Laval* hanno trovato conferma nella successiva sentenza *Rüffert* e dunque possono già considerarsi consolidati nella giurisprudenza comunitaria. Con questa nuova decisione la Corte ha censurato la normativa del Land tedesco della Bassa Sassonia che prescrive come condizione di aggiudicazione di un appalto pubblico per lavori edili l'obbligo di rispettare le tariffe salariali previste dai contratti collettivi applicabili nel luogo di esecuzione dello stesso. L'illegittimità della normativa deriva dal fatto che essa impone alle imprese straniere di applicare contratti collettivi di livello territoriale privi di efficacia *erga omnes*, secondo modalità diverse da quelle previste dall'art. 3.8 della direttiva 96/71⁸²⁸; un obbligo che non può fondarsi sull'art. 3.7, riferendosi la norma esclusivamente alle condizioni più favorevoli eventualmente previste dalla normativa dello Stato d'origine⁸²⁹.

L'interpretazione «minimalista»⁸³⁰ della direttiva 96/71 accomuna le sentenze *Laval* e *Rüffert*. Se nella prima essa serve a limitare gli spazi dell'autonomia collettiva, nella seconda permette di limitare il potere statale di fissare *standard* minimi di origine contrattuale a tutela dei lavoratori impiegati nell'ambito di appalti pubblici. Tali *standard* sono legittimamente imposti solo se vincolano le imprese anche in caso di appalti tra privati⁸³¹ e se derivano da contratti collettivi nazionali resi vincolanti con le modalità previste dall'art. 3.8 della direttiva. Ne esce radicalmente sconfessata la *ratio* sottesa alla normativa che, a partire dall'art. 36 dello Statuto dei lavoratori, attraverso la previsione di clausole sociali favorisce l'estensione per via «indiretta» dei contratti collettivi ed impedisce che l'aggiudicazione dei pubblici appalti dipenda dalla concorrenza giocata sul più basso costo del lavoro⁸³².

La sentenza *Rüffert* sembra poi chiarire quanto implicitamente già deducibile dalla sentenza *Laval*, ovvero che è esclusa la possibilità di imporre alle imprese straniere, vuoi per legge vuoi, a

⁸²⁷ Basti pensare all'esempio italiano, dove *standard* minimi nelle materie di cui all'art. 3.1 della direttiva 96/71, diverse dalla retribuzione, sono fissati dalla legge; il che rende inevitabilmente «sproporzionata» l'azione sindacale tesa ad imporre il rispetto delle tutele «aggiuntive» previste dal contratto collettivo. Riguardo alle eventuali altre materie di «ordine pubblico» ex art. 3.10, la Corte esclude espressamente possano fondare un'azione sindacale, essendo la loro individuazione di necessaria pertinenza dei pubblici poteri (punto 84 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt.20).

⁸²⁸ Punti 23-29 di Cgce 3.4.2008, cit. a nt. 31. L'argomentazione seguita dalla Corte pecca di un eccesso di formalismo che non tiene conto né della *ratio* delle norme in materia di appalti pubblici né della *ratio* sottesa alle disposizioni della direttiva 96/71 relative al contratto collettivo (*supra* nt. 25); la duplice modalità di estensione del contratto collettivo alle imprese straniere che la norma comunitaria individua è finalizzata ad evitare che queste siano vincolate da costi che non gravano su quelle nazionali: tale finalità è soddisfatta anche da normative che impongono come condizioni di aggiudicazione di un appalto il rispetto dei contratti collettivi, dal momento che a tale eguale condizione sono sottoposte sia le imprese straniere che quelle nazionali.

⁸²⁹ *Ibidem*, punti 33-34 dove si richiama quanto affermato dalla Corte nei punti 80-81 della sentenza 18.12.2007, cit. a nt.20.

⁸³⁰ Così Giubboni 2008 e Borelli 2008 che definisce la lettura della direttiva 96/71 da parte della Corte anche «monofocale» dal momento che ne identifica la finalità esclusivamente nella realizzazione della libera prestazione dei servizi (punto 36 di Cgce 3.4.2008, cit. a nt. 31). Ad ulteriore consolidamento dell'interpretazione «minimalista» della direttiva 96/71 è giunta, quando queste pagine erano in bozza, la sentenza Cgce 19.6.2008, *Commissione/Lussemburgo*, causa C-319/06, inedita.

⁸³¹ Per la Corte la normativa tedesca non può ritenersi funzionale a perseguire «esigenze imperative d'interesse generale» proprio perchè, oltre a riferirsi a contratti collettivi di livello locale, non riguarda i lavoratori impiegati in appalti tra privati (*Ibidem*, punto 40).

⁸³² La sentenza *Rüffert* sconfessa l'impostazione seguita dal Tar Bolzano, 19 aprile 2005, n. 140, MGL 2005, 658 con nota di Rondo (e confermata dal Consiglio di Stato, C. Stato, sez. IV, 1.3.2006, n. 928, inedita) per censurare la legge provinciale n. 6/2002 (e disapplicare il d.lgs. 72/2000) che imponeva anche alle imprese straniere l'obbligatoria iscrizione alla Cassa edile, come condizione di aggiudicazione di appalti pubblici. I giudici amministrativi negano la legittimità di un simile obbligo in considerazione del tipo di prestazioni erogate dalla Cassa, nel caso tali da garantire tutele «sostanzialmente omogenee» rispetto a quelle previste dalla normativa del paese di sede dell'impresa (l'Austria). In base alla sentenza *Rüffert*, il fatto stesso di pretendere il rispetto del contratto collettivo applicabile nel luogo di esecuzione dell'appalto è da considerarsi illegittimo per il diritto comunitario, fatto salvo il rispetto dei livelli minimi retributivi fissati dal contratto nazionale, in quanto vincolanti per tutte le imprese del settore di riferimento.

fortiori, attraverso l'azione sindacale, il rispetto di eventuali contratti territoriali, quando questi identificano livelli di tutela superiori ai minimi «nazionali», gli unici consentiti dalla direttiva. Ovviamente i contratti decentrati restano invece applicabili nel caso in cui introducano deroghe «peggiorative» ai contratti di livello superiore, anzi non può esserne preclusa l'applicazione alle imprese straniere per non creare discriminazioni tra queste e quelle nazionali.

4. Azioni collettive transnazionali: possibili scenari di regolazione comunitaria

Dalle sentenze *Viking* e *Laval* emerge una diversa considerazione degli spazi di legittimità del conflitto sindacale a seconda se l'ostacolo alla libertà di circolazione sia posto in essere dai lavoratori dello Stato d'origine o dello Stato ospitante. In termini «sindacali» si potrebbe dire, a seconda se lo sciopero sia «contrattuale» o di solidarietà, o meglio se sia realizzato o meno da lavoratori dipendenti dall'impresa che esercita la libertà economica del quale si contesta la lesione.

È importante inquadrare le due fattispecie all'origine delle controversie per capire la soluzione sensibilmente diversa proposta dalla Corte riguardo alle stesse.

Solo nel caso *Viking* i sindacati agiscono nei confronti del datore di lavoro dei propri iscritti, i quali a loro volta difendono le proprie condizioni di lavoro ed i propri posti di lavoro. Titolari del diritto, sindacati e lavoratori coinvolti, effetti dell'azione, controparte, si collocano tutti sul territorio nazionale. L'impresa ed i lavoratori stranieri sono «potenziali» e sarebbero entrati in gioco solo dopo che la libertà «minacciata» dall'azione sindacale fosse stata esercitata. Nel caso *Laval* l'azione sindacale è condotta nei confronti di un datore di lavoro «straniero», attraverso blocchi, occupazione del cantiere e picchetti organizzati da sindacati ai quali nessun dipendente di tale datore è iscritto. Lo sciopero attuato dal sindacato degli elettrici per ostacolare l'esecuzione dell'appalto è dubbio possa perfino definirsi «di solidarietà», mancando l'azione «principale» che con esso si dovrebbe supportare⁸³³. In realtà gli elettrici «svedesi» scioperano in solidarietà degli edili «svedesi», il che significa che anche la loro azione sindacale si declina *in toto* nei termini di un conflitto tra lavoratori nazionali e impresa straniera.

La lettura congiunta delle sentenze in esame sembra suggerire che per la Corte può essere legittimo scioperare per tutelare i propri interessi, anche se ciò incide su una libertà del TCE, mentre non lo è se il fine dello sciopero è la tutela di lavoratori dipendenti da un'impresa straniera. Una simile conclusione può sorprendere, visto che vi si giunge applicando i medesimi principi del mercato interno. Sia in *Viking* che in *Laval* presupposto delle decisioni è il riconoscimento dell'esistenza di un ostacolo all'esercizio di una libertà di mercato: di abbandonare il paese d'origine per stabilirsi in un altro nel primo caso⁸³⁴, di prestare servizi in un diverso Stato membro nel secondo. In entrambi i casi la legittimità dello sciopero è fatta dipendere dal giudizio in merito alla legittimità dell'obiettivo di «tutela dei lavoratori» posto a base dell'azione stessa. E d'altra parte un

⁸³³ In questo senso Dorsssement 2007, p. 260; cfr. anche Novitz 2006, p. 244 che conclude per la natura «primaria» dell'azione sindacale.

⁸³⁴ Punto 69 Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2. La Corte sembra prospettare una piena equiparazione tra diritto di uscire dal proprio Stato e diritto di accedere in un altro, ai sensi dell'art. 43 TCE, con ciò smentendo quanto affermato nella sentenza 27.09.1988, *Daily Mail*, causa C-81/87, Racc. 1988, 5483 pur citata in *Viking*. Che la giurisprudenza sul punto sia tutt'altro che pacifica lo ricorda Barnard 2007, 331.

contratto collettivo, se è capace di intralciare la libertà di stabilimento o di prestazione di servizi, lo è indipendentemente da chi, attraverso il conflitto, ha indotto l'impresa a firmarlo.

La Corte non lo dice espressamente, ma la ragione di una simile diversità di «disciplina» tra le due ipotesi di sciopero si fonda sul fatto che l'azione degli svedesi è un'azione tesa a difendere il mercato del lavoro nazionale e l'effetto di tutela dei lavoratori stranieri è meramente indiretto, mentre non così è nel caso dello sciopero dei finlandesi⁸³⁵. Non ha bisogno di dirlo perchè trova nella direttiva 96/71 la legittimazione di tali conclusioni: è grazie ad essa che, come visto, la Corte può sostenere che le esigenze di tutela dei lavoratori «distaccati» sono già garantite da quanto prescrive il diritto comunitario e l'azione collettiva deve considerarsi sproporzionata.

La medesima attenzione a distinguere tra azioni sindacali in ragione degli attori coinvolti emerge da un inciso della sentenza *Laval* nel quale la Corte riconosce che è «fatta salva la facoltà, per le imprese aventi sede in altri Stati membri, di sottoscrivere volontariamente nello Stato membro ospitante, in particolare nell'ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto di lavoro eventualmente più favorevole»⁸³⁶; con ciò lasciando intendere che i limiti configurabili per l'azione collettiva dei sindacati svedesi non varrebbero a limitare quella eventuale dei lavoratori lettoni⁸³⁷. Sarebbe stato opportuno approfondire maggiormente quest'aspetto della vicenda, invero decisivo per il tema delle azioni transnazionali capaci di intralciare la libera circolazione nel mercato interno⁸³⁸. Affermando che il contratto collettivo, illegittimo se imposto dai sindacati svedesi, sarebbe stato legittimo se stipulato con i lavoratori e sindacati lettoni, la Corte intende dire che uno sciopero di questi ultimi godrebbe di piena immunità dalle regole del mercato? O, più probabilmente, che lo sciopero dei lettoni sarebbe legittimo se rispettoso dei principi elaborati in relazione all'azione sindacale oggetto della sentenza *Viking*, anch'essa come detto attuata contro il «proprio» datore di lavoro? Accogliendo questa seconda soluzione la Corte negherebbe la possibilità di utilizzare quanto disposto dalla direttiva 96/71 per contrastare un'azione sindacale dei lavoratori distaccati e ciò indipendentemente dalla legge che si ritenga applicabile all'azione medesima⁸³⁹.

Se ne ricava una peculiare configurazione della disciplina comunitaria delle azioni transnazionali attuate da lavoratori e sindacati di diversi Stati membri.

⁸³⁵ In merito alla natura «protezionistica» dell'azione collettiva nel caso *Laval*, non rinvenibile nel caso *Viking*, cfr. diffusamente Reich 2008, spec. p. 149 e 160. Da ciò le osservazioni dell'A., adesive nei confronti della sentenza *Laval* e critiche verso l'apparentemente più «mite» sentenza *Viking*.

⁸³⁶ Punto 81 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20.

⁸³⁷ Lo stesso inciso è ripreso dalla Corte nel punto 34 della sentenza 3.4.2008, cit. a nt. 31; anche quest'inciso per la verità non è scevro da ambiguità, non essendo chiaro cosa la Corte intenda per impegno sottoscritto «volontariamente» da un datore di lavoro e restando dubbi sul fatto che tale sia considerato anche quello assunto sotto la minaccia o la pressione del conflitto.

⁸³⁸ Sul tema delle azioni transnazionali sia consentito il rinvio a Giubboni, Orlandini 2005, 289 ss.

⁸³⁹ Per la soluzione nel senso dell'applicabilità della normativa dello Stato ospitante in base all'art. 3.10 della direttiva 96/71 cfr. Naldet 2008, p. 51; conclude invece senz'altro per l'applicazione della legge del paese d'origine Carabelli 2007, p. 124, alla luce delle regole della Convenzione di Roma. Il problema dell'individuazione della legge applicabile alle azioni collettive con elementi di internazionalità nel diritto internazionale privato è estremamente complesso e la sua soluzione è condizionata dalla natura della responsabilità cui sono esposti i soggetti che ne prendono parte; sul tema si rinvia alla seconda parte del volume curato da Dorssemont, Jaspers e van Hoek 2007, p. 245 ss. (in particolare, per un quadro comparato cfr. van Hoek 2007, p. 425 ss. e per il diritto italiano cfr. Venturi 2007, p. 311 ss.). Nel caso in cui l'azione dia origine a responsabilità extracontrattuale, il Regolamento (Ce) n. 864 dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II») prevede debba applicarsi la legge del luogo dove questa «è destinata a svolgersi o si è svolta» (art. 9), fatto salvo il caso in cui presunto responsabile e parte lesa «risiedono abitualmente nello stesso paese nel momento in cui il danno si verifica» (art. 4.2). Un criterio che porta ad escludere di norma l'applicabilità della legge del paese ospitante ai lavoratori temporaneamente presenti in uno Stato diverso da quello del proprio datore.

Nell'ambito di una prestazione di servizi si è detto che si configura una diversa rilevanza (o giustificazione) per le azioni realizzate nei confronti del proprio datore di lavoro dai lavoratori distaccati, dal momento che a questi ultimi non si applicano i limiti derivanti dalla direttiva 96/71 ma la loro azione è esposta solo alle valutazioni di necessità e proporzionalità compiute dalla Corte nel caso *Viking*. Se le azioni dei lavoratori distaccati sono sottratte ai limiti configurati nella sentenza *Laval* per quelle dei lavoratori nazionali dello Stato dove il distacco è eseguito, si pone il problema del rapporto tra le due azioni collettive, dalla cui simultanea attuazione dipende la praticabilità dell'azione transnazionale. È sostenibile che la legittimità della prima azione renda legittima anche la seconda?

In altri termini, se in *Laval* a scioperare fossero stati anche i lettoni, il giudizio della Corte sarebbe cambiato? Margini per rispondere affermativamente vi sono, dal momento che sarebbe cambiato il giudizio sul contratto collettivo che con l'azione s'intende imporre. Se è vero che il contratto firmato con i sindacati lettoni per migliorare il loro trattamento in caso di distacco è comunque «legittimo» (indipendentemente dai vincoli posti dalla direttiva 96/71), ne consegue che tale sarebbe da considerare anche l'eventuale azione posta in essere dagli svedesi, in questo caso rubricabile certamente come di solidarietà.

Una simile conclusione ha una sua coerenza sistematica perché l'azione collettiva perderebbe la sua caratteristica di azione (soltanto) «protezionistica». Per altro la legittimità dell'azione sarebbe imposta anche dagli *standard* sovranazionali, cui la Corte dovrebbe riferirsi, in base ad i quali la legittimità della c.d. azione secondaria dipende da quella dell'azione primaria⁸⁴⁰.

In sintonia con tali scenari sembrano anche le conclusioni dell'A.G. Maduro al caso *Viking*, che affronta (al contrario di quanto fa la Corte) il problema dell'eventuale azione collettiva capace di intralciare (anche) la libertà di prestare servizi. Maduro ha il merito di entrare *in medias res* e tentare di suggerire dei criteri per risolvere il problema della praticabilità delle azioni transnazionali. Il suo ragionamento muove da un'affermazione di principio di estrema rilevanza, ovvero dal riconoscimento della loro legittimità nell'ordinamento comunitario, pur in assenza di alcuna base giuridica e nonostante il «vincolo negativo» posto dall' 137.5 TCe⁸⁴¹. Il problema della legittimità di azioni sindacali transnazionali finalizzate a tutelare le condizioni di occupazione e di lavoro dei lavoratori in caso di trasferimento di sede dell'impresa viene affrontato alla luce del principio di non discriminazione. È tale principio, architrave dell'intero sistema comunitario, a far dipendere la legittimità dell'azione dalla libera adesione alla stessa dei sindacati nazionali coinvolti ed a rendere illegittimo uno sciopero se «imposto» ad essi dal sindacato sovranazionale⁸⁴². Un criterio

⁸⁴⁰ In merito alla ancora debole tutela che agli scioperi di solidarietà è riconosciuta dalle fonti internazionali cfr., tra gli altri, Giannotta 2002. Nella più recente giurisprudenza dei comitati di esperti dell'OIL e della Carta Sociale Europea sembra cogliersi una tendenza ad un più ampio riconoscimento di questa forma di azione sindacale, in considerazione della funzione che essa svolge nel contesto dei grandi gruppi multinazionali (cfr. Jaspers 2007, 45).

⁸⁴¹ Cfr. Conclusioni dell'A.G. Maduro in causa C-438/05, punto 70: «Il riconoscimento del [...] diritto di agire collettivamente a livello europeo si limita [...] a trasporre a livello europeo la logica delle azioni collettive esercitate a livello nazionale». L'affermazione è tutt'altro che scontata, considerando che nelle Spiegazioni del Presidium relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (che, per espressa disposizione dell'art. 53 della Carta medesima e dell'art. 6.3 TUE «riformato» a Lisbona, di questa forniscono un'interpretazione «autentica») si sottolinea come «le modalità e i limiti per l'esercizio delle azioni collettive [...] sono disciplinate dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, come pure il problema di stabilire se possono essere condotte parallelamente in vari Stati membri».

⁸⁴² Conclusioni dell'A.G. Maduro in causa C-438/05, punto 71-71.

distintivo che conferma quanto detto in merito alla diversità di disciplina del conflitto in ragione degli attori coinvolti: è legittimo scioperare a difesa dei propri interessi, mentre non lo è se la limitazione della libertà di circolazione è causata ad un'impresa da un'azione che non trovi il sostegno dei sindacati cui sono iscritti i dipendenti della stessa impresa. Una simile azione creerebbe una discriminatoria compartimentazione del mercato, ingiustificata e incompatibile con i principi del Trattato Ce.

Quella proposta da Maduro è una soluzione che non soddisfa necessariamente la parte sindacale e che, negando la configurabilità di «obblighi» dei sindacati nazionali rispetto alla struttura sovranazionale, non considera l'importanza della funzione di coordinamento che il livello «superiore» in un'organizzazione sindacale è chiamato a svolgere nei confronti delle articolazioni e dei livelli inferiori⁸⁴³. Ma è comunque meglio del «silenzio» della Corte. Ed è forse il massimo che si può chiedere ai giudici comunitari, se si accetta quello che appare il presupposto teorico sul quale entrambe le sentenze si fondano: la riconduzione delle azioni sindacali nell'ambito del mercato interno e l'opponibilità agli attori privati dei principi e delle regole che ne permettono il funzionamento.

5. L'azione collettiva come ostacolo all'esercizio delle libertà economiche: l'equiparazione tra fatti e regole

Davanti alle sentenze *Viking* e *Laval* è difficile sottrarsi all'istintiva reazione di arroccarsi a difesa delle tradizioni nazionali di diritto sindacale in nome della supposta intangibilità delle stesse da parte della pervasiva intrusività delle regole del mercato. È una reazione comprensibile ma probabilmente destinata a rivelarsi sterile e votata all'insuccesso. Ai giudici di Lussemburgo non si può chiedere un atto di fede negli inviolabili principi lavoristici nazionali; si può chiedere però una coerente applicazione dei principi propri dell'ordinamento comunitario fondata su una argomentazione che non lasci zone d'ombra dietro di sé. Ecco allora che i casi in questione possono rappresentare un'eccezionale occasione per riflettere su profili sino ad oggi poco esplorati delle regole del mercato interno, cercando di fare luce sul loro concreto intrecciarsi con altri principi e regole che pur l'ordinamento comunitario accoglie e riconosce: primi tra tutti quei principi e quelle regole che legittimano l'esercizio dell'autonomia (collettiva ed individuale) dei soggetti privati operanti nel mercato.

Le sentenze *Viking* e *Laval* chiedono di confrontarsi con i principi regolatori sui quali si fonda il funzionamento del mercato interno. Dall'analisi di questi principi e dall'applicazione affatto inedita (e, per questo, tutt'altro che scontata) che ne dà la Corte nelle sentenze in esame è necessario partire per chiedersi se esista una loro possibile applicazione che possa condurre a risolvere in maniera diversa il problema del rapporto tra autonomia collettiva e libertà di mercato.

L'intento perseguito nelle pagine che seguono non è tanto o solo quello di criticare l'impostazione seguita dalla Corte e le risposte fornite ai casi concreti in ragione del contrasto che se ne ricava rispetto ai principi propri dei sistemi lavoristici e sindacali nazionali⁸⁴⁴, quanto quello di valutare

⁸⁴³ L'impostazione di Maduro sembra in breve non contemplare la possibilità di un'evoluzione del sindacalismo europeo tale da trasformare CES e federazioni di settore in veri sindacati «sovranazionali», ovvero in qualcosa di più di un'unione di sindacati nazionali (sull'evoluzione degli attori sindacali europei si rinvia a Nunin 2001, 53 ss. ed ai contributi raccolti in Foster e Scott 2003).

⁸⁴⁴ In merito cfr. le ineccepibili osservazioni di Carabelli 2008, 156 ss. (alle quali si fa rinvio oltre nel corso della trattazione) relative al *vulnus* al principio «volontaristico» sul quale si è strutturato il diritto sindacale moderno.

se nelle sentenze in esame non si sia compiuto uno «strappo» rispetto alla precedente giurisprudenza sulle libertà economiche «fondamentali»; se non sia percepibile un sostanziale scarto rispetto alle consolidate regole poste a fondamento del mercato comunitario non adeguatamente e coerentemente giustificato dai giudici di Lussemburgo. Per far ciò è necessario prendere le mosse dal presupposto e fondamento dell'intero *iter* argomentativo della Corte, ovvero dal riconoscimento del fatto che le disposizioni del Trattato Ce in materia di libera circolazione obbligano i soggetti privati al pari delle autorità pubbliche, da cui la possibilità di invocarne il rispetto non solo nei confronti degli atti posti in essere da queste ultime ma anche nei rapporti interprivati. La questione della c.d. efficacia orizzontale diretta delle norme del Trattato sulle libertà economiche fondamentali è il nodo teorico più importante affrontato dalla Corte. Ed è un nodo teorico di non poco conto se solo si considera che le disposizioni della Costituzione degli Stati Uniti che riconoscono le libertà fondamentali sono prive di efficacia orizzontale diretta e valgono solo a fondare pretese dei cittadini nei confronti dello Stato e dell'autorità pubblica⁸⁴⁵.

Ciò considerando, non si può non restare delusi dal modo con cui la Corte affronta questo delicato passaggio⁸⁴⁶. L'argomentazione si presenta solo apparentemente come una lineare e coerente conseguenza dell'applicazione di consolidati principi giurisprudenziali. In entrambe le sentenze ci si appella alla nota giurisprudenza in materia di libertà di circolazione⁸⁴⁷, dalla quale si trae l'affermazione (invero pacifica) per la quale le norme del Trattato Ce conferiscono ai singoli diritti invocabili «direttamente» davanti ai giudici nazionali⁸⁴⁸ ed impongono anche l'abolizione degli ostacoli «derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni o enti di natura non pubblicistica»⁸⁴⁹, quali sono indubbiamente «le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato»⁸⁵⁰.

È facile osservare che, appellandosi alla previa giurisprudenza relativa alle «fonti» di regolazione privata, equiparabili alle fonti di natura pubblicistica, la Corte evita di affrontare quello che è il vero nodo teorico della questione, che si configura con caratteri di assoluta novità nei casi in esame: l'ostacolo è qui creato da un atto di soggetti privati, espressione della loro autonomia privata (nel caso di natura collettiva)⁸⁵¹. Si tratta di rispondere alla domanda circa la configurabilità come «ostacolo» di azioni, comportamenti, fatti, non di norme e fonti di regolazione giuridica.

In merito la Corte sembra adottare una prospettiva (in linea con quella che emerge dalle conclusioni dell'A.G. Mengozzi al caso *Laval*) per la quale l'atto di natura «privata» (nel caso l'azione sindacale) diventa un ostacolo alla libera circolazione nel momento in cui è finalizzato a dar vita

⁸⁴⁵ Da ciò la necessità per chi voglia contestare i propri diritti costituzionali da parte di un soggetto privato di dimostrare l'esistenza di uno «stretto collegamento tra lo Stato e l'azione impugnata», ovvero che questa possa «essere ragionevolmente considerata riconducibile allo Stato» (cfr. *Jackson vs. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 351 (1974)).

⁸⁴⁶ Come a ragione chiosa Lo Faro 2008, 91 «la essenzialità delle argomentazioni della Corte sfiora la reticenza».

⁸⁴⁷ Cfr. tra le altre Cgce 3.12.1974, *van Binsberger*, C-33/74, Racc. 1974, 1299, p. 26; da ultimo Cgce 11.1.2007, *ITC*, C-208/05, ivi I-181, p. 67.

⁸⁴⁸ Punto 97 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, punto 98.

⁸⁵⁰ Punto 58 di Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2.

⁸⁵¹ Di un «aggiramento» da parte della Corte parla Ballestrero 2008, 376.

ad una norma, anch'essa di natura privata, che intralcia il mercato. È l'obiettivo del comportamento dei privati a determinarne l'attrazione nelle regole del mercato interno⁸⁵². Se il contenuto di una norma crea ostacoli nel mercato interno, anche l'azione che mira ad imporne il rispetto deve conseguentemente considerarsi un ostacolo. Una simile conclusione può apparire «prudente» nella misura in cui limita la rilevanza dell'efficacia orizzontale delle norme del Trattato al peculiare caso di specie⁸⁵³. Meno prudente appare se si considera che è proprio attraverso la censurabilità del «fine» dell'azione privata che si incide in maniera rilevante sull'autonomia collettiva dei sindacati e dei soggetti privati in generale.

Sarebbe preferibile seguire un'argomentazione più articolata che in primo luogo partisse da una diversa (e, ad opinione di chi scrive, più corretta) impostazione del problema della c.d. efficacia orizzontale delle disposizioni del Trattato. Come suggerito dall'A.G. Maduro nelle conclusioni al caso *Viking*, per affrontare la questione dell'opponibilità delle disposizioni sulle libertà economiche alle azioni dei privati è necessario porsi due domande distinte⁸⁵⁴: la prima attiene all'efficacia orizzontale in senso stretto, cioè all'utilizzo delle norme del Trattato nei rapporti inter-privati; la seconda riguarda il tipo di azioni private qualificabili come «ostacoli» ai sensi delle medesime norme.

A ben vedere la possibilità di sindacare un'azione collettiva alla luce delle regole del mercato interno deriva dalla risposta che viene data alla seconda di tali domande e non alla prima. È quanto implicitamente riconosce lo stesso Maduro, nel momento in cui, con un'argomentazione indubbiamente raffinata, afferma la sostanziale equivalenza tra efficacia orizzontale ed efficacia verticale sul piano degli effetti prodotti da un ostacolo al funzionamento del mercato interno⁸⁵⁵. È attraverso la configurazione di un «ostacolo» che si può considerare integrata la fattispecie delineata dagli articoli 43 e 49 TCE. Il problema dell'efficacia orizzontale della disposizione si pone in un secondo momento: una volta riconosciuta l'esistenza di una lesione della libertà «fondamentale» di mercato, si tratta di stabilire se di essa debba rispondere lo Stato, nella misura in cui non ha fatto quanto in suo potere per evitarla⁸⁵⁶, o «direttamente» i soggetti che l'hanno realizzata.

Non si vuole con ciò sottovalutare i diversi effetti che, per i soggetti «privati» interessati, conseguono nei due casi di responsabilità statale indiretta e responsabilità «privata» diretta, visto che solo dal secondo deriva l'immediata configurabilità di un'azione per danni nei confronti di chi è reputato responsabile della violazione della norma comunitaria⁸⁵⁷. Ed è anche sostenibile che nel

⁸⁵² Punto 99 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20. La possibilità di invocare l'art. 43 TCE «direttamente» da un soggetto privato (l'impresa) nei confronti di un altro soggetto privato (il sindacato) al punto 60 della sentenza Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2 è espressamente dedotto dal fatto che «le azioni collettive intraprese dalla FSU e dalla ITF hanno come obiettivo la sottoscrizione di un accordo che deve disciplinare collettivamente il lavoro dei dipendenti della *Viking*».

⁸⁵³ Così Lo Faro 2008, 24.

⁸⁵⁴ In senso analogo cfr. Baquero Cruz 1999, 604-606, che non a caso lo stesso Maduro richiama in nt. 34.

⁸⁵⁵ Conclusioni dell'A.G. Maduro in causa C-438/05, punto 39.

⁸⁵⁶ Che lo Stato possa essere considerato responsabile per gli ostacoli creati da soggetti privati è ormai pacifico per la Corte di giustizia (cfr. Cgce 9.12.1997, *Commissione c. Francia*, C-265/95, Racc.1997, I-6959 e Cgce 12.6.2003, *Schmidberger*, C-112/00, Racc., 2003, I-5659).

⁸⁵⁷ Sulla tutela risarcitoria conseguente al riconoscimento della «responsabilità orizzontale» nel diritto comunitario cfr. ampiamente Reich 2007, 705 ss.; sulla difficoltà a configurare una tutela risarcitoria per i soggetti danneggiati nel caso sia riconosciuta la responsabilità indiretta dello Stato cfr. Snell 2002, 156 ss.

primo caso sia comunque più garantita l'autonomia collettiva, dal momento che il giudizio circa l'eventuale «giustificazione» all'ostacolo verte sulle modalità di esercizio dei poteri statali e non «direttamente» sui comportamenti dei privati⁸⁵⁸. È innegabile però che in entrambi i casi si pone il problema di operare una valutazione di bilanciamento tra libertà di mercato e spazi di autonomia dei privati ed è per tale ragione che la questione dirimente, dalla quale dipende la possibilità o meno di attrarre l'azione sindacale nell'ambito del mercato interno, attiene alla configurabilità della stessa come un «ostacolo» ai sensi degli artt. 43 e 49, mentre il problema dell'«efficacia orizzontale» in senso stretto riguarda piuttosto il grado di «comprimibilità» di essa e gli strumenti «giudiziari» a disposizione per contrastarla.

Ciò induce a riprendere l'analisi proposta da Maduro nelle sue conclusioni, tenendo presente che il problema della configurazione di un ostacolo alla libera circolazione prodotto da atti di privati è già stato affrontato dalla Corte nelle sentenze *Commissione c. Francia* del 1997 e *Schmidberger* del 2003⁸⁵⁹, seppur al fine di valutare la responsabilità «omissiva» dello Stato ai sensi dell'art. 28 e 10 del Trattato Ce. In tali sentenze la Corte per la verità non si preoccupa di elaborare un criterio discrezionale capace di distinguere gli «ostacoli» alla libera circolazione dagli atti irrilevanti in quanto incapaci di produrre effettivi intralci al funzionamento del mercato interno, ma prende semplicemente atto che blocchi stradali, tanto più se associati a vere e proprie azioni di sabotaggio e di distruzione dei prodotti importati, sono idonei ad ostacolare l'esercizio della libertà di circolazione (nel caso delle merci)⁸⁶⁰. Maduro entra invece nel merito del problema e propone l'adozione di un criterio generale fondato sull'«efficacia» dell'azione posta in essere. Si profila in tal modo un test *de minimis*, inevitabile sbocco dell'attrazione degli atti privati nell'ambito delle regole del mercato interno. In base ad esso «le disposizioni sulla libera circolazione si applicano alle azioni di soggetti privati che, per i loro effetti generali sui titolari dei diritti alla libera circolazione, sono in grado di ostacolare il loro esercizio di tali diritti, creando un ostacolo che essi non possono facilmente aggirare»⁸⁶¹.

Il criterio proposto da Maduro non solo mantiene un elevato grado di incertezza giuridica⁸⁶², ma permette di associare in una medesima logica «regolativa» le azioni attuate dai privati (i fatti) e le regole (le norme) eventualmente adottate dagli stessi attraverso le loro organizzazioni. Questo è il profilo che meno convince dell'argomentazione dell'Avvocato generale, dal momento che, proprio sul piano degli «effetti» prodotti sul mercato tra le due ipotesi c'è uno scarto logico di

⁸⁵⁸ In tal senso cfr. Oliver-Roth 2004, 427 e Barnard 2007, 70, a commento della sentenza *Schmidberger*.

⁸⁵⁹ *Supra* nt. 62.

⁸⁶⁰ Indicazioni significative a riguardo non si ricavano neppure dal c.d. regolamento Monti (*Regolamento (Ce) n. 2679/98 del Consiglio del 7 dicembre 1998 sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri*) che, sulla scia della sentenza Cgce 9.12.1997, cit. a nt. 62, impone allo Stato sul cui territorio si verificano gli ostacoli di intervenire per rimuoverli e di informare la Commissione e gli eventuali Stati interessati circa le misure intraprese. La definizione di «ostacolo» fornita dall'art. 1 del regolamento si fonda sulla «gravità» degli effetti prodotti, ma resta indubbiamente vaga e per certi aspetti, tautologica: è ostacolo un fatto che «induce una grave perturbazione della libera circolazione delle merci impedendone, ritardandone o deviandone l'importazione, l'esportazione o il transito attraverso uno Stato membro, materialmente o in altro modo; causa grave pregiudizio ai privati lesi; esige un'azione immediata al fine di evitare la persistenza, l'estensione o l'aggravamento della perturbazione o del pregiudizio sopra indicati».

⁸⁶¹ Cfr. Conclusioni A.G. Maduro in causa C-438/05, punto 48.

⁸⁶² Lo Faro 2008, 25.

carattere sostanziale non colmabile⁸⁶³. E ciò, a parere di chi scrive, risulta con evidenza proprio in relazione ai casi delle azioni collettive oggetto delle sentenze *Viking* e *Laval*.

Il criterio *de minimis* viene dedotto da Maduro da sentenze nelle quali l'ostacolo alla libera circolazione è posto da regolamenti di organismi privati «effettivamente vincolanti per chiunque intende svolgere determinate attività»⁸⁶⁴. L'applicazione di tale criterio diviene già più incerta in ipotesi di intralci alla circolazione come quelle all'origine delle sentenze *Commissione/Francia* e *Schmidberger*, nelle quali si tratta di valutare effetti prodotti da ostacoli alla libera circolazione non «giuridici» ma «materiali», verificatisi nei confronti di una pluralità di soggetti coinvolti in una specifica azione. In questo caso l'incidenza sul funzionamento del mercato può farsi derivare, a prezzo di qualche forzatura, dall'ampiezza dell'azione ovvero dal fatto che essa incide sull'esercizio della libertà di mercato di un numero significativo di soggetti. Ma una situazione ancora diversa si configura in *Viking* e *Laval*, dove è in discussione la libertà di circolazione di un solo soggetto: l'impresa nei confronti della quale l'azione sindacale è realizzata. Si tratta in questo caso di considerare gli effetti prodotti sul funzionamento del mercato di un atto o fatto riguardante un singolo operatore economico⁸⁶⁵.

Sul piano degli effetti prodotti negli scambi intracomunitari non convince l'equiparazione tra regole (anche di natura privata) e fatti, quali sono i comportamenti posti in essere da una pluralità di soggetti, giusta la capacità solo delle prime di dar luogo ad «ostacoli» potenzialmente idonei ad incidere su una quantità indefinita di soggetti (tutti quelli che rientrano nella fattispecie delineata dalla regola giuridica). La differenza tra un ostacolo causato da un fatto e un ostacolo prodotto da una norma è sostanziale e qualitativa, non meramente quantitativa, come sembra sostenere Maduro. Se ciò è vero in relazione ad azioni capaci di incidere su una pluralità di soggetti titolari delle libertà di mercato, tanto più lo è quando l'azione è rivolta nei confronti di un solo soggetto⁸⁶⁶.

5.1. Regole privatistiche, autonomia collettiva e libertà economiche

La Corte di giustizia in entrambe le sentenze non affronta il problema dell'impatto sul mercato prodotto da atti di privati perché, come visto, muove da una considerazione che sembra rendere

⁸⁶³ Lo Faro 2008, 22; in merito sia consentito il rinvio anche a Orlandini 1999a, 631 con riferimento alla giurisprudenza sulla responsabilità statale indiretta.

⁸⁶⁴ Cfr. Conclusioni A.G. Maduro in causa C-438/05, punto 45.

⁸⁶⁵ Un discorso a parte merita la sentenza Cgce 6.6.2000, *Angonese*, C-281/98, Racc. 2000, I-4139, nella quale come noto la Corte afferma che nel selezionare il personale anche un datore privato (nel caso, una banca) debba rispettare il principio di non discriminazione di cui all'art. 39 TCe. Il caso in realtà riguardava un'ipotesi di applicazione di un atto di autoregolamentazione (il bando di selezione della banca) e non un mero atto di un soggetto privato. Comunque, che la libertà di circolazione dei lavoratori vincoli anche i soggetti privati è pacifico, traducendosi questa in primo luogo nel divieto di discriminazione nel rapporto di lavoro; la «novità» in *Angonese* consiste nel riconoscere che tale divieto vincola i privati anche nella fase dell'accesso al lavoro. Ciò per altro conferma la peculiarità della libertà in questione, l'unica, tra le libertà «economiche» del Trattato, la cui titolarità spetta ad un soggetto (il lavoratore) cui è riconosciuta una condizione di debolezza socio-economica sia nel mercato che nei rapporti contrattuali (come riconosce l'A.G. Maduro nelle sue conclusioni, punto 47).

⁸⁶⁶ Non condividono evidentemente simili conclusioni quanti ritengono che quella realizzata dal *Bygnads* costituirebbe «*the strongest form of restriction*» e che «*the restriction forced upon Laval by the action of Bygnads is to some extent similar to the re-incorporation requirement imposed by German law on foreign companies*» (Reich 2008, p. 134); il riferimento è alla sentenza Cgce 5.11.2002, *Überseering*, causa C-208/00, Racc. 2002, I-9919 relativa però ad un'ipotesi di «ostacolo» affatto diversa, in quanto, appunto, «imposto» da una norma di legge a qualsiasi impresa intendesse accedere al mercato tedesco.

tale problema superfluo: il giudizio sulla rilevanza degli atti privati cambia se questi sono strumentali all'adozione di «regole» private. Spostando il fulcro del ragionamento dai «fatti» alle «regole» la Corte omette però di considerare che esistono diverse tipologie di regole originate da organismi privati. Il problema è stabilire quale potere regolativo delle organizzazioni è esercitato dall'organismo privato nel caso in questione, perchè non tutte le «regole private» hanno la stessa natura ed incidono in egual maniera sul funzionamento del mercato.

Un'organizzazione privata può porre in essere atti di autoregolamentazione che valgono a vincolare i suoi iscritti o impegnarsi in attività negoziali con altri soggetti privati (individui o organizzazioni). Il primo tipo di «regole privatistiche» è stato oggetto dell'attenzione della Corte in diversi casi (che vengono richiamati nelle sentenze in esame) per la loro capacità di limitare o impedire la mobilità transfrontaliera di lavoratori o di prestatori di servizio di uno Stato membro⁸⁶⁷. Il «limite» deriva dal fatto che il rispetto della regola privatistica frutto del potere di autoregolamentazione del gruppo si impone al soggetto titolare della libertà di mercato al pari di una fonte di natura pubblica. In altre parole, il rispetto della norma non dipende in alcun modo dalla manifestazione della sua «volontà» di attore privato, ma si pone come condizione necessaria per svolgere una determinata attività (nei casi oggetto della giurisprudenza della Corte, professionale o sportiva).

La stessa situazione si riproduce in ipotesi di fonti convenzionali (quali i contratti collettivi) frutto di negoziazione tra organizzazioni private, quando queste assumono un'efficacia tale da obbligare anche soggetti «terzi» rispetto a chi si è contrattualmente vincolato. In questo caso la Corte ha correttamente riconosciuto un'identità tra regola privata e norma «pubblica» sul piano degli effetti nella sfera giuridica del titolare della libertà economica, dal momento che tali effetti si producono indipendentemente dalla volontà di questi di accettare o meno la «regola» posta dalle organizzazioni private, alle quali per altro non appartiene⁸⁶⁸. Il mercato è ostacolato chiaramente nel suo funzionamento perchè gli attori che vi si muovono non sono liberi di esercitare la loro autonomia privata, ma sono tenuti a rispettare regole che (seppur determinate da soggetti privati) ad essi si impongono al pari di fonti «eteronome», in quanto appunto non «volontariamente» accettate. La qualificazione dei prodotti dell'autonomia negoziale come «ostacoli» deriva in questo caso dal fatto che l'organizzazione privata opera nei confronti di un soggetto «terzo» (qual'è chi non ha preso parte alla negoziazione o non fa parte dell'organizzazione negoziatrice) come «autorità privata» e non come attore di mercato.

Situazione del tutto diversa è quella nella quale la regola privatistica è definita dalle stesse parti alle quali si applica. Nessuna «limitazione» della libertà economica è configurabile perchè il titolare di questa ne dispone nel contesto di una libera contrattazione e la regola che eventualmente

⁸⁶⁷ Cgce 12.12.1974, *Walrave e Koch*, causa C-36/74, Racc.1974, 1405; Cgce 14.7.1976, *Donà*, causa C-13/76, ivi, 1976, 1333; Cgce 15.12.1995, *Bosman*, causa C-415/93, ivi, 1995, I-4921; Cgce 11.4.2000, *Deliège*, causa C-51/96 e C-191/97, ivi, I-2549; Cgce 6.6.2000, *Angonese*, causa C-281/98, ivi, I-4139; Cgce 13.4.2000, *Lehtonen*, causa C-176/96, ivi, 2000, I-2681; Cgce 19.2.2002, *Wouters*, causa C-309/99, ivi, 2002, I-1577; Cgce 18.7.2006, *Meca-Medina*, causa C-519/04, ivi, 2006, I-6991.

⁸⁶⁸ È il caso dell'accordo collettivo oggetto della sentenza Cgce 21.9.1999, *Albany*, causa C-67/96, Racc. 1999, I-5751, richiamato espressamente nei punti 49-53 della sentenza Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2 per escludere l'analogia tra regole della concorrenza e regole poste a tutela delle libertà economiche fondamentali.

crea un ostacolo all'esercizio della sua libertà è da questi definita ed accettata attraverso un contratto. Equiparare, come fa la Corte nella sentenza *Viking* e *Laval*, la condizione di chi «subisce» le regole definite da altri a quella di chi quelle regole pone in essere è un'evidente forzatura sotto il profilo dei principi del mercato interno, prima ancora che dei principi sui quali si fonda l'autonomia collettiva degli attori sindacali⁸⁶⁹.

Né inficia tale conclusione il fatto che l'azione sindacale nel caso *Laval* sia stata attuata da organizzazioni alle quali i lavoratori destinatari del contratto non erano iscritti⁸⁷⁰. Ciò potrebbe indurre a considerare che il contratto collettivo «riacquisti» la natura di fonte «privata» capace di imporsi ad un soggetto «autoritativamente», senza che questi abbia espresso il proprio consenso ad esserne regolato. Ma l'argomento vale per i lavoratori, o al più anche per i sindacati del paese d'origine⁸⁷¹, qualora questi volessero contestare il contratto loro applicato in conseguenza dell'«altrui» azione collettiva. Non vale invece per l'impresa, visto che né la sua autonomia individuale né la sua libertà economica sarebbero state diversamente limitate se lo sciopero fosse stato attuato dai propri dipendenti, né se il contratto fosse stato siglato con i sindacati di appartenenza di questi. Per l'impresa il contratto collettivo si configura come un atto di disposizione, espressione ed esercizio della propria autonomia negoziale, sia che venga stipulato con sindacati del paese d'origine che con quelli del paese ospitante.

Il contratto che scaturisce da una trattativa tra un'impresa straniera e dei sindacati nazionali non è riconducibile agli accordi tra imprese che limitano la concorrenza o a contratti collettivi che ostacolano l'accesso al mercato nazionale, perchè in questo caso il soggetto la cui libertà economica e di mercato è limitata è parte dello stesso accordo. Dichiarare l'illegittimità di quest'ultimo in ragione del fatto che con esso si «limita» una libertà di mercato equivale a sostenere che detta libertà non può subire restrizioni neppure per effetto di un atto di volontaria disposizione del titolare. La norma del Trattato Ce non avrebbe soltanto un'efficacia diretta-orizzontale, ma acquisterebbe valore di «norma imperativa» di carattere inderogabile e tale da configurare diritti «indisponibili». Solo le norme inderogabili si impongono alle parti di un contratto, facendo venir meno l'efficacia delle clausole contrattuali che le contravvengono, come ben fanno gli studiosi di diritto del lavoro. È la norma lavoristica a configurarsi tipicamente in tale modo, al pari di altre norme tese a tutelare la parte debole di un contratto.

Se la conseguenza dell'impostazione seguita dalla Corte di giustizia nei casi *Viking* e *Laval* fosse di riconoscere alle norme a tutela della libertà d'impresa carattere d'inderogabilità, con ciò davvero si compirebbe una rivoluzione copernicana nella lettura del rapporto tra libertà economiche e diritti dei lavoratori. Se ne dovrebbe dedurre che nelle dinamiche sindacali è l'impresa a doversi

⁸⁶⁹ In merito cfr. le puntuali critiche di Carabelli 2008, 161 il quale richiama l'«elementare e generale principio *pacta sunt servanda*» per sottolineare l'infondatezza dell'equiparazione tra accordi «eteroimposti» e accordi «volontariamente sottoscritti» dai datori, ed ai quali questi abbiano «spontaneamente aderito». In merito cfr. anche Borelli 2008, 135.

⁸⁷⁰ I lavoratori dipendenti della *Laval* erano in massima parte (65%) iscritti ad il sindacato estone firmatario del contratto collettivo del quale si chiedeva la «disapplicazione».

⁸⁷¹ È quanto suggerisce Maduro nelle sue Conclusioni in causa C-438/05, punto 71 quando afferma che il criterio da seguire per valutare la legittimità di uno sciopero transnazionale è quello del carattere più o meno spontaneo dell'adesione del sindacato nazionale chiamato dall'organizzazione sovranazionale ad aderire all'azione (v. *supra* nt. 48).

considerare la parte debole nel rapporto con la controparte, in quanto tale da tutelare nei confronti dei propri stessi atti di disposizione.

Che non sia questa la prospettiva ricavabile dalle regole del mercato interno lo conferma il fatto che la sanzione di nullità degli atti di disposizione privata contrastanti con le libertà di circolazione è espressamente prevista solo a tutela dei lavoratori (art. 7.4 del Regolamento 1612/68), proprio in considerazione della loro debolezza contrattuale. E su questo piano si coglie la irriducibilità della libertà di circolazione dei lavoratori subordinati rispetto alle altre libertà economiche riconosciute dal Trattato Ce⁸⁷².

5.2. Il pregiudizio ideologico della Corte nei confronti del conflitto sindacale

La Corte si guarda bene dall'affermare esplicitamente il carattere indisponibile delle libertà di mercato delle quali sono titolari le imprese. Ciò che invece sembra sostenere è che l'accordo collettivo non è valido perchè firmato sotto la minaccia di uno sciopero. Se questo è vero, è l'azione collettiva ad «inficiare» la volontà dell'impresa firmataria dell'accordo ed a renderla non più «libera». Una simile affermazione sottintende un ulteriore vizio argomentativo, o per meglio dire, una pregiudiziale «ideologica» nei confronti del conflitto sindacale⁸⁷³.

Qualsiasi attività di negoziazione comporta «atti» delle parti tesi a indurre la controparte ad accettare determinate condizioni di contratto. Tali atti, quando gli attori coinvolti hanno natura «collettiva», sono configurabili come «conflitti» e, quando gli attori sono «sindacali», prendono forma di azioni collettive implicanti anche l'attuazione dello sciopero. In ciò si sostanzia l'esercizio dell'autonomia collettiva come legittima espressione del potere privato di soggetti (collettivi, appunto) che operano nell'ambito delle dinamiche di mercato. Simili considerazioni possono apparire ovvie, ma non sono superflue, visto che da esse sembra prescindere la Corte di Giustizia. Delle due infatti l'una: o la Corte considera l'illegittimità dello sciopero derivante dal contenuto «illegittimo» del contratto ed allora qualsiasi «contratto» con egual contenuto deve ritenersi tale, anche se stipulato senza la «pressione» dello sciopero; ma da ciò se ne ricava l'appena evocata configurazione di una libertà economia come indisponibile, con conseguenti limiti di carattere generale per l'autonomia privata. Oppure illegittimo è il mezzo funzionale ad indurre il datore a firmare il contratto, vale a dire che lo sciopero nel caso di specie non si configurerebbe come legittimo strumento di pressione collettiva, atto a riequilibrare poteri diseguali quali sono quelli dei lavoratori e del datore nell'ambito di una vertenza di lavoro.

L'invalidità di un accordo collettivo che limiti l'esercizio dei poteri e delle libertà imprenditoriali deriva dall'illegittimità delle azioni collettive realizzate per indurre il datore a stipularlo e non viceversa. Se lo sciopero è legittimo, legittimo è il contenuto del contratto con esso conseguito (qualsiasi esso sia, almeno che, ancora una volta, non leda diritti che non sono nella disponibilità di chi contrae), in quanto per definizione valida e «libera» è la volontà espressa dal datore nell'atto di firmarlo. Se la Corte giunge a diverse conclusioni è perchè muove dal «presupposto» dell'illegittimità dello sciopero, paragonabile perciò ad una «violenza» capace di coartare la volontà del datore e di rendere non genuino il consenso espresso con la stipula del contratto.

⁸⁷² Non sembrano cogliere questo profilo quanti (nella dottrina italiana, Di Filippo 2005, 199) equiparano pienamente le diverse libertà «economiche» anche in relazione al significato della loro «efficacia diretta orizzontale», dalla quale deriverebbe la nullità delle clausole contrattuali che le limitano.

⁸⁷³ Di «apriorismo ideologico» parla anche Carabelli 2008, 163.

L'illegittimità dello sciopero nei casi in esame è un *prius* logico rispetto alla illegittimità del contratto collettivo, o, per riprendere la distinzione sopra richiamata, l'illegittimità del «fatto» è il presupposto per giudicare illegittima la «norma». Se ciò è vero, non si vede su cosa i giudici comunitari fondino la presunzione di illegittimità dell'azione sindacale, visto che tale illegittimità non può che derivare dal diritto nazionale, mancando qualsiasi regolazione in materia da parte di quello comunitario. Solo se lo sciopero è attuato in forme non ammesse nello Stato la cui legislazione si applica al caso di specie si può sostenere l'illegittimità dell'accordo che ne scaturisce, perchè solo in tal caso è possibile affermare che il consenso manifestato dal datore non è espressione della sua autonomia di privato attore di mercato.

La Corte avrebbe potuto cercare di dimostrare (sulla scia di *Schmidberger*) l'illegittimità degli scioperi nei casi *Viking* e *Laval* in ragione dei loro profili «strutturali»⁸⁷⁴ e degli effetti «direttamente» causati al datore o a terzi dall'azione sindacale: nel caso *Laval* la risoluzione dell'appalto ed il successivo fallimento dell'impresa⁸⁷⁵; nel caso *Viking* la sospensione dell'attività di erogazione di servizi e gli effetti (anche potenziali) del boicottaggio⁸⁷⁶, il blocco del porto e l'eventuale violazione della libertà di circolazione delle merci e financo dei lavoratori impediti ad utilizzare la rotta battuta dalla nave *Rosella*. Non l'ha fatto, probabilmente conscia della difficoltà di giustificare una simile argomentazione sulla base di un test *de minimis* e nella convinzione che ancor più lesivi delle libertà di mercato fossero gli ostacoli prodotti dal contratto cui le azioni erano finalizzate. Con ciò non avvedendosi che in tal modo veniva compiuto uno «strappo» di non poco conto rispetto alle stesse regole del mercato interno. Un simile strappo non può giustificarsi con un richiamo ai limiti che in tutti gli ordinamenti conosce il diritto di sciopero, perchè con esso si contraddicono i principi che in questi regolano l'esercizio dell'autonomia individuale e collettiva e sui quali, in ultima analisi, si fonda un «mercato aperto e in libera concorrenza».

6. In merito alla pretesa efficacia orizzontale diretta della direttiva 96/71

La Corte nella sentenza *Laval* non si sofferma su un'ulteriore questione che appare dirimente per la soluzione del caso in oggetto, attinente alla possibilità di utilizzare le disposizioni della direttiva 96/71 per valutare la legittimità di un'azione collettiva. Il problema dell'invocabilità della direttiva nel caso di specie merita invece un approfondimento perchè chiama in causa, ancora una volta,

⁸⁷⁴ In tal senso ancora Carabelli 2008; 147; analogamente Ballestrero 2008, 376 che richiama la differenza sostanziale tra «azione» e «contrattazione», evidentemente ignorata dalla Corte.

⁸⁷⁵ Non c'è bisogno di sostenere (alla luce dell'art. 120 Cost. riscritto nel 2001) l'assunzione della libertà economica di circolazione tra i valori di rango costituzionale (così Caruso 2008, 33) per concludere che anche nell'ordinamento italiano le azioni sindacali poste in essere nei confronti della *Laval* avrebbero potuto essere fondatamente contestate: il blocco di un cantiere (al pari di tutte le forme di azione sindacale non comportanti una mera astensione dal lavoro) non è riconducibile all'esercizio del diritto di sciopero ed espone perciò chi lo realizza a responsabilità civile e (se attuato con «violenza») anche penale; uno sciopero che, come quello attuato dagli elettrici svedesi, provochi il fallimento di un'impresa lede la «produttività» della stessa e può essere considerato illegittimo (secondo i noti principi elaborati dalla Cassazione nella sentenza n. 711/80). Anche il Comitato europeo dei diritti sociali, deputato a valutare la corretta applicazione della Carta Sociale Europea (rivisitata) del '96, ammette che gli interessi del datore possano legittimare una compressione del diritto di sciopero nel caso in cui sia a rischio l'esistenza stessa dell'azienda (Conclusions XV-1 Add.2, p.27 (Germania)).

⁸⁷⁶ Sui limiti di legittimità delle azioni di boicottaggio nei diversi ordinamenti europei cfr. la relazione di sintesi di F. Dorssemont 2007, p. 264-267, dalla quale emergono divergenze circa la nozione stessa di «boicottaggio» illegittimo (in alcuni casi la sua attuazione integra fattispecie riconducibili allo sciopero di solidarietà o allo sciopero delle mansioni); comunque esso è sempre posto in essere nei confronti di un soggetto terzo rispetto al datore di lavoro.

la questione di carattere generale relativa all'efficacia «orizzontale» delle fonti comunitarie, stavolta di carattere derivato.

Nel suo complesso *iter* argomentativo la Corte procede affrontando due questioni diverse, la prima relativa ai limiti posti dall'art. 49 TCE e dalla direttiva 96/71 al potere regolativo degli stati, la seconda relativa al problema dell'efficacia orizzontale del solo art. 49. A ben vedere però l'intera argomentazione si basa sull'applicabilità della direttiva 96/71 ai fatti di causa, cioè all'operato dei sindacati svedesi. Tanto che ci si potrebbe legittimamente chiedere se la decisione della causa *de qua* non potesse considerarsi esaurita con la soluzione della prima questione, visto che da essa la Corte ricava già l'illegittimità dell'azione sindacale posta in essere dai sindacati svedesi⁸⁷⁷. La direttiva è poi utilizzata dalla Corte anche per giustificare la censura basata sul solo art. 49, che si fonda sull'assunto in base al quale in essa va colta la corretta identificazione dell'«interesse generale» al cui perseguimento gli Stati possono sacrificare la libertà di prestazione di servizi⁸⁷⁸.

In breve, la questione dell'«efficacia orizzontale diretta» della direttiva (ovvero della sua vincolatività giuridica nei confronti di soggetti privati) sembra tutt'altro che irrilevante per la decisione del caso *Laval*, pur non essendo espressamente affrontata dalla Corte⁸⁷⁹. Eppure dovrebbe essere pacifico che la direttiva si rivolge agli Stati, non agli attori collettivi. Ciò non significa che da essa non possano derivare diritti azionabili dai soggetti privati: un datore, in una controversia con i propri dipendenti, potrebbe fondare sulla direttiva la pretesa di non applicare una norma o una clausola contrattuale imposta da una legge statale, in presenza di un omesso o erroneo recepimento da parte dello Stato⁸⁸⁰. Ma nel caso di specie non si tratta di accertare l'esistenza di disposizioni della direttiva «chiare, precise e incondizionate»⁸⁸¹ non implementate o attuate non correttamente, né è in discussione alcuna norma statale che si ponga in contrasto con quanto la direttiva impone⁸⁸². La Corte riconosce al datore coinvolto in un conflitto sindacale il potere di invocarne le disposizioni davanti ad un giudice non per chiedere la disapplicazione di una norma statale non ad esse conforme, ma per censurarne l'erroneo recepimento della controparte. In tal modo finisce per affermare che le disposizioni dettate per lo Stato creano obblighi «direttamente» in capo a soggetti privati (quali sono i sindacati).

⁸⁷⁷ Così espressamente ai punti 70-71, 80-81 e 84 della sentenza Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20. Corti 2008, 274 giustifica parzialmente l'argomentazione della Corte suggerendo che, in relazione ai minimi retributivi, la direttiva 96/71 non riconoscerebbe il diritto ai sindacati di promuovere l'azione collettiva, ma neppure impedisce loro di farlo; da ciò la necessità dell'ulteriore vaglio sub art.49 TCE.

⁸⁷⁸ *Ibidem*, punto 108.

⁸⁷⁹ Il problema è invece affrontato dall'A.G. Mengozzi, Conclusioni, *Laval*, causa C-341/05, punti 139-140, e risolto considerando in primo luogo che «il giudice di rinvio solleva, indirettamente ma necessariamente, il problema di determinare se il Regno di Svezia ha recepito l'art. 3 della citata direttiva in modo corretto», cioè considerando la questione rimessa alla valutazione di merito del giudice nazionale (un'impostazione che si vedrà essere ribadita in relazione al problema della qualificazione della fattispecie); in secondo luogo appellandosi all'obbligo di interpretazione conforme, con ciò però, a parere di chi scrive, eludendo il problema dell'applicazione diretta della direttiva, che tale obbligo presuppone.

⁸⁸⁰ Il dibattito e complesso tema dell'efficacia diretta delle direttive si può qui solo evocare per evidenziare l'approccio affatto inedito seguito dalla Corte nella sentenza *Laval*; in merito cfr., da ultimo, l'analisi critica della giurisprudenza comunitaria di A. Dashwood 2007, 81 ss.

⁸⁸¹ Cgce 4.12.1974, *Van Duyn*, causa 41/74, Racc. 1974, 1337.

⁸⁸² La censura che, nella seconda parte della sentenza *Laval*, colpisce la c.d. Lex Britannia si fonda sulla violazione dell'art. 49 TCE e del principio di non discriminazione che esso implica (punto 114 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20): la legge svedese permette ai sindacati nazionali di scioperare nei confronti di imprese straniere vincolate da un contratto collettivo, mentre non lo consente se ad applicare il contratto è un'impresa nazionale. D'altra parte la direttiva non riguarda la normativa applicabile ai lavoratori nazionali, ma quella destinata a tutelare i lavoratori stranieri.

Una simile affermazione della Corte è per lo meno opinabile e meriterebbe una qualche motivazione. Ad essa si potrebbe rispondere che i sindacati non sono tenuti ad adeguare le loro azioni a quanto prescrive la direttiva 96/71 per il semplice e fondante motivo che questa nulla dispone in merito. Essa pone obblighi e divieti per gli Stati nella regolazione del rapporto di lavoro dei lavoratori stranieri. Questo, certo, può trovare la propria fonte nei contratti collettivi firmati dai sindacati, ma l'obbligo o il divieto di imporle il rispetto alle imprese straniere grava sullo Stato e non sulle parti sociali. Se lo Stato poi non ottempera a tali obblighi o viola tali divieti, questi possono eventualmente essere invocati «direttamente» dai soggetti interessati (imprese o lavoratori) davanti ad un giudice, ma si tratta di una questione che non chiama in causa l'autonomia delle parti sociali, sulle quali la direttiva non incide. Conferma ulteriore (se si vuole superflua) di ciò si ricava dallo stesso legislatore comunitario il quale, nel considerando 22 della direttiva 96/71, ricorda che «la presente direttiva lascia impregiudicato il diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive in difesa degli interessi di categoria». Precisazione funzionale a ribadire, appunto, che le dinamiche sindacali restano fuori dalla sfera di intervento della regolazione «positiva» comunitaria⁸⁸³.

L'intera argomentazione della Corte sembra svilupparsi da un equivoco di fondo consistente nell'imputare allo Stato il comportamento delle parti sociali e nel considerare le azioni di queste sindacabili alla luce dei vincoli posti dalla direttiva «come se» fossero idonee ad attuarne i *dicta*. La Svezia, si afferma, ha «affidato alle parti sociali il compito di determinare, mediante trattativa collettiva, le retribuzioni che le imprese nazionali devono pagare ai loro dipendenti»⁸⁸⁴. Ma, dal momento che la direttiva indica altre modalità di «estensione» dell'efficacia del contratto collettivo, ciò è inammissibile: «uno Stato non ha il diritto di imporre [...] alle imprese stabilite in altri Stati membri, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, una trattativa caso per caso, sul luogo di lavoro»⁸⁸⁵.

Impostata in questi termini la questione, l'esito dell'argomentazione della Corte è scontato e quanto essa afferma diventa perfino tautologico. È evidente che se si ritiene l'esercizio dell'autonomia collettiva una «modalità» di attuazione della direttiva questa non può che essere considerata una modalità illegittima, visto che la direttiva non la contempla.

La Svezia non ha affidato l'attuazione della direttiva alle parti sociali ma ha lasciato le stesse libere di contrattare, in assenza di *standard* minimi di legge. Una scelta in buona parte obbligata dalla necessità di rispettare le caratteristiche del proprio sistema di relazioni industriali, che certo (come riconosce la stessa Corte⁸⁸⁶) la direttiva non chiede di modificare. L'«imposizione» di cui parla la Corte ci sarebbe stata solo nel caso in cui fosse stato previsto dalla legge un obbligo per le imprese straniere di trattare. È questo il «passaggio» omesso nell'argomentazione dei giudici

⁸⁸³ Cfr. in merito le osservazioni di Veneziani 2008 per il quale, anche alla luce del considerando 22, «niente nella direttiva lascia supporre che un conflitto non possa avere ad oggetto il miglioramento delle retribuzioni attraverso un sistema contrattuale articolato ed elastico, che assicura quella funzione dinamica ed adeguatrice che la autonomia collettiva può svolgere».

⁸⁸⁴ Punto 69 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20, relativamente agli obblighi retributivi. Reich 2008, p. 139 (non a caso consulente del governo lettone nel caso *Laval*) parla espressamente di «*delegation of power to labour unions to restrict the EU freedoms*».

⁸⁸⁵ *Ibidem*, punto 71. Anche in relazione alle clausole contrattuali relative alle altre «condizioni di lavoro e occupazione» la Corte fa riferimento a restrizioni imposte alle imprese dallo Stato (*ibidem*, punto 80).

⁸⁸⁶ *Ibidem*, punto 68.

comunitari, ed è un passaggio fondamentale perchè da esso passa la distinzione tra un sistema di regolazione collettiva delle condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati «etero-determinato» dallo Stato ed uno lasciato alle libere dinamiche dell'autonomia collettiva. Solo nel primo caso è legittimo il vaglio di quanto previsto dallo Stato alla luce della direttiva, non nel secondo.

Se ciò è vero, la Svezia, con riguardo ai minimi salariali, non ha violato alcun vincolo posto dal diritto positivo comunitario ed anzi ha agito nel modo più coerente rispetto ai principi del mercato interno ed alla *ratio* sottesa alla stessa direttiva⁸⁸⁷. Si è limitata a «consentire» che i sindacati nazionali potessero agire nei confronti delle imprese straniere con le stesse armi utilizzabili verso quelle nazionali, nel rispetto sia del principio di non discriminazione deducibile dall'art. 49 TCE⁸⁸⁸ sia del sopra citato considerando 22. Nella sua parte «dispositiva» la direttiva non fa riferimento alla modalità di estensione per via di azione sindacale perchè essa si rivolge «solo» agli Stati e non agli attori sociali; pone vincoli solo per i primi non per i secondi ed identifica criteri tesi ad evitare che l'estensione *ex lege* dell'efficacia dei contratti collettivi determini discriminazioni a danno delle imprese straniere (da ciò le prescrizioni di cui all'art. 3.8). Il legislatore comunitario sembra consapevole del problema del possibile ruolo dell'autonomia collettiva, ma si limita ad accennarvi nei considerando, riservando la parte dispositiva alle sole regole destinate a disciplinare il potere statale di intervento in materia. La Corte ribalta simile impostazione, deducendo dal «silenzio» del legislatore un divieto di azione per i soggetti privati che non è in alcun modo contenuto nella direttiva, né poteva esservi, visto, appunto, il suo ambito di applicazione.

Un simile «ribaltamento» di prospettiva si coglie con chiarezza nell'interpretazione che viene fatta dall'art. 3.10 della direttiva, per escludere la legittimità di clausole contrattuali in materie diverse da quelle elencate nell'art. 3.1. Dovendo tali materie essere riconducibili a «disposizioni di ordine pubblico», non sarebbe ammissibile imporre con l'azione sindacale ad un'impresa straniera un contratto collettivo che le regoli, dal momento che i sindacati «non sono soggetti di diritto pubblico e [...] non possono avvalersi di tale disposizione per invocare ragioni di ordine pubblico»⁸⁸⁹. In realtà sembra sostenibile il contrario. Il riferimento all'«ordine pubblico» nell'art. 3.10 dimostra come la direttiva si rivolga «esclusivamente» alle pubbliche autorità e non intenda fissare alcun limite al libero esercizio dell'autonomia collettiva.

7. Considerazioni intorno alla «legolatria» della Corte di giustizia

I limiti che i principi enunciati dalla Corte prospettano per l'autonomia collettiva meritano qualche considerazione conclusiva di carattere più generale. I giudici comunitari quando affermano la rilevanza nell'ordinamento comunitario di regole di natura privatistica non fanno che prendere atto del superamento del monopolio pubblico statale della produzione normativa e del fatto che «il principio di legalità» non è «più associabile unicamente a quello della statualità»⁸⁹⁰. Apparentemente vengono in tal modo recepiti concetti propri della teoria pluralistica della norma giuridica,

⁸⁸⁷ In tal senso Esposito 2006, 579-580; un'analoga impostazione si ricava da quanto afferma l'A.G. Mengozzi nelle Conclusioni al caso *Laval*, C-341/05, punto 193.

⁸⁸⁸ La Corte di giustizia ravvisa un'evidente discriminazione nella Lex Britannia che espone solo le imprese straniere vincolate da un contratto collettivo all'azione sindacale (*supra* nt. 88). In realtà la discriminazione ci sarebbe solo nel caso in cui il contratto collettivo applicato dall'impresa straniera fosse equivalente a quello imposto alle imprese nazionali; altrimenti considerando (come fa la Corte) è la prima ad uscire avvantaggiata rispetto alle seconde dai limiti previsti dalla normativa interna in tema di sciopero.

⁸⁸⁹ Punto 84 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20; tale inciso, come osserva Ales 2008, 12 diventa «paradossale» considerando che i sindacati sono chiamati a rispettare l'art.49 TCE proprio in quanto assimilati a «soggetti di diritto pubblico».

⁸⁹⁰ Così Cafaggi 2001, 544.

ben nota agli studiosi di diritto sindacale, che vede l'ordinamento statale convivere con una molteplicità di ordinamenti autoregolati dai soggetti che vi operano. Solo apparentemente, perché nel momento in cui si afferma la rilevanza giuridica di norme di derivazione non statale, se ne nega l'effettività e la legittimità a dettare regole vincolanti per gli stessi attori che le definiscono. Il richiamo delle fonti extra-statali serve alla Corte per limitarne la funzione di strumenti di autoregolamentazione sociale e per subordinarle alla prevalente fonte statale. La fonte privata (nel caso il contratto collettivo) non è riconosciuta come legittimo strumento di regolazione di interessi economici, capace di dettare regole valide nell'ordinamento giuridico non statale (nel caso inter-sindacale) nel quale è chiamata ad operare, ma è «attratta» nell'ordinamento dello Stato ed etero-regolata in base alle norme in esso vigenti.

L'affermazione per la quale la «libertà economica» sancita dal TCe ha efficacia diretta e può essere usata per contestare e invalidare una «fonte» di natura privatistica, altro non significa se non che l'ordinamento «statale» si arricchisce (grazie alla sua «integrazione» in quello comunitario) di uno strumento capace di incidere, limitare e contenere la potestà di autoregolamentazione degli organismi privati. La vincolatività «orizzontale» della libertà di circolazione conduce all'affermazione della supremazia dello Stato sull'autonomia «contrattuale» e «normativa» dei privati, sia essa individuale che collettiva.

I principi enunciati nelle sentenze *Viking* e *Laval* non possono essere rubricati semplicemente nei termini di una pretesa sottomissione dell'azione sindacale alle regole di mercato, senza chiarire in che senso ciò può essere sostenuto. Senza chiarire che quelle regole sono declinate dalle fonti statuali e sovra-statali in modo tale da escludere che tutti gli attori che nel mercato si muovono e agiscono (anche quelli collettivi, e perciò anche il sindacato) possano contribuire liberamente a determinarle. Non è allora scorretto interpretare quanto dichiarato nelle sentenze in esame come un'affermazione dell'assoluta preminenza della «norma statale» (che sia di derivazione comunitaria, poco importa) sulle fonti di regolazione provenienti da altri ordinamenti giuridici. Declinare i *dicta* della Corte nei termini di una adesione ai principi di una «economia comunista di mercato» può apparire una discutibile provocazione intellettuale, ma è una provocazione che mette in luce un aspetto di centrale importanza delle sentenze in esame⁸⁹¹.

L'argomentazione della Corte svela una sorprendente «legolatria»⁸⁹² dei giudici di Lussemburgo: solo la legge è legittimata a stabilire gli *standard* di tutela da riconoscere ai lavoratori distaccati ai sensi della direttiva 96/71 ed è la legge (nella sua forma di fonte «primaria» comunitaria) a porsi come argine invalicabile all'autonomia collettiva, a determinare regole cui gli stessi attori del mercato devono adeguarsi. In tal modo la «legge comunitaria» si impone come fonte vincolante rispetto alla stessa *lex mercatoria*, che comprende quell'insieme di regole, giuridiche e non, prodotte dagli operatori economici⁸⁹³. Le sentenze *Viking* e *Laval* possono essere lette, in ultima analisi, come l'affermazione della supremazia della legge sulla società, dell'onnipotenza del giudice sulle forme extra-statali di composizione delle controversie private, del diritto *hard* al più alto livello sulle fonti *soft* di autoregolazione dei privati. Il che non può non sorprendere nella misura

⁸⁹¹ Cfr. Suptot 2008 che a proposito dell'imposizione *ex lege* di vincoli agli attori sociali in nome delle «libertà di mercato» evoca l'«*économie communiste de marché*» di ispirazione cinese, destinata a sostituire negli ordinamenti europei il modello di liberalismo proprio delle democrazie pluraliste.

⁸⁹² L'espressione è mutuata da Grossi 2007, 104.

⁸⁹³ Sulla pluralità di accezioni nelle quali è stato declinata la nozione di *lex mercatoria*, come insieme di regole che comprende anche quelle sociali, cfr. Cafaggi 2001, 544; in merito si rinvia agli ormai classici studi di Galgano (da ultimo 2001).

in cui evidenzia un elemento di contraddizione interno alle dinamiche che hanno guidato l'integrazione europea negli ultimi anni. La sorpresa deriva non solo dal fatto che tutto ciò appare poco sintonico con l'idea di un mercato «libero», regolato in quanto tale dagli attori che in esso vi operano, ma anche dal fatto che l'ultimo quindicennio del processo d'integrazione europea è stato contraddistinto dalla crescente centralità attribuita dalle istituzioni comunitaria all'integrazione per via di *soft law* rispetto a quella fondata sull'armonizzazione *hard*; dalla prevalenza della «*governance*» coinvolgente anche le forme organizzate della società civile sul tradizionale intervento di regolazione eteronoma; dallo spazio riconosciuto ad un diritto privo di sanzioni, capace di fare a meno dell'intervento dell'autorità giudiziaria perchè fondato sulla fiducia negli effetti virtuosi del confronto discorsivo tra gli attori sociali e istituzionali chiamati a realizzarlo.

L'argomento utilizzato dalla Corte che più di altri svela una simile contraddizione interna alle dinamiche dell'integrazione comunitaria è quello per il quale, nel caso *Laval*, il sistema contrattuale svedese si pone in contrasto con le regole del mercato interno perchè non permette di prevedere *ante tempus* i costi dell'attività da svolgere in un altro Stato membro⁸⁹⁴. Non sono insomma tanto i trattamenti retributivi in sé a porre problemi per le regole del mercato quanto le modalità con cui questi vengono imposti.

Non si può non sottolineare che in tal modo ad essere colpito con una censura radicale è un modello di relazioni industriali che in Europa si caratterizza per una notevole flessibilità, per la capacità di adattarsi alla peculiarità del singolo contesto lavorativo. Si colpisce un sistema che, proprio per essere privo di *standard* «rigidi» di tutela sul piano salariale, accetta la logica dell'adeguamento del costo del lavoro al peculiare mercato locale nel quale il lavoro viene svolto e che, anche per questo, risulta tra i più sintonici con l'idea di «flessicurezza» che dovrebbe ispirare le riforme dei sistemi di protezione sociale e del lavoro di tutti gli Stati membri⁸⁹⁵. Certo, il sistema svedese è caratterizzato dalla presenza di un sindacato forte, pienamente rappresentativo, al quale è iscritta la stragrande maggioranza dei lavoratori del settore. Ma è proprio questa la precondizione perchè un modello flessibile di relazioni sindacali e di regolazione del rapporto di lavoro non si traduca in una pura e semplice dismissione dei diritti dei lavoratori. Ed è la forza del sindacato a causare una situazione nella quale (come nel caso *Laval*) un'impresa non può sapere con certezza se, come e quando la trattativa avrà termine.

L'affermazione della Corte per la quale il sistema svedese di contrattazione contrasta con il diritto comunitario equivale all'affermazione per la quale è preferibile un sistema di definizione dei salari per via legislativa, rigido e unico su un intero territorio nazionale⁸⁹⁶; e se proprio si vuol riconoscere un ruolo alla contrattazione collettiva, anch'essa dev'essere più centralizzata possibile, senza margini per la contrattazione decentrata, meglio ancora se attuata da sindacati deboli, privi di una forza contrattuale sufficiente a prospettare conflitti e tempi lunghi nelle trattative. Come

⁸⁹⁴ Punto 110 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20. La difficoltà di determinare gli obblighi «retributivi» si porrebbe secondo la Corte in contrasto con l'art. 4.3 della direttiva, in base al quale «Ogni Stato membro adotta provvedimenti idonei affinché le informazioni relative alle condizioni di lavoro e di occupazione di cui all'art. 3 siano generalmente accessibili»; in tal modo, come osserva Ballestrero 2008, 387, si prospetta un'evidente sopravvalutazione della norma in questione, per nascondere la vera «preoccupazione» dei giudici di Lussemburgo: quella di tutelare l'impresa da un «eccessivo» costo del lavoro.

⁸⁹⁵ Sul sistema contrattuale svedese cfr. in sintesi Eklund- Sigeman- Carlson 2008, 28 ss.

⁸⁹⁶ In merito cfr. anche Corti 2008, 282 e Veneziani 2008.

ciò si concili con quanto sostenuto dalle stesse istituzioni comunitarie nei documenti sulla *flexicurity*⁸⁹⁷ e nelle linee guida sulle politiche dell'occupazione è una domanda che dovrà impegnare le istituzioni comunitarie nell'immediato futuro.

8. La difesa dal dumping sociale come causa di giustificazione: la «vera» svolta della Corte di giustizia?

Risolto il nodo dell'applicazione delle fonti comunitarie primarie e derivate alle azioni sindacali, la Corte affronta il problema della loro eventuale legittimità in ragione della possibilità che esse siano giustificate da ragioni «imperative d'interesse generale». Richiamando i consolidati principi elaborati in merito, i giudici di Lussemburgo identificano nella «protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un'eventuale pratica di dumping sociale» una ragione che può giustificare l'apposizione di ostacoli alla libertà di circolazione⁸⁹⁸. Si tratta di un passaggio di centrale importanza teorica, perchè (al contrario di quanto affermi la stessa Corte) esso non ha precedenti nella giurisprudenza comunitaria.

Non li ha perchè sino ad oggi è stato pacifico che del *dumping* sociale potessero legittimamente beneficiare le imprese e, di conseguenza, le misure tese a contrastarlo si configurassero come interventi protezionistici inammissibili nel mercato interno⁸⁹⁹. Il contrasto del *dumping* nell'ordinamento dell'Ue è rimesso all'armonizzazione attuata dalle direttive «sociali» e nei limiti consentiti da queste la concorrenza giocata sui differenziali del costo del lavoro è legittima e pienamente garantita dalle norme del Trattato Ce. Per tale ragione le esigenze di tutela dei lavoratori invocabili dagli Stati per limitare la libera prestazione di servizi sono state sempre identificate dalla Corte in quelle dei lavoratori distaccati e non dei lavoratori dello Stato ospitante⁹⁰⁰. L'intera costruzione interpretativa della Corte sui limiti dell'art. 49 TCE si è basata su quest'assunto, dal quale discende la necessità di vagliare il livello di tutela garantito nel paese d'origine (in ossequio al principio del mutuo riconoscimento) e dal quale derivano le regole poste dalla direttiva, tese a conciliare esigenze dell'impresa (straniera) ed esigenze di tutela dei lavoratori (stranieri). E proprio perchè il fine è quello di tutelare i lavoratori distaccati il legislatore comunitario è intervenuto a stabilire,

⁸⁹⁷ Da ultimo cfr. Commissione Ce, Comunicazione del 27.6.2007 «Verso principi comuni di flessicurezza. Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza», COM (2007) 359 def. Sul recente dibattito intorno alla Flexicurity comunitaria si rinvia ai contributi contenuti nel numero «monografico» di DLM n.3/2007.

⁸⁹⁸ Punto 103 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20 e punto 77 di Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2.

⁸⁹⁹ Cfr. le osservazioni in merito di Lo Faro 2008, 86, che a ragione considera «particolarmente innovativa» l'affermazione dell'A.G. Mengozzi (poi ripresa dalla Corte) relativa all'esigenza di difesa dal *dumping* sociale. Una «crepa» nella tradizionale impostazione della Corte si coglie già nella sentenza Cgce 12.10.2004, *Wolf*, causa C-60/03, Racc. 2004, I-9553, punto 41 delle motivazioni, dove si ammette che fine della direttiva è anche quello di «prevenire una concorrenza sleale da parte delle imprese straniere», nel caso consistente nel retribuire i propri lavoratori al di sotto del minimo imposto alle imprese nazionali. L'esigenza di garantire una «concorrenza leale» è richiamata dalla stessa direttiva nel considerando n. 5 (citato nella sentenza *Wolf*) come condizione funzionale a permettere un corretto funzionamento del mercato, a (debole) giustificazione della base normativa della direttiva stessa. Mai però la Corte, prima delle sentenze *Viking* e *Laval*, aveva fatto espresso riferimento all'esigenza di contrastare pratiche di *dumping* sociale (ovvero di difendere *tout court* il mercato del lavoro nazionale) come motivo «imperativo d'interesse generale» invocabile dagli Stati.

⁹⁰⁰ Da ciò le osservazioni critiche di P. Davies 1997, 596 che ritiene gli obblighi imposti agli Stati dalla direttiva 96/71 poco giustificabili sul piano delle regole del mercato interno, sulle quali essa fonda la sua base giuridica. In senso contrario sembrano muoversi le osservazioni di Ballestrero 2008, 380 che coglie nel contrasto al *dumping* sociale il fine primo della direttiva; sensibilmente diversa l'opinione di chi osserva come scopo di quest'ultima sia «anche quello di scongiurare forme degenerative di concorrenza basate sul *dumping* sociale» (Giubboni 2008).

attraverso la direttiva 96/71, un punto di equilibrio tra tale finalità e l'interesse delle imprese di servizi a circolare senza ostacoli nel mercato interno; punto di equilibrio che si è visto comportare una significativa compressione del potere statale di regolare i rapporti di lavoro di chi solo temporaneamente è presente sul territorio nazionale.

Affermare che invece l'estensione (tramite azione sindacale o tramite legge, il discorso non cambia sotto questo profilo) degli *standard* sociali del paese ospitante si fonda «legittimamente» sulla lotta al *dumping* sociale, apre (o meglio, dovrebbe aprire) scenari inediti nell'applicazione dei principi del mercato, assai più rassicuranti sia per i lavoratori stranieri che per quelli nazionali. Scenari che finiscono per sconfessare lo stesso impianto regolativo adottato dalla direttiva 96/71.

Se la tutela del *dumping* è un'«esigenza imperativa di interesse generale» se ne dovrebbe ricavare la possibilità di garantire sempre e comunque la piena parità di trattamento tra stranieri distaccati e lavoratori stabilmente presenti sul territorio di uno Stato membro⁹⁰¹. Quello che non è ammissibile se compiuto per tutelare i lavoratori stranieri distaccati, perchè non necessario e sproporzionato a tal fine, diventa legittimo se funzionale ad evitare la concorrenza al ribasso tra sistemi lavoristici. A meno di non chiarire in che senso, in che misura e fino a che punto le «misure di protezione dal *dumping*» siano o no compatibili con gli equilibri del mercato interno. La Corte nulla dice in proposito e, dopo aver fatta propria un'affermazione così innovativa, «vira» sulla tradizionale argomentazione basata sulle esigenze di tutela dei lavoratori distaccati, valutandone la fondatezza alla luce dei consueti test di necessità e proporzionalità.

È questa una lacuna grave nell'argomentazione della Corte, tale da non poter essere liquidata con superficialità. Anzi, forse proprio da qui è necessario ripartire per tentare di trovare una via d'uscita al problema oggetto dei casi in esame, se non si vuole che la parola finale sia quella fornita dalla Corte. È un fatto che questa abbia riconosciuto come principio regolatore del mercato interno la necessità e l'esigenza degli Stati di difendere i propri sistemi di protezione sociale e di tutela del lavoro dal *dumping* sociale, cioè dalla concorrenza attuata dalle imprese straniere grazie al più basso costo del lavoro del quale beneficiano nei paesi di stabilimento. Se così è, un simile principio chiede di essere applicato coerentemente e non può non incidere su quell'operazione di bilanciamento che la Corte effettua tutte le volte che è chiamata a valutare i limiti di «estensione» del sistema lavoristico nazionale ad imprese di servizi straniere. Ciò a prescindere dal problema (ulteriore) della limitabilità, in base ai medesimi principi, dell'azione sindacale e dell'autonomia collettiva delle parti sociali che si è sopra affrontato.

Diventa necessario chiarire in che modo i consolidati criteri di necessità e proporzionalità trovino applicazione con riferimento ad una simile «esigenza imperativa di interesse generale», tenendo conto che l'esito di tale valutazione non può coincidere con quello conseguente al giudizio in merito all'esigenza di tutelare i lavoratori distaccati. Di altra esigenza si tratta, altri «interessi generali» si perseguono, altri soggetti si intendono proteggere dalle dinamiche del mercato.

La Corte poteva attestarsi sulle consolidate posizioni orientate a negare la rilevanza di simili esigenze e interessi. Non avendolo fatto ha aperto nuovi scenari nei quali diversi equilibri di mercato si configurano. Equilibri non coincidenti con quelli che essa stessa ha disegnato nelle sentenze

⁹⁰¹ Sembra suggerire analoghe conclusioni Pallini 2008, 22-23, che coglie un'incongruenza della Corte nel fatto di riconoscere l'astratta legittimità di uno sciopero con finalità *anti-dumping*, negandone poi nei fatti la praticabilità.

Viking e *Laval*, criticabili proprio per aver contraddittoriamente affermato un nuovo principio di regolazione del mercato senza averlo consequenzialmente applicato ai casi di specie.

9. Il problema della qualificazione giuridica della fattispecie nel caso *Laval*

Un ulteriore aspetto (relativo alla sentenza *Laval*) meritevole dell'attenzione dell'interprete e non adeguatamente indagato dalla Corte attiene alla configurazione della fattispecie oggetto della causa. Il fatto che la *Laval* operasse in Svezia attraverso una sua filiale e che l'appalto di servizi riguardasse quest'ultima impone che si chiarisca per quale ragione la fattispecie è ricondotta nell'ambito del mercato dei servizi cui l'art. 49 TCE e la direttiva 96/71 si riferiscono. La questione è stata sollevata dai convenuti nella causa principale e viene respinta dalla Corte in base alla considerazione che «ogni valutazione dei fatti rientra nella competenza del giudice nazionale»⁹⁰².

Questo problema resta di decisiva importanza e l'evasiva risposta data dalla Corte finisce per alimentare il sospetto (capace di inficiare l'intera argomentazione successiva) che il caso *Laval* sia dovuto semplicemente ad un'erronea configurazione del fatto da parte del giudice di rinvio; configurazione che i giudici comunitari assumono per fondata e sulla quale non si esprimono esplicitamente. Simile dubbio si corrobora considerando che il rispetto della valutazione del giudice nazionale deriva dall'inserirsi la causa *de qua* in un procedimento *ex art. 234 TCE*. Da ciò la conclusione che, se la stessa ipotesi di distacco fosse stata oggetto di un diverso procedimento davanti alla Corte (per esempio *ex art. 228*), l'inquadramento delle circostanze di fatto all'origine della causa sarebbe potuto mutare.

La Corte poteva comunque affrontare la questione, che non attiene alla «valutazione dei fatti», di spettanza del giudice di rinvio, ma alla loro qualificazione giuridica nell'ordinamento comunitario, sulla quale sorprende che i giudici di Lussemburgo si rifiutino di esprimersi⁹⁰³. Indipendentemente da ciò, i limiti di cognizione che la Corte si è imposta non devono valere per l'interprete, per cui è opportuno prendere sul serio l'obiezione sollevata dai sindacati svedesi e riflettere sulla riconducibilità o meno dell'azione collettiva oggetto della controversia nell'ambito delle regole del mercato dei servizi, partendo da quanto osserva l'AG Mengozzi nelle sue conclusioni. Questi, al contrario della Corte, propone una sua valutazione dei fatti di causa e li riconduce all'ipotesi di cui all'art. 1.3, lett. b) della direttiva 96/71⁹⁰⁴, ovvero al distacco intra-gruppo, con ciò negando l'esistenza di un «appalto transnazionale» (di cui all'art. 1.3 lett. a) della direttiva). La presenza di una prestazione di servizi è dedotta dall'AG implicitamente dalla considerazione che i fatti in questione integrerebbero una fattispecie regolata dalla direttiva e nessuna valutazione viene compiuta in merito alla riconducibilità di tale fattispecie alla nozione di servizio di cui all'art. 50 TCE.

Una simile valutazione sarebbe stata di estremo interesse per inquadrare i fatti di causa e per

⁹⁰² Punto 45 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20. La Corte precisa che «in circostanze eccezionali essa può esaminare le condizioni in cui viene adita dal giudice nazionale, al fine di verificare la propria competenza» vale a dire quando «risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con la realtà o con l'oggetto della causa principale [...] qualora il problema sia di natura ipotetica o nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte» (punto 46).

⁹⁰³ La reticenza della Corte sul punto è letta da Pallini 2008, 8 come una implicita legittimazione delle pratiche di *law shopping* operate dalle imprese europee.

⁹⁰⁴ A.G. Mengozzi, Conclusioni in *Laval*, causa C-341/05, punto 107.

risolvere problemi interpretativi tutt'altro che secondari relativi all'ambito di applicazione della direttiva.

L'applicazione della disciplina della direttiva 96/71 all'ipotesi di distacco intra-gruppo è all'origine di critiche e dubbi interpretativi sollevati in dottrina. Non è chiaro per quale motivo il distacco operato all'interno di un gruppo di impresa debba considerarsi rilevante per il mercato interno dei servizi, nell'ambito del quale la direttiva si colloca, dal momento che non può considerarsi «prestazione di servizio» il mero esercizio del potere direttivo del datore che opera il distacco dall'impresa madre alla filiale situata in un diverso Stato membro⁹⁰⁵. Né il lavoratore distaccato all'interno di un gruppo di per sé svolge un'attività che incide sul mercato dei servizi del paese di destinazione, trovandosi questi semplicemente ad operare all'interno di un'impresa stabilita (eventualmente ai sensi dell'art. 43 TCE) sul territorio di un altro Stato membro.

A tali dubbi si potrebbe rispondere leggendo l'art. 1.3 lett. b) alla luce del precedente comma 1 del medesimo articolo, il quale riferisce il campo di applicazione della direttiva ai distacchi attuati «nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi». Da ciò la riconduzione del distacco intragruppo alla disciplina comunitaria solo se ad esso si associa una prestazione di servizi che comporti l'impiego del lavoratore distaccato presso un appaltante stabilito nello Stato ospitante⁹⁰⁶; che è poi l'ipotesi oggetto della sentenza *Laval*.

Neppure questa interpretazione «riduttiva» dell'art. 1.3 lett. b) permette tuttavia di considerare quella in esame un'ipotesi di «prestazione transnazionale di servizi», dal momento che l'appalto di servizi riguarda in tal caso due imprese stabilite sul territorio del medesimo Stato membro. L'utilizzo di lavoratori stranieri si inserisce in un rapporto contrattuale tutto interno all'ordinamento di uno Stato. Nel caso *Laval*, la prestazione di servizi doveva essere prestata in base ad un contratto di appalto tra il comune di *Vaxholm* e l'impresa «svedese» (*Baltik*), controllata dall'impresa madre lettone. La «prestazione transnazionale» sarebbe stata configurabile solo nel caso in cui detto appalto fosse stato vinto «direttamente» da quest'ultima, ma così non è stato.

All'origine del caso *Laval* c'è la discutibile scelta del legislatore comunitario di attrarre l'ipotesi del distacco tra impresa madre e impresa controllata nell'ambito di applicazione della direttiva 96/71. Una scelta non facilmente comprensibile né sotto il profilo della regolazione «lavoristica» della fattispecie in esame, né sotto quello delle regole del mercato interno. Merita soffermarsi sul primo profilo al fine di evidenziare come il distacco interno ad un gruppo possa sottendere a finalità e strategie imprenditoriali assai diverse tra loro e, per tale motivo, male si adatti ad una rigida disciplina fondata su un'unica *ratio* regolativa, qual'è quella sottesa alla disciplina derivante dall'applicazione della direttiva 96/71. Da ciò la conclusione che meglio sarebbe lasciare la regolazione di simili rapporti di lavoro con elementi di «internazionalità» esclusivamente al più elastico sistema di selezione della legge applicabile dettato dalla Convenzione di Roma del 1980⁹⁰⁷.

⁹⁰⁵ Cfr. in merito Carabelli 2007, 47 e Giubboni-Orlandini 2007, 110.

⁹⁰⁶ A quest'ipotesi sembra far riferimento Carabelli 2007, 46.

⁹⁰⁷ Le regole di conflitto del diritto internazionale privato, applicate ai distacchi intra-gruppi, non garantiscono che ai lavoratori vengano riconosciuti i trattamenti di maggior tutela, ma lasciano comunque un margine significativo di discrezionalità al giudice nell'interpretarle in modo da valorizzare la finalità di «innalzamento della tutela del lavoratore» ad esse sottesa. È quanto evidenzia Franzina 2008, 111 ss. suggerendo una lettura ispirata al *favor* per il lavoratore delle norme di conflitto, delle norme di applicazione necessaria

9.1. Segue: il distacco transnazionale intra-gruppo tra disciplina lavoristica e regole del mercato interno

L'ipotesi tipica di distacco intragruppo è quella per la quale un lavoratore dell'impresa madre viene inviato a svolgere una determinata attività all'interno dell'impresa figlia nell'interesse della prima. L'istituto è diversamente regolato negli Stati membri⁹⁰⁸, ma di norma il «gruppo» (cioè l'esistenza di rapporti stabili e di dipendenza tra le imprese all'interno delle quali si svolge la vicenda circolatoria) è ciò che giustifica e rende legittimo il distacco medesimo⁹⁰⁹. La legittimità del distacco comporta che il lavoratore distaccato continui ad essere considerato dipendente dell'impresa distaccante, motivo per cui a quel lavoratore continua ad essere applicato il contratto di lavoro che lo lega a questa e con esso il relativo trattamento normativo e convenzionale. Il che corrisponde quasi sempre all'interesse del lavoratore, e ciò vuoi che il distacco sia interno al territorio di uno Stato vuoi che si svolga sul piano transnazionale.

Questa forma di circolazione all'interno dell'impresa riguarda per lo più lavoratori altamente specializzati e di qualifiche medio alte, che l'impresa madre invia nelle filiali normalmente stabilite in paesi con più bassi *standard* di protezione sociale⁹¹⁰. Da ciò la scarsa rilevanza delle disposizioni della direttiva 96/71, visto che non si pongono né esigenze di tutela del lavoratore distaccato né problemi di *dumping* sociale nello Stato dove è operato il distacco.

Interessi affatto diversi dell'impresa distaccante (e conseguenti esigenze di tutela del lavoratore distaccato) sono in gioco nell'ipotesi (oggetto del caso *Laval*) nella quale il lavoratore è distaccato all'interno del gruppo per svolgere un'attività nei confronti di un soggetto terzo sul territorio dove ha sede una filiale dell'impresa «madre». Una simile ipotesi non può essere confusa in alcun modo con la precedente perché in questo caso il distacco non avviene (solo) per soddisfare un interesse del distaccante (o del gruppo), ma per soddisfare un interesse di un soggetto terzo, in virtù di un contratto di carattere commerciale che permette a questi di utilizzare i lavoratori distaccati. L'esistenza di una tale relazione contrattuale muta la natura del distacco, che non può assimilarsi alla precedente ipotesi di distacco intragruppo proprio perché i lavoratori vengono utilizzati «all'esterno» del gruppo e per interessi che non sono (solo) quelli del gruppo o dell'azienda madre.

La diversità degli interessi in gioco e delle esigenze di tutela sottese alle due ipotesi di distacco richiamate possono giustificare diverse discipline interne dettate dal diritto nazionale ed in nessuna delle due ipotesi, come detto, tali discipline sono in grado di incidere sulla libera prestazione di servizi, che semplicemente non c'è nel primo caso mentre riguarda un rapporto commerciale tutto interno ai confini nazionali nel secondo.

e della nozione di ordine pubblico. Nel caso di distacchi rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 96/71, tale interpretazione sembra però preclusa dall'obbligo di rispettare i vincoli posti dalla fonte comunitaria e dalle regole del mercato interno.

⁹⁰⁸ Per un'analisi comparata (sul piano globale) delle varie forme di regolazione dell'utilizzo «indiretto» dei lavoratori (anche nell'ambito dei gruppi) cfr. Perulli 2007, 29 ss.

⁹⁰⁹ In Italia la rilevanza del gruppo come contesto nel quale il distacco può legittimamente svolgersi deriva dal requisito dell'«interesse del distaccante», previsto dall'art. 30 d.lgs. 276/00: è infatti nel gruppo che l'impresa «dominante» ha interesse a collocare presso le imprese controllate i propri dipendenti.

⁹¹⁰ Che la mobilità transnazionale intragruppo riguardi lavoratori altamente qualificati lo evidenzia anche Lo Faro 2005, 448 ss., che richiama a riguardo il documento Ocse del 2004 sulla mobilità transfrontaliera (Oecd 2004).

Se le osservazioni sin qui proposte sono fondate, la frequente strategia di utilizzo del *dumping* sociale attuata dalle imprese creando filiali all'estero dove distaccare propri dipendenti potrebbe essere arginabile con una rigorosa applicazione delle regole del mercato interno e non con una loro disapplicazione o limitazione.

La creazione di filiali all'estero rientra nell'esercizio della libertà di stabilimento c.d. secondaria di cui all'art. 43 TCE e non nella libertà di cui all'art. 49. È vero che la Corte ha recentemente affievolito e reso più flessibile il requisito della «temporaneità» indicato dal Trattato Ce come elemento distintivo tra libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi⁹¹¹. Nel caso *Laval* non ci sono però dubbi circa il carattere «stabile» della presenza sul territorio svedese dell'impresa *Baltik* titolare dell'appalto, registrata in Svezia ed ivi operante. La temporaneità riguarda i lavoratori da questa impiegati, il che non incide sulla natura dell'attività prestata dall'impresa stessa ai sensi del diritto comunitario.

A partire dalla sentenza *Centros*⁹¹² la Corte ha chiarito che è legittimo e non costituisce abuso del diritto comunitario creare un'impresa con sede in uno Stato per sfruttare la normativa ivi vigente e poi stabilire una succursale in un altro meno vantaggioso (di norma quello d'origine) dove di fatto si svolge l'attività⁹¹³.

L'adozione del principio del mutuo riconoscimento da parte della Corte ha finito per rendere illegittima l'imposizione di qualsiasi vincolo «aggiuntivo» di diritto societario nazionale ad imprese regolarmente costituite in un altro Stato membro. Ma tale principio non può valere per invocare la non applicabilità delle norme a tutela dei lavoratori previste dallo Stato sede di stabilimento «secondario», che l'impresa è anzi tenuta a rispettare proprio in forza dell'art. 42.3⁹¹⁴. Non si vede quindi in base a quale principio del mercato interno l'impresa «secondaria», filiale dell'impresa madre, possa contestare l'imposizione di obblighi relativi al trattamento da garantire ai lavoratori da essa utilizzati per eseguire un appalto. Dal canto suo, l'impresa madre può distaccare lavoratori presso la sede creata nel diverso Stato membro, ma non può fondare né sul suo diritto di stabilimento (che ha già esercitato) né sulla sua libertà di prestare servizi (che non sta esercitando) la

⁹¹¹ Cgce 11.12.2003, *Schnitzer*, causa C-215/01, Racc. 2003, I-14847, nella quale la Corte adotta una nozione di servizio estremamente lata, attraverso un'interpretazione di «temporaneità» svincolata dalla definizione di una durata determinata e non esclusa dalla presenza di qualche forma di infrastruttura dell'impresa erogatrice nello Stato ospitante (Hatzopoulos- Uyen Do 2006, 927 parlano a proposito dell'abbandono di un criterio temporale in favore di uno più «economico»; cfr. in merito anche Carabelli 2007, 43 ss.).

⁹¹² Cgce 9.3.1999, *Centros*, causa C-212/97, Racc. 1999, I-1459.

⁹¹³ Come osserva Barnard 2007, 343 con la sentenza *Centros* la Corte afferma che il principio della *siège réel* (proprio degli ordinamenti francese, tedesco e italiano), in base al quale ad una società si applica la normativa dello Stato dove si trova il centro decisionale, configura un ostacolo alla libertà di stabilimento che deve essere giustificato. In merito alla giurisprudenza della Corte che ha progressivamente ampliato la libertà delle imprese di stabilire la sede principale anche in Stati dove di fatto non svolge alcuna attività cfr. Ferrari 2006, 717 e ss., che evidenzia come, proprio alla luce di tale giurisprudenza, «sempre più angusto» risulti lo «spazio lasciato alla possibilità di far valere, a livello comunitario, l'istituto dell'abuso del diritto» (sul tema, tra gli altri, cfr. anche Rammeloo 2003, 169 ss.).

⁹¹⁴ Cgce 10.7.1986, *Segers*, causa C-79/85, Racc. 1986, 2375, dove il divieto di non discriminare i lavoratori di un'impresa straniera presente con una sua filiale in uno Stato membro è considerato un corollario della libertà di stabilimento secondario ex art. 43.2. Il mutuo riconoscimento è evidentemente inutilizzabile con riferimento alle condizioni di lavoro applicate dall'impresa stabilitasi in uno Stato membro, non solo perchè prospetterebbe una totale disarticolazione dei sistemi lavoristici nazionali, ma perchè, sul piano delle regole del mercato interno, entrerebbe in rotta di collisione con il principio di non discriminazione imposto dall'art. 39 a tutela dei lavoratori comunitari.

pretesa di sottrarsi ai vincoli derivanti dall'obbligo di rispettare il regime di tutele lavoristiche vigente sul territorio dove i suoi dipendenti si trovano a lavorare.

In conclusione è possibile sostenere che i principi che regolano il mercato interno non ostano all'adozione da parte degli Stati membri e dei sindacati ivi operanti di misure tese a contrastare o impedire che, attraverso la «delocalizzazione», le imprese possano eludere il rispetto degli *standard* di tutela del lavoro quando agiscono sul territorio dello Stato d'origine attraverso loro filiali o succursali. Resta il problema dei vincoli posti dalla direttiva 96/71 che, anche sotto questo profilo, svela il suo carattere di normativa tutt'altro che finalizzata a garantire una maggior tutela ai lavoratori europei⁹¹⁵. L'opzione preferibile sarebbe naturalmente una riforma della medesima, che porti ad escludere dal suo ambito di applicazione l'ipotesi del distacco intragruppo. In attesa che una simile prospettiva (che non sembra all'ordine del giorno) si realizzi, non resta che confidare in una futura evoluzione della giurisprudenza che riconosca il carattere «fraudolento» dell'utilizzo della direttiva da parte delle imprese in ipotesi nelle quali essa viene invocata al solo fine di sfruttare il *dumping* sociale, senza che ciò sia giustificato dall'esigenza di tutelare le libertà economiche riconosciute dal Trattato Ce.

10. Un diritto fondamentale privo di contenuto?

L'ultimo profilo delle sentenze *Viking* e *Laval* che merita attenzione riguarda il riconoscimento che in esse viene compiuto dello sciopero e dell'azione collettiva come diritto fondamentale.

Il fatto di affrontare questo tema da ultimo appare giustificato se si considera la funzione che i diritti fondamentali svolgono nella giurisprudenza della Corte in materia di mercato interno e concorrenza: quella di limite alle regole di mercato, di argine capace di giustificare una deroga alla loro piena applicazione. Come ogni deroga, anche quella basata sulla necessità di tutelare un diritto fondamentale non si sottrae al vaglio della Corte alla luce del test di proporzionalità, che si traduce in una sorta di bilanciamento del diritto stesso con le libertà economiche di mercato, teso a preservare il «contenuto essenziale» dell'uno e delle altre. Ecco perchè il riconoscimento di un diritto fondamentale da parte della Corte non è di per sé un segnale rassicurante per la tutela del medesimo, ma anzi può significare che questo è suscettibile di limitazioni non configurabili in base al diritto nazionale.

La tutela piena di un diritto fondamentale come prevista in un ordinamento nazionale si ha non nel momento in cui quel diritto è riconosciuto dalla Corte, ma se a tale riconoscimento non si arriva, perchè l'esercizio del medesimo si sottrae all'applicazione delle norme del Trattato Ce.

I casi *Viking* e *Laval* sono una clamorosa conferma di ciò: la piena garanzia del diritto all'azione sindacale passa dal riconoscimento che le regole del mercato interno non valgono a limitarne l'esercizio, come sin qui si è tentato di evidenziare. Diversamente considerando, la pur inedita e

⁹¹⁵ Proprio la sentenza *Laval* chiarisce che l'inclusione dell'ipotesi intragruppo nell'ambito di applicazione della direttiva non si possa giustificare con il fine di garantire i lavoratori distaccati (come ritengono Lhernould 2005, 1194 e Carabelli 2007, 48), producendo invece tale scelta l'effetto opposto.

tutt'altro che scontata affermazione per la quale lo sciopero rientra a pieno titolo tra i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento dell'Ue⁹¹⁶, non evita un suo sostanziale ridimensionamento rispetto agli *standard* di tutela nazionali.

La forza dell'argomentazione della Corte sta nell'apparente inoppugnabilità dell'affermazione giurista la quale il diritto di azione sindacale trova dei limiti nella necessità che il suo esercizio tenga conto degli altri diritti e libertà fondamentali riconosciuti nell'ordinamento comunitario⁹¹⁷. Anche sotto questo profilo tuttavia è possibile prospettare un esito diverso del confronto tra libertà di mercato e diritti sindacali rispetto a quello configurato dalla Corte di giustizia.

Proprio l'esito delle sentenze induce a dubitare del modo con cui la Corte configura il bilanciamento tra diritto di sciopero e libertà economiche. A ben vedere non viene effettuato alcun bilanciamento nei casi in esame: all'affermazione che il diritto fondamentale di sciopero deve essere «conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso»⁹¹⁸ non fa infatti seguito nessuna valutazione basata sull'esigenza di garantire l'esercizio del diritto *de quo*. Il giudizio in merito all'eventuale giustificazione delle azioni sindacali si snoda esclusivamente con riferimento alla natura degli obiettivi che con queste si perseguono; obiettivi in sé legittimi, in quanto di tutela dei lavoratori, ma suscettibili di valutazione alla luce dei test di necessità e proporzionalità⁹¹⁹.

Una corretta operazione di bilanciamento tra diritti fondamentali avrebbe invece comportato una diversa applicazione del test di proporzionalità, in linea con quanto affermato dalla stessa Corte nelle sentenze *Schmidberger* ed *Omega*⁹²⁰, nelle quali si riconosce che la necessità di tutelare un diritto fondamentale costituisce a sua volta un interesse generale legittimamente perseguito nell'ordinamento interessato. Anche i limiti apportionabili al diritto così configurato devono essere dettati da obiettivi d'interesse generale e non possono costituire una «restrizione sproporzionata

⁹¹⁶ Punto 44 di Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2 e punto 91 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20. Che il fondamento giuridico del diritto di sciopero nell'ordinamento comunitario sia tutt'altro che solido lo ricorda, da ultimo, Novitz 2007, 361 ss. Di «storico riconoscimento» del diritto di sciopero e dei diritti sociali in generale come «tratto identitario dell'ordinamento comunitario» parla Caruso 2008, 26, che imputa l'esito delle sentenze al fatto che dal «riconoscimento» del diritto non si sia passati alla sua «affermazione», anche in ragione dell'efficacia ancora solo politica della Carta di Nizza. Lo stesso autore (*ibidem*, 34) coglie nelle sentenze in esame una possibile apertura ad azioni sindacali diverse dallo sciopero, tipiche della conflittualità transnazionale e post-moderna (blocchi, azioni di solidarietà, boicottaggio, etc.); osservazione che si condivide a patto di precisare che tale apertura non comporta alcuna tutela «aggiuntiva» per tali forme di conflitto rispetto a quanto già previsto dagli ordinamenti nazionali, restando il loro presupposto di legittimità per il diritto comunitario l'essere ammesse dalla normativa in questi vigenti.

⁹¹⁷ Caruso 2008, 32 riconduce l'approccio della Corte di giustizia alla teorica dei «limiti esterni» ai diritti fondamentali, «operazione ermeneutica già storicamente realizzata dalle Corti nazionali». La Corte in realtà, valutando la legittimità delle finalità perseguite, va oltre l'accertamento di eventuali limiti «esterni» al conflitto ed entra nel merito delle rivendicazioni sindacali (così anche Pallini 2008, 25).

⁹¹⁸ Punto 94 di Cgce 18.12.2007, cit. a nt. 20; analogamente punto 46 Cgce 11.12.2007, cit. a nt. 2.

⁹¹⁹ In entrambe le sentenze la Corte riconosce lo sciopero tra i diritti fondamentali facenti parte integrante dei principi generali del diritto comunitario nell'ambito dell'argomentazione tesa a respingere l'eccezione di parte sindacale fondata sulla supposta incompetenza dell'Unione a disciplinare tale diritto. La tematica dei diritti fondamentali non viene invece ripresa laddove ci si aspetterebbe, ovvero in relazione al giudizio di «giustificatazza» dei limiti posti alla libertà di circolazione; giudizio che la Corte fonda esclusivamente sulle finalità perseguite con l'azione, ovvero sulla loro connessione con «l'interesse generale». Di «degradazione» dell'azione sindacale da «diritto fondamentale in sé a mezzo strumentale alla realizzazione di un altro diritto», parla Caruso 2008, 36 (in termini simili cfr. Lo Faro 2008, 93). Già prima che i casi fossero decisi, sulla differenza tra il giudizio fondato sul «diritto fondamentale» e quello fondato sulle finalità dell'azione si soffermava A.C.L. Davies 2006, 83.

⁹²⁰ Cgce 14.10.2004, *Omega*, causa C-36/02, e Cgce 12.6.2003, cit. a nt. 62. Che l'applicazione dei principi enunciati in queste due sentenze prospettassero un possibile esito favorevole ai sindacati è opinione anche di Novitz 2007, 383

ed inaccettabile in quanto lesiva dell'essenza del diritto»⁹²¹. Per effetto del bilanciamento così formulato, l'azione sindacale può considerarsi illegittima alla luce dei principi del mercato interno in ragione delle modalità con cui è attuata, del comportamento di chi la pone in essere, degli effetti che questa produce nei confronti di soggetti terzi rispetto alla vertenza, dell'eventuale possibilità di ricorrere a mezzi meno lesivi della libertà della controparte⁹²². Anche le finalità dell'azione possono essere considerate, ma la loro contrarietà ai principi comunitari non è di per sé sufficiente per escluderne la legittimità⁹²³. È sulle caratteristiche che assume l'azione collettiva nel caso di specie che si fonda il giudizio in merito alla necessaria garanzia da riservare nell'ordinamento comunitario all'«essenza del diritto» (per usare le parole della stessa Corte) come configurato nell'ordinamento statale interessato⁹²⁴.

Non c'è dubbio che anche un «corretto» giudizio di bilanciamento esporrebbe lo sciopero all'imposizione di limiti «aggiuntivi» rispetto a quelli previsti dal diritto nazionale e non scongiurerebbe l'adozione di un principio di *extrema ratio* nell'uso del conflitto. Il tipo di giudizio è però sostanzialmente diverso rispetto a quello proposto dalla Corte nelle sentenze *Viking* e *Laval*, che è condotto considerando «esclusivamente» la legittimità degli obiettivi perseguiti alla luce delle regole del mercato interno⁹²⁵, senza alcuna considerazione della necessità di preservare l'«essenza» del diritto di sciopero⁹²⁶. In questo caso si apre la possibilità di una valutazione nel merito delle strategie sindacali ben più lesiva dell'autonomia collettiva delle parti sociali ed in particolare si prospetta un controllo «giudiziario» sul contenuto della «futura» negoziazione altrimenti non configurabile.

Dal momento che la Corte risolve il problema della legittimità dell'azione seguendo il consueto giudizio relativo alle «ragioni imperative di interesse generale», applicato non allo Stato ma «direttamente» agli attori sociali, non si vede quale sia la conseguenza sul piano dell'ordinamento comunitario del riconoscimento dello sciopero come diritto fondamentale. Anche in assenza di un simile riconoscimento, il giudizio circa i margini di comprimibilità delle libertà economiche sarebbe rimasto immutato. A riprova di ciò basta rileggere le sentenze in esame «come se» il diritto in questione non ci fosse, vale a dire non ne venisse affermata la natura di diritto fondamentale. I giudici comunitari sarebbero chiamati in tal caso ad interrogarsi sulla legittimità di comportamenti di soggetti privati. Essendo tali comportamenti legittimi per il diritto interno, si porrebbe il problema di valutare la compatibilità di una simile configurazione di «legittimità» alla luce del diritto dell'Ue e delle regole del mercato interno in particolare. La Corte non potrebbe che applicare a tali atti i consolidati principi sui quali si fonda il giudizio di «giustificatezza» degli ostacoli

⁹²¹ Punto 80 di Cgce 12.6.2003, cit. a nt. 60; in merito all'accurato giudizio di bilanciamento effettuato dalla Corte in *Schmidberger* cfr. tra gli altri Barnard 2007, 70; Biondi 2004, 59 ss.; Alemanno 2004, 739 ss.

⁹²² Così Jaspers 2007, 72.

⁹²³ La sentenza *Schmidberger* in realtà è ambigua sul punto. Nel valutare l'ammissibilità di ostacoli alla circolazione delle merci creati da un'azione di protesta di gruppi ambientalisti, la Corte da una parte afferma che le finalità perseguite dai manifestanti non rilevano per decidere sui fatti di causa (punto 66) dall'altra finisce poi per considerarle, salvo dedurre dall'assenza di fini meramente protezionistiche un indizio circa la legittimità dell'azione (punto 86). Nella precedente sentenza Cgce 9.12.1997, cit. a nt. 62, la sussistenza di una finalità chiaramente illegittima (impedire l'ingresso di merci spagnole nel mercato francese) non è stata sufficiente per censurare le azioni collettive, avendo la Corte valutato anche le modalità con la quale tale finalità era stata perseguita. Ciò che risulta con evidenza dalle sentenze in questione è l'estrema prudenza dei giudici comunitari nell'entrare nel merito delle finalità perseguite con l'azione dei privati (prudenza che è all'origine delle critiche di parte della dottrina: cfr. Morijn 2004, 28 e Gonzales 2003, 224).

⁹²⁴ Come efficacemente osserva Bercusson 2007, 303 «*in balancing the rights in this case the question is not whether fundamental rights justify restrictions on free movement; rather free movement must be interpreted to respect fundamental rights*».

⁹²⁵ Cfr. in tal senso Lo Faro 2008, 85 e 91.

⁹²⁶ Cfr. Ales 2008, 7 e 15; in termini analoghi anche Ballestrero 2008, 383 e Giubboni 2008.

posti alla libertà di circolazione, replicando esattamente il giudizio operato nelle sentenze in esame. Come si vede, la presenza o meno di un «diritto fondamentale di sciopero» nell'Ue non modifica in alcun modo il giudizio della Corte fondato sulle finalità dell'azione, né prospetta (come dovrebbe) un grado di «limitabilità» delle libertà di mercato ulteriore rispetto ad una situazione nella quale tale diritto manchi.

D'altra parte l'irrelevanza del riconoscimento del diritto di sciopero emerge con tutta evidenza dalla sentenza *Laval*, dalla quale si ricava che non è prospettabile alcun margine di praticabilità del conflitto sindacale nell'ambito del mercato interno dei servizi. Il riconoscimento del diritto di sciopero nell'Ue assume un carattere quasi beffardo, se è vero che esso è operato per negarne la possibilità di esercizio. I giudici di Lussemburgo chiamano i sindacati ad una sorta di *probatio diabólica*: la loro azione è legittima solo se persegue le finalità di tutela dei lavoratori in maniera proporzionata, il che significa che essa non deve mirare ad imporre alle imprese straniere obblighi superiori rispetto a quelli che esse sono già tenute a rispettare in forza di quanto dispone la legge di recepimento della direttiva. Ne consegue che qualsiasi azione sindacale deve considerarsi in sé sproporzionata, trovando sempre la sua ragione d'essere nel cercare di imporre ad un'impresa quanto questa non è tenuta a rispettare secondo le norme dell'ordinamento statale⁹²⁷.

11. Dal bilanciamento all'immunità

Per far riacquistare un significato al riconoscimento del diritto all'azione sindacale nell'ordinamento comunitario appare necessario rivedere l'impostazione seguita nelle sentenze in esame. Posto che, come detto, una diversa configurazione del giudizio di bilanciamento permetterebbe di far acquistare all'azione sindacale più ampi spazi di praticabilità, solo il riconoscimento di una piena immunità dell'azione sindacale dalle regole del mercato scongiurerebbe del tutto la possibilità che le dinamiche dell'azione sindacale siano esposte alla valutazione dei giudici (nazionali e comunitari) fondate sull'incerto e imprevedibile giudizio di proporzionalità⁹²⁸.

Non è questa un'idea particolarmente nuova, se è vero che essa ha ispirato il legislatore comunitario almeno fino al 1998, anno di adozione del c.d. Regolamento Monti⁹²⁹, il cui art. 2 recita: «Il presente regolamento non può essere interpretato in modo da pregiudicare in qualsiasi modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero». Sulla stessa linea si era già collocata la stessa direttiva 96/71 che con l'inciso dettato dal considerando 22 (ignorato nella sentenza *Laval*) richiama Stati e istituzioni comunitarie ad evitare qualsiasi sconfinamento sul terreno del conflitto sindacale⁹³⁰. E d'altra parte da più parti si è suggerito di leggere l'art. 137.5 TCE come espressione della volontà di sottrarre all'invasività

⁹²⁷ Di poco cambia lo scenario se, come sopra suggerito (§ 3), si «valorizza» la parte della sentenza relativa all'art. 49 TCE e si considera legittimo lo sciopero attuato per imporre all'impresa straniera il rispetto del contratto collettivo nazionale, in assenza di disposizioni in merito nella legge di recepimento; anche in questo caso infatti merita riflettere su cosa cambierebbe senza il riconoscimento del «diritto di sciopero comunitario», dal momento che non avrebbe comunque fondamento una censura della Corte nei confronti di un'azione sindacale legittima per il diritto interno.

⁹²⁸ Respinge con decisione la prospettiva «immunitaria» Caruso 2008, spec. 34 ss., la cui analisi è tutta incentrata sulla valorizzazione del bilanciamento come strumento di una integrazione tra libertà economiche e diritti sociali che rappresenterebbe, in un'ottica di «*constitutional cross fertilization*», l'unica alternativa ad un regressivo protezionismo nazionale.

⁹²⁹ *Supra* nt. 66.

⁹³⁰ Cfr. *supra* § 6.

del diritto comunitario i diritti collettivi riconosciuti dai singoli Stati membri⁹³¹. Come i fatti hanno poi dimostrato, queste indicazioni del legislatore comunitario non sono state sufficienti a limitare il potere cognitivo della Corte che, chiamata ad applicare le regole del mercato iscritte nel Tce, ha proceduto tenendo fede al principio per cui non esistono «zone franche» *a priori* sottratte ai principi generali del mercato comunitario.

Sin qui si è cercato di dimostrare che è possibile configurare una diversa interpretazione ed applicazione di quelle regole, tale da preservare alle parti sociali più ampi spazi di autonomia. Accogliere come corretta l'impostazione seguita dalla Corte non significa però considerare ineluttabili gli equilibri che da essa ne conseguono nei rapporti tra regole di mercato e azione sindacale. Le sentenze *Viking* e *Laval* possono anche essere lette, in ultima analisi, come un salutare richiamo dei giudici di Lussemburgo alla responsabilità della politica di operare scelte coraggiose a livello europeo e di non perseverare nell'inazione, confidando nel ruolo di supplenza del potere giudiziario⁹³².

Con le sentenze in esame la Corte afferma con decisione che nel quadro delle attuali norme primarie e derivate del diritto comunitario non ci sono appigli per garantire l'intangibilità dei sistemi nazionali di relazioni sindacali e dei diritti collettivi sui quali e grazie ai quali questi sono stati edificati dal dopoguerra ad oggi. Se questo è il senso dei *dicta* della Corte, le sentenze *Viking* e *Laval* chiamano in causa le istituzioni comunitarie perchè intervengano a fornire ai giudici nazionali e comunitari basi giuridiche certe per garantire i diritti sindacali sul piano dell'ordinamento dell'Ue.

L'occasione per intervenire c'è già stata, ma è passata invano. L'adozione a Lisbona della nuova versione dei Trattati non sembra prospettare radicali cambiamenti nell'ordinamento comunitario, sotto il profilo che qui interessa. La novità rappresentata dall'indiretta attribuzione alla Carta di Nizza di un valore vincolante tra le fonti dell'Ue⁹³³ difficilmente può indurre la Corte a rivedere la sua impostazione, visto che l'art. 28 della Carta (relativo al diritto di sciopero) è già stato utilizzato sia in *Viking* che in *Laval* per riconoscere il «diritto fondamentale» all'azione sindacale.

Solo l'espressa previsione nel testo dei Trattati di una piena immunità attribuita a quel diritto avrebbe aperto scenari diversi, ma una simile strada non è stata imboccata. Né è stato messo in discussione l'art. 137.5 che viene riprodotto identico nel nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art.153.5). Visto il modo con cui esso è interpretato dalla Corte, la sua presenza da una parte non garantisce da «infiltrazioni» del mercato nelle dinamiche sindacali, dall'altra comporta la preclusione di qualsiasi (pur remota) prospettiva di dare un fondamento di diritto positivo «derivato» alla praticabilità di azioni transnazionali.

⁹³¹ In questo senso Ahlberg- Bruun- Malmberg 2006, 163; Carabelli 2007a, 118-119; Pallini 2006, 249 che a proposito parla di «incomprimibile sovranità nazionale in materia».

⁹³² Come a ragione osservano Bronzini-Piccone 2007, 629 a margine delle Conclusioni degli AA. GG., «la debole protezione in via "diretta" da parte dell'ordinamento comunitario dei diritti socio-economici [...] è frutto non della prudenza dei giudici, ma di scelte politiche da rimettere in discussione». Di «silenzio [...] assordante» della politica europea parla anche Pallini 2008, 26.

⁹³³ In forza del «nuovo» art. 6.1 TUE, riscritto dall'art. 1.8 del Trattato di Lisbona, «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali del 7 dicembre 2000 [...] che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». La norma è stata approvata con l'*opting out* di Polonia e Regno Unito ai quali la Carta di Nizza non si applica (Protocollo n. 7). E' difficile però configurare un'esclusione piena degli effetti della Carta nei due ordinamenti, dal momento che la Corte di giustizia non potrà fare a meno di riferirvisi quanto meno quando si porrà una questione relativa al «diritto fondamentale» di chi cittadino polacco o britannico non è, ma si trovi ad operare sul territorio di questi Stati (come avviene nelle cause relative al funzionamento del mercato interno).

Un'eco rilevante hanno avuto i pendenti casi *Viking* e *Laval* nel processo di adozione della direttiva 123/06 sul mercato interno dei servizi⁹³⁴, anche se, forse, non era quella la sede per affrontare i problemi da essi sollevati. Ciò in considerazione del fatto che la c.d. direttiva *Bolkestein* non ha mai (neppure nella sua contestatissima versione originale) inteso incidere sulle normative di diritto del lavoro degli Stati ospitanti, delle quali continua ad occuparsi la direttiva 96/71. Si trattava di intervenire sul testo di quest'ultima, piuttosto che dibattere sulle modifiche da apportare all'originaria versione della direttiva in corso di adozione.

Così non è stato ed il timore che la direttiva sul mercato interno dei servizi potesse dare legittimazione a strategie imprenditoriali basate sul *dumping* sociale e finisse per erodere gli spazi di discrezionalità riconosciuti agli Stati dalla direttiva del '96⁹³⁵, ha prodotto l'inserimento di una serie di disposizioni che, se di non facile interpretazione sul piano strettamente giuridico, forniscono indicazioni significative per i temi che qui si sono affrontati.

La prima indicazione attiene proprio alla difficoltà di trovare un accordo politico in merito ad una soluzione condivisa su questi temi. Ne è dimostrazione l'art. 1.7, norma evidentemente ispirata dai casi pendenti e che, nell'intenzione (invero un po' ingenua) dei proponenti avrebbe dovuto scongiurarne un esito invasivo dell'autonomia sindacale. La norma non è ovviamente servita a tal fine, anche perchè non vigente quando si sono verificati i fatti di causa. È assai improbabile che essa potesse comunque essere di qualche utilità per sindacati e lavoratori coinvolti⁹³⁶. In primo luogo perchè l'affermazione dell'intangibilità da parte della direttiva «del diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere azioni sindacali» è seguita dalla precisazione per la quale questo diritto deve essere esercitato «in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario». In breve l'art. 1.7 della direttiva 2006/123 nulla dice in merito al problema del rapporto tra sciopero e libertà economiche ed anzi legittima quanto di lì a poco avrebbe affermato la Corte nelle sentenze *Viking* e *Laval*, ovvero che il riconoscimento di un diritto fondamentale non comporta una sua piena immunità dai principi del mercato interno⁹³⁷. In secondo luogo, la norma in questione, nell'affermare che la direttiva non incide sul diritto all'azione sindacale, nulla dice in merito all'eventuale incidenza sullo stesso diritto delle «altre» regole dell'ordinamento comunitario, fondate sul Trattato Ce o dettate da diverse fonti comunitarie (e segnatamente, dalla 96/71).

È questa una considerazione critica che vale per tutte le disposizioni della direttiva 2006/123 finalizzate a «tranquillizzare» i sindacati⁹³⁸, prima fra tutte quella di cui all'art. 4.7, che potrebbe apparire una netta smentita della giurisprudenza in materia di «ostacoli» alla libertà di circolazione, tale da sconfessare l'intero impianto argomentativo adottato nei casi *Viking* e *Laval*⁹³⁹. In

⁹³⁴ In merito al travagliato processo di approvazione della direttiva 2006/123 cfr. Flower 2007, 217 ss.

⁹³⁵ Cfr. Lo Faro 2005, 467.

⁹³⁶ Di opinione diversa sembra Veneziani 2008 che critica la Corte per non aver tenuto conto dell'art. 1.7.

⁹³⁷ Analogamente cfr. Novitz 2007, 375 per la quale la norma è un esempio di «*abdication of political responsibility to the Court*».

⁹³⁸ Borelli 2008a, 132 sembra valorizzare invece la clausola di salvaguardia di cui all'art. 16.3, per la quale allo Stato dove il servizio è prestato «non può essere impedito di applicare, conformemente al diritto comunitario, le proprie norme in materia di condizioni di occupazione, comprese le norme che figurano negli accordi collettivi»; anche in questo caso tuttavia la norma, letta alla luce dell'ambito di applicazione della direttiva 2006/123, ha il semplice effetto di lasciare inalterato il quadro preesistente relativo al distacco dei lavoratori (in tal senso cfr. anche Carabelli 2007, 128). Più in generale, per una lettura «criticamente» *liberal* della direttiva «servizi» (centrata proprio sull'art. 16) cfr. G. Davies 2007, 232 ss. e Barnard 2008, spec. 360 ss.

⁹³⁹ In tal senso cfr. Bercusson 2007, 288-289 e Ballestrero 2008, 376 che rimprovera alla Corte di giustizia di aver ignorato il disposto in questione

essa si afferma che «le norme stabilite dai contratti collettivi negoziati dalle parti sociali non sono considerate di per sé come requisiti ai sensi della presente direttiva», il che equivale a negare che i contratti collettivi possano considerarsi ostacoli alla libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, nell'ambito di applicazione della direttiva. Proprio quest'ultima precisazione chiarisce il significato del disposto e ne svuota la portata giuridica, riducendola alla mera ulteriore riaffermazione del fatto che la direttiva non si applica alle condizioni di lavoro e occupazione, quindi neppure a quelle dettate dai contratti collettivi.

In conclusione il nuovo quadro normativo non sembra offrire significativi appigli per fondare un *revirement* della Corte in relazione allo spazio da riconoscere al diritto «fondamentale» di sciopero nell'ordinamento dell'Ue. Resta da vedere se nuovo impulso ad una ripresa dell'azione politica comunitaria, eventualmente sollecitata da quella sindacale, possa venire proprio dallo «shock» provocato dalle sentenze *Viking* e *Laval*; impulso che muova verso l'affermazione di uno spazio di libertà di azione sindacale a livello comunitario, che può essere tale solo se sottratto ai vincoli del mercato interno⁹⁴⁰.

In attesa che un simile (assai difficile) scenario si concretizzi, i sindacati nazionali sono chiamati ad operare sul piano transnazionale per trovare strategie comuni di difesa dal *dumping* sociale, scèvre da ogni «sospetto» di protezionismo⁹⁴¹, ed in questo le federazioni europee e la CES dovrebbero svolgere un ruolo decisivo. Proprio dall'esito negativo delle sentenze sin qui commentate può nascere un forte stimolo per una ripresa dell'azione sindacale capace di travalicare i confini nazionali⁹⁴². Esempi di accordi «regionali» tranfrontalieri non mancano⁹⁴³ e la cooperazione tra sindacati di paesi confinanti cresce proprio laddove più forte è il rischio di *dumping* sociale associato all'integrazione del mercato dei servizi⁹⁴⁴. Né si può ignorare che l'ingresso nel mercato comunitario sta già producendo nei paesi di nuovo accesso forti spinte rivendicative, specialmente sul piano retributivo⁹⁴⁵.

⁹⁴⁰ Joerges 2007, 28 amplia la prospettiva dell'«immunità» dalle regole del mercato, richiamando la Corte ad un doveroso *self-restraint* in tutti i casi in cui si prospetti un bilanciamento tra libertà economiche «comunitarie» e valori della *Sozialstaatlichkeit* europea: «*The ECJ is not a constitutional court with comprehensive competences. It is not legitimated to reorganise the interdependence of Europe's social and economic constitutions, let alone to replace the variety of European social models by a uniform Hayekian Rechtsstaat.*»

⁹⁴¹ In merito cfr. le considerazioni di Sciarra 2008, 250-251.

⁹⁴² La necessità di sviluppare prassi negoziali transnazionale è sottolineata nella risoluzione del Comitato Esecutivo dell'ETUC adottata a Bruxelles il 5-6 dicembre 2007 (cfr. ETUC Executive Committee, *The Coordination of Collective Bargaining* 2008).

⁹⁴³ Li richiama ancora Sciarra 2008, 259.

⁹⁴⁴ Cfr. Dølvik-Eldring 2006, 213 ss. che analizzano le diverse strategie adottate dai sindacati dei paesi scandinavi per cercare di «governare» il fenomeno della migrazione «temporanea» dei lavoratori baltici. Rende conto di questi «*positive [...] developments*» anche Woolsfon 2007, 212-213 che tuttavia (a ragione) sottolinea come questi rischino di essere compromessi dalla persistente debolezza dei sindacati nei paesi dell'est, baltici in particolare.

⁹⁴⁵ Basti richiamare lo sciopero del marzo 2008 dei lavoratori della fabbrica del gruppo *Renault* che in Romania produce la *Dacia-Logan*, grazie al quale è stato ottenuto un aumento del 40% delle retribuzioni. È solo un esempio di un processo di crescita salariale che riguarda molti paesi dell'est europeo, specialmente quelli interessati da una forte emigrazione: in Romania il tasso di crescita delle retribuzioni nominali nel 2006 è stato del 12,1% e di quasi il 19% nel settore metalmeccanico e nei paesi baltici la crescita «media» si attesta intorno al 20% (cfr. *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, 2007). All'origine della rapida crescita dei livelli retributivi c'è il «confronto» con i mercati del lavoro dell'Europa occidentale innestato dall'emigrazione «temporanea» ed ancor di più la riduzione della disoccupazione causata dal combinarsi delle delocalizzazioni con l'emigrazione ad Ovest (Meardi 2007, 510 ss.). Anche sotto questo profilo non è tuttavia lecito cedere all'ottimismo, non solo per le drammatiche condizioni di «partenza» dei lavoratori dell'est europeo, ma anche perchè, come osservano Woolfson-Sommers 2006, 67-68, proprio l'esito delle sentenze in commento può tradursi in un disincentivo per i nuovi Stati membri «*to modify their industrial relations frameworks to ensure the active implementation of labour rights in line with international standards, adding yet a further twist to the downward spiral.*»

I segnali di un processo di crescita di un vero e proprio movimento sindacale europeo e transnazionale sono certo ancora deboli⁹⁴⁶, ma da questi è necessario partire, perchè ancor più che dalle aule dei tribunali è da questo piano che può venire una risposta ai dubbi ed alle inquietudini prodotti dall'accelerazione del processo d'integrazione del mercato interno.

Riferimenti bibliografici

Ahlberg K., Bruun N., Malmberg J. (2006), *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, Tr., p.155 ss.

Ales E., *Transnational Wages Setting as a Key Feature of a Socially Oriented European Integration: Role of and (Questionable) Limits on Collective Action*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 63/2008

Alemanno A. (2004), *A la recherche d'un juste équilibre ente libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur- Quelques réflexions à propos des arrêts Schmidberger et Omega*, Rev. Dr. Un. eur., p.709 ss

Ballestrero M.V. (2008), *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, LD, p.371 ss.

Baquero Cruz J. (1999), *Free Movement and Private Autonomy*, E.L.Rev., p.603 ss.

Barnard C. (2007), *The Substantive Law of EU. The Four Freedoms*, Oxford, Oxford UP.

Barnard C. (2008), *Unravelling the Service Directive*, CMLR, p.323 ss.

Bercusson B. (2007), *The Trade Union Movement and the European Union: Judgement Day*, E.L.J., p.279 ss.

Biondi A. (2004), *Free Trade, A Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights*, EHRLR, p.52 ss.

Bohle D. (2006), *Neoliberal Hegemony, Transnational Capital and the Terms of EU's Eastward Expansion*, Capital and Class, p.57 ss.

Borelli S. (2008), *Social Clause in the Public Contract and Art. 49 Tce: Bad New! The Ruffert Case*, Tr. (in corso di pubblicazione)

Borelli S. (2008a), *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, LD, p.125 ss

Bronzini G., Piccone V. (2007), *Diritto di sciopero e libertà di circolazione nelle recenti conclusioni degli Avvocati Generali*, RCDL, p.619 ss.

Cafaggi F. (2001), *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, PD, p.543 ss.

Carabelli (2007), *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, RGL, p.33 ss.

⁹⁴⁶ Rende conto delle recenti evoluzioni del movimento sindacale «transnazionale» Gajewska 2008, 104 ss.; per un'analisi più pessimistica circa la possibilità da parte dei sindacati di superare le barriere dei mercati nazionali cfr. Bohle 2006, 57 ss.

- Carabelli U. (2008), *Note critiche a margine della Corte di giustizia nei casi Viking e Laval*, GDLRI, p.147 ss.
- Caruso B. (2008), *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT- 61/2008
- Corti M. (2007), *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, RGL, I, p.773 ss.
- Corti M. (2008), *Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa Sociale*, RIDL, p.247 ss.
- Dashwood A. (2007), *From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?*, in Barnard C. (a cura di), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2006-2007*, p.81 ss.
- Davies A.C.L. (2006), *The Right to Strike Versus Freedom of Establishment in EC Law: The Battle Commences*, I.L.J., p.75 ss.
- Davies G. (2007), *The Service Directive: Extending the Country of Origin Principle and Reforming Public Administration*, E.L.Rev., p.232 ss.
- Davies P. (1997), *Posted Workers Directive: Single Market or Protection of national Labour Law Systems?*, CMLR, p.571 ss.
- Di Filippo M. (2005), *Trattato CE. Art.43*, in Grandi M., Pera G. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova
- Dølvik J.E., Eldring L. (2006), *Industrial relations responses to migration and posting of workers after EU enlargement: Nordic trends and differences*, Tr., p.213 ss.
- Dorssemont F., Jaspers T., van Hoek A. (a cura di) (2007), *Cross-Border collective actions in Europe: a legal challenge*, Intersentia, Antwerpen-Oxford
- Dorssemont F. (2007), *Labour law Issues of Transnational Collective Action- Comparative Report*, in Dorssemont F., Jaspers T., van Hoek A. (a cura di), *Cross-Border collective actions in Europe: a legal challenge*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, p.245 ss.
- Eklund R., Sigeman T., Carlson L. (2008), *Swedish Labour and Employment Law. Cases and Materials*, Iustus, Stockholm
- Esposito M. (2006), *Prestazioni transnazionali di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, DLM, p.3 ss.
- European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Pay Developments-2006*, in www.eurofound.europa.eu/docs/eiro/tn0704029s/tn0704029s.pdf
- Ferrari S. (2006), *Evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto di stabilimento delle società*, DCSI, p.717 ss.
- Fili V. (2007), *Il lavoro marittimo alla ricerca del difficile equilibrio tra tutele della concorrenza e diritti dei lavoratori*, DRI, p.773 ss.

- Fitzpatrick D. (2007), *Transnational collective action: the FOC campaign case study*, in Dorssemont F., Jaspers T., van Hoek A. (a cura di), *Cross-Border collective actions in Europe: a legal challenge*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, p. 85 ss.
- Flower J. (2007), *Negotiating the Service Directive*, Barnard C. (a cura di), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2006-2007*, p.217 ss.
- Foster D., Scott P. (a cura di) (2003), *Trade Unions in Europe. Meeting the Challenge*, Peter Lang, Bruxelles
- Franzina P. (2008), *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, LD, p.97 ss.
- Galgano F. (2001), *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna
- Gajewska K. (2008), *The Emergence of a European Labour Protes Movement?*, EJIR, p.104 ss.
- Germanotta P. (2002), *Protecting Worker Solidarity Action: A Critique of International Labour Law*, Institute of Employment Rights, London/Geneve
- Giubboni S. (2008), *Emigrazione e libera circolazione (dir. lav.)*, voce di prossima pubblicazione dell'Enciclopedia giuridica Treccani, Roma.
- Giubboni S., Orlandini (2005) G., *Lo sciopero e l'Unione europea. Appunti critici*, QRS, pp.289-309
- Giubboni S., Orlandini G. (2007), *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna
- Gonzales G. (2003), *EC Fundamental Freedoms v. Human Rights in the Case C-112/00 Eugen Schmidberger v Austria*, LIEI, p.219 ss.
- Grossi P. (2007), *L'Europa del diritto*, Laterza, Bari
- Hatzopoulos V., Uyen Do T. (2006), *The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005*, CMLR, p.923 ss.
- Hepple B. (2005), *Labour Law and Global Trade*, Hart pub., Oxford and Portland, Oregon, 2005
- Jaspers T. (2007), *The Right to Collective Action in European Law*, in Dorssemont F., Jaspers T., van Hoek A. (a cura di), *Cross-Border collective actions in Europe: a legal challenge*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, p.23 ss.
- Joerges C. (2007), *Democracy and European Integration: A Lagacy of Tensions, a Re-conceptualization and Recent True Conflicts*, EUI WP Law, n.2007/25
- Lhernould J.P. (2005), *La loi du 2 aout 2005 et le détachement transnational de travailleurs. Le plombier polonaise est-it-mort?*, DS, p.1191 ss.
- Lo Faro A. (2005), *"Turisti e vagabondi": riflessioni sulla mobilità dei lavoratori nell'impresa senza confini*, LD, p.437 ss.
- Lo Faro A., (2008), *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, LD, p.63 ss.
- Meardi G. (2007), *More voice after more exit? Unstable industrial relations in Center Eastern Europe*, I.R. Jo., p.503 ss.

- Morijn J. (2004), *Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution*, E.L.J., p. 15 ss.
- Nadalet S. (2008), *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, LD, p.37 ss.
- Novitz T. (2006), *The right to strike and re-flagging in the European Union*, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, p.242 ss.
- Novitz T. (2007), *Labour Rights as Human Rights: Implications for Employers' Free Movement in an Enlarged Union*, in Barnard C. (a cura di), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2006-2007*, p. 375 ss.
- Nunin R. (2001), *Il dialogo sociale europeo*, Giuffrè, Milano
- Oecd (2004), *Trade and Migration. Building bridges for global labour mobility*.
- Oliver P., Roth W-H. (2004), *The internal market and the four freedoms*, CMLR, 407 ss.
- Orlandini G. (1999), *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva 96/71*, ADL, p. 465 ss.
- Orlandini G. (1999a), *Libertà di circolazione delle merci: un limite "comunitario" al conflitto sindacale*, GDLRI, p.623 ss.
- Rammeloo S. (2003), *The Long and Winding Road toward Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe*, MJ, 169 ss.
- Pallini M. (2006), *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto comunitario del lavoro ha già la sua Bolkestein?*, RIDL, II, p.239 ss.
- Pallini M (2008), *Law Shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, RGL, II, p.3 ss.
- Perulli A. (2007), *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, RIDL, I, p. 29 ss.
- Reich N. (2007), *Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights*, CMLR, 705 ss.
- Reich N. (2008), *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union- the Laval and Viking cases before the ECJ*, German Law Journal, p. 125
- Sciarrà S. (2008), *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, LD, p. 245 ss.
- Snell J. (2002), *Goods and Services in EC Law*, Oxford UP, Oxford
- Supiot A. (2008), *L'Europe gagnée par l'économie communiste de marché*, in <http://www.journal-dumauss.net/spip.php?article283>
- van Hoek A. (2007), *Private International Law Aspect of Collective Actions- Comparative Report*, in Dorsemont F., Jaspers T., van Hoek A. (a cura di), *Cross-Border collective actions in Europe: a legal challenge*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, p. 425 ss.
- Veneziani B. (2008), *La Corte di giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, RGL (in corso di pubblicazione)

Venturi P. (2007), *Italian Private International Law report*, in Dorssemont F., Jaspers T., van Hoek A. (a cura di), *Cross-Border collective actions in Europe: a legal challenge*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, p. 331 ss.

Woolfson C. (2007), *Labour Standards and Migration in the New Europe: Post-Communist Legacies and Perspectives*, E.J.I.R., p. 199 ss.

Woolfson C, Sommers J. (2006), *Mobility in Construction: European Implications of the Laval un Partneri Dispute with Swedish Labour*, E.J.I.R., p. 49 ss.

**Esternalizzazioni e trasformazione delle Università in Fondazioni.
Profili di diritto del lavoro***

Sandro Mainardi

1. Uno nuovo scenario, non del tutto nuovo, per le esternalizzazioni della p.a.	219
2. Il Diritto del lavoro e le discipline applicabili	221
3. La norma generale dell'art. 31 d.lgs. n. 165/2001. Profili oggettivi	222
4. <i>Segue.</i> Profili soggettivi	224
5. Le "disposizioni speciali"	225
6. Le norme della Finanziaria 2008: ipotesi speciali di trasferimento di attività	226
7. L'art. 16 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112. La trasformazione delle Università in fondazioni di diritto privato	230
8. <i>Segue.</i> Appunti per il personale docente delle Università	233

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 77/2008

1. Uno nuovo scenario, non del tutto nuovo, per le esternalizzazioni della p.a.

L'attualità del lavoro pubblico, imposta a ritmi serrati dal Governo prima con il c.d. Piano Industriale, poi con il DDL di riforma approvato dal Consiglio dei Ministri in data 18 giugno 2008, ed infine con il D.L. 25 giugno 2008 n. 112 che in buona misura anticipa alcuni degli interventi di riforma previsti dallo stesso piano industriale, è tale da sollecitare un rinnovato dibattito circa le dinamiche di esternalizzazione dei servizi pubblici, con particolare riferimento all'amministrazione delle Università italiane.

La prima indicazione proviene dal Disegno di legge approvato sotto la rubrica di "*Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico*", anzi, meglio, dal Piano Industriale e dalle sue *slides* ⁽⁹⁴⁷⁾, ove si rinviene un primo ragionamento sul tema dell'esternalizzazione delle funzioni, non a caso nella parte dedicata alla «*Riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*» e non in quella relativa alla «*Produttività del lavoro*».

Si sostiene qui la necessità di «*concentrare le amministrazioni sulle funzioni che si ritengano essenziali (il core business delle p.a.)*», il che comporta «*l'attivazione di un processo di riallocazione delle funzioni tra amministrazioni (e tra livelli di governo centrale e locale), nonché tra amministrazioni e privati, secondo i principi guida della sussidiarietà orizzontale e verticale e della mobilità delle funzioni*».

Tra gli interventi evidenziati vi sono quelli di «*trasformazione, pur mantenendone la proprietà in mano pubblica, degli enti e istituti a vocazione economica, a cominciare da quelli previdenziali e assicurativi in società per azioni o Agenzie*», al fine di conseguire i relativi benefici, sia in termini di riduzione dei costi di funzionamento, sia di semplificazione e fluidificazione dei modelli di gestione e di prossimità cliente/utente.

In sostanza, le esternalizzazioni delle p.a. sono tornate al centro dell'agenda politica, dopo quelle dei servizi pubblici locali del decennio '90 ⁽⁹⁴⁸⁾, come fondamentale leva di restituzione di efficienza alle attività e alle funzioni attribuite al soggetto pubblico. Il processo mostra similitudini rilevanti con la scelta, ormai da tempo diffusa riguardo alle esternalizzazioni del settore privato, di passare dal *make* al *buy*, con l'unico obiettivo di migliorare il servizio nel senso dell'efficienza, dell'economicità e del *customer satisfaction*, obiettivo piuttosto indifferente rispetto alla natura, privata o pubblica, di chi concretamente assume la gestione. La funzione del "pubblico" sembra insomma essere non più quella di fornire servizi all'utenza, quanto piuttosto quella di regolare in modo forte il funzionamento di un mercato dei servizi che veda agire correttamente meccanismi di concorrenza che garantiscano risultati economicamente efficienti ma anche socialmente adeguati e desiderabili.

La seconda suggestione proviene da una ulteriore modifica, realizzata rispettivamente con gli artt. 46 e 49 del D.L. n. 112/2008, alle norme in materia di incarichi e collaborazioni nel p.i. e, più in

⁽⁹⁴⁷⁾ Vedile in www.funzionepubblica.it

⁽⁹⁴⁸⁾ V. E. Freni, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, tomo IV, 3947 ss., nonché C. Buratti e G. Muraro (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, fascicolo monografico di *Dir. Reg.*, 2002, 533 ss.

generale di utilizzo del lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni. Si tratta della terza presoché integrale modifica agli artt. 7, c. 6 (incarichi) e 36 (flessibilità) del T.U. n. 165/2001, in meno di tre anni, il che la dice lunga sulla capacità del legislatore di regolare in modo coerente e stabile una zona assolutamente strategica nell'ambito della gestione delle risorse umane del settore pubblico. Una serie di "docce scozzesi" – per dirla con il titolo di un recente saggio di Bruno Caruso⁽⁹⁴⁹⁾ – per chi deve gestire la flessibilità in entrata nelle pubbliche amministrazioni, la quale si è mossa però, purtroppo, da un Governo all'altro, secondo una linea di continuità piuttosto evidente⁽⁹⁵⁰⁾.

L'annunciato o praticato ricorso alle esternalizzazioni nel settore pubblico, non è altro che una risposta un po' affrettata e meccanica rispetto ad una flessibilità nella gestione delle risorse umane, dei rapporti di lavoro, progressivamente limitata o annullata dal legislatore dopo le aperture della fase due della c.d. privatizzazione del pubblico impiego, quella condotta da Massimo D'Antona con le norme del D.lgs. n. 80/1998.

Il collegamento logico è tale che, nella prima modifica della norma dell'art. 36 D.lgs. n. 165/2001, che risale al 2006⁽⁹⁵¹⁾, somministrazione di manodopera secondo il D.lgs. n. 276/2003, appalti di servizi ed esternalizzazioni vengono addirittura considerati modalità di gestione privilegiate dei servizi sotto il profilo delle risorse umane, in grado di sostituire la flessibilità in entrata nelle pubbliche amministrazioni, realizzata mediante altre forme e modalità atipiche di lavoro subordinato (termine, cfl, co.co.co. soprattutto), considerate pericolose perché elusive della regola del concorso pubblico e produttive di "preariato interno".

C'è da essere convinti, nonostante le riaperture alla flessibilità contenute nel D.L. n. 112/2008 (oggi ritornano i contratti a termine, i cfl, e naturalmente la somministrazione, seppure tutti solo per esigenze temporanee ed eccezionali e comunque per periodi non superiori a tre anni nell'arco di cinque) e senza poter in questa sede approfondire il tema come si dovrebbe, che la rinuncia *tout court* alla flessibilità, anche rispetto a funzioni variabili della p.a., funziona come una qual sorta di misura punitiva: in sostanza, poiché le pubbliche amministrazioni non sono in grado di gestire correttamente e secondo logiche manageriali il lavoro flessibile, allora meglio negarlo a tutte, anche a quelle che ne fanno o ne hanno fatto un uso "responsabile" e che hanno bisogno di misure flessibili di gestione dei contratti e rapporti di lavoro⁽⁹⁵²⁾.

In tale clima di generalizzata sfiducia, meglio, allora, si ritiene, portare fuori il servizio; cederlo a soggetti terzi, sia nella forma che si potrebbe chiamare *soggettiva* della fornitura di manodopera somministrata, che viene ad operare presso l'ente pubblico sollevando però quest'ultimo dalla gestione dei rapporti di lavoro, formalmente e sostanzialmente intrattenuti e regolati dal soggetto privato; sia nella forma *mista* dell'appalto, dove l'ente appaltante, scelto il contraente, mantiene una forma di controllo limitata alla corretta esecuzione dell'opera o servizio, ma trasferisce

⁽⁹⁴⁹⁾ B. Caruso, *La regolazione «a doccia scozzese» del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, in *Lav. pubb. amm.*, 2008, 221 ss.

⁽⁹⁵⁰⁾ Già evidenziata in S. Mainardi, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della L. 9 marzo 2006*, n. 80, in *Lav. pubb. amm.*, 2006, 12 e ss.

⁽⁹⁵¹⁾ Art. 4, D.L. 10 gennaio 2006, conv. in Legge 9 marzo 2006, n. 80.

⁽⁹⁵²⁾ In questi esatti termini B. Caruso, *op. cit.*, 230, cui si rinvia per altre considerazioni circa il mutato assetto delle fonti di regolazione delle flessibilità, con particolare riferimento al progressivo arretramento della fonte negoziale.

sull'appaltatore organizzazione, gestione, poteri e responsabilità con riguardo al personale utilizzato nell'appalto; sia, infine, nella forma *oggettiva*, drastica e definitiva, di esternalizzazione, costituita dalla cessione a soggetti terzi, di natura pubblica o privata, di funzioni ed attività prima svolte dall'ente con proprie risorse umane, materiali e finanziarie.

2. Il Diritto del lavoro e le discipline applicabili

È evidente che tali importanti modifiche degli assetti proprietari, organizzativi e gestionali dei servizi abbiano man mano richiamato l'attenzione del legislatore, oggi come un tempo, anche per quanto concerne la loro ricaduta, certo non irrilevante, sulla gestione dei rapporti di lavoro, ed al contempo sul mantenimento dei diritti e delle garanzie dei lavoratori passati alle dipendenze di nuovi gestori dei servizi.

Si tratta, naturalmente, di un fenomeno diverso da quello della c.d. "privatizzazione del pubblico impiego". Là, il datore di lavoro è e resta pubblico nella forma giuridica e nelle modalità organizzative *macro*, entrambe ascritte al diritto amministrativo, agendo la riforma unicamente sulle fonti di disciplina dei rapporti di lavoro e delle relazioni sindacali oltre che sulla natura giuridica dei poteri gestionali della p.a. con riguardo alle relazioni di lavoro; qui, invece, muta la natura giuridica del datore di lavoro nell'attribuzione e nello svolgimento di un servizio, concentrandosi l'intervento del legislatore proprio sulla devoluzione dell'attività a soggetti distinti dall'ente pubblico, caratterizzati e disciplinati da regolamentazioni e modelli giuridici diversi da quelli di derivazione pubblicistica.

È proprio in questa fase che si innesta la funzione svolta dal diritto del lavoro nei processi di trasformazione degli enti pubblici nel senso dell'esternalizzazione dei servizi, specie nel passaggio da modelli di regolamentazione pubblicistica a modelli propri del diritto privato e commerciale. Si tratta dell'intervento nella fase genetica, di formazione o trasformazione del servizio pubblico, dove appunto il diritto del lavoro opera da ammortizzatore o da paracadute rispetto all'immissione del servizio da modelli pubblicistici di regolamentazione, erogazione e gestione, a meccanismi di mercato affrontati a gestione privatistica, per la garanzia dei livelli occupazionali e la tutela dei lavoratori coinvolti in tali processi ⁽⁹⁵³⁾.

Il legislatore si è mosso, in questi luoghi, secondo due chiarissime direttrici.

Da una parte non ha rinunciato a varare speciali disposizioni legislative e/o regolamentari che, nel consentire e disciplinare le esternalizzazioni, hanno assicurato sia il mantenimento dei livelli occupazionali, che la garanzia dei trattamenti economici, normativi e previdenziali goduti dai lavoratori. Dall'altra parte, ha predisposto una normativa di carattere generale, solo apparentemente residuale, valida per tutte le ipotesi non rientranti nell'ambito di applicazione delle discipline specifiche, di passaggio dei prestatori di lavoro ad altro ente a seguito della cessione del servizio, ovvero dal settore pubblico a quello privato.

Norme *ad hoc*, dunque, per le grandi privatizzazioni; norma generale per le c.d. piccole privatizzazioni, quali sono o possono essere, in prevalenza, quelle dei servizi forniti dalle Università.

⁽⁹⁵³⁾ Cfr. la sezione monografica del fascicolo di *Lav. Dir.*, 2002, n. 2, *La "seconda fase" della trasformazione dei servizi pubblici locali di fronte alla nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, con contributi di M.G. Ballestrero, G. De Simone, M. Novella.

Vorrei procedere allora dal generale al particolare, descrivendo ambito di applicazione e fattispecie della norma generale, per poi considerare, in particolare, le norme della Legge Finanziaria 2008 (L.n. 244/2008) sulle gestioni dei servizi mediante società costituite o partecipate da enti pubblici, e quella della trasformazione delle Università in fondazioni ai sensi dell'art. 16 del D.L. n. 112/2008 (conv. in L. n. 133/2008).

3. La norma generale dell'art. 31 d.lgs. n. 165/2001. Profili oggettivi

L'art. 31 del D.lgs. n. 165/2001 costituisce la norma generale individuata per dare regolamentazione a questo tipo di fenomeni per quanto riguarda il destino delle relazioni di lavoro.

Il t.u. del 2001 sull'impiego pubblico include una regolamentazione specifica dei passaggi di personale per effetto di trasferimenti di attività da parte delle pubbliche amministrazioni. Quella in rilievo è infatti una gamma ampia di eventi, che va dalle riorganizzazioni di apparati burocratici alle privatizzazioni di strutture produttive pubbliche, senza inoltre poter trascurare appunto il fenomeno delle esternalizzazioni di funzioni amministrative, che ha acquisito ulteriore importanza a seguito della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost. come sostituito dalla L. cost. n. 3/2001).

In merito a questa fattispecie, nella trasposizione dal D.Lgs. n. 29/1993 al D.Lgs. n. 165/2001 nulla è cambiato, poiché la norma rilevante del decreto del 2001, l'art. 31, riproduce il testo della corrispondente norma del decreto del 1993, l'art. 34.

La norma dell'articolo 31, composta da un singolo comma, prescrive come noto che, «*Fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applica l'articolo 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'articolo 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428 (legge comunitaria per il 1990)*».

Si tratta naturalmente, di una norma speciale di diritto privato. Speciale perché, in rapporto all'art. 2112 c.c. richiamato, assume una diversa nozione di «trasferimento», cioè un diverso presupposto di attivazione delle tutele e garanzie predisposte dalla norma codicistica con riguardo ai lavoratori coinvolti nel processo di esternalizzazione.

Tale ultima normativa ha infatti di recente subito significative modifiche ad opera sia del D.Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18, che ha adeguato l'ordinamento italiano alle correzioni che la dir. n. 98/50/CE aveva apportato alla dir. n. 77/187/CEE (riguardante il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relativamente al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti); sia dell'art. 32 del D.Lgs. n. 276/2003, che ha sostituito il comma 5 dell'art. 2112 c.c. ed ha aggiunto alla stessa norma un comma sesto. Tuttavia le modifiche intervenute per il settore privato, in forma di novella, non hanno ricadute sull'art. 31 D.Lgs. n. 165/2001, poiché quest'ultimo – disegnando l'autonoma fattispecie del *trasferimento o conferimento di attività* – rinvia all'articolo del codice solo per ciò che concerne la disciplina relativa alle conseguenze del trasferimento o conferimento di attività pubbliche in termini di tutela individuale e collettiva.

Una volta stabilita la sussistenza di un trasferimento o conferimento in base all'art. 31 D.Lgs. n.

165/2001, le conseguenze che ai sensi dell'art. 2112 c.c. si producono nella singola relazione lavorativa sono essenzialmente tre: la modifica soggettiva del datore con continuazione del rapporto in capo al cessionario; la conservazione dei diritti già spettanti al dipendente in virtù del precedente rapporto di lavoro ed infine la solidarietà passiva per i crediti da lavoro tra amministrazione trasferente e soggetto pubblico o privato ricevente. In più, questa volta sul piano collettivo, il richiamo all'art. 47 della legge n. 428/1990 vale a subordinare l'operazione di trasferimento di attività ed il relativo passaggio di dipendenti ad una procedura di informazione ed eventuale consultazione sindacale con le rappresentanze sindacali del soggetto cedente come del cessionario, la cui violazione costituisce ipotesi prevista *ex lege* di condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 Stat. lav. ⁽⁹⁵⁴⁾.

Il concetto di «conferimento» può essere parimenti collegato alla sfera privatistica ed a quella pubblicistica. Dal primo punto di vista, il riferimento è alla nozione di conferimento in società da parte del socio, conferimento che secondo diffusa opinione (non smentita dalla riforma del diritto societario operata dal D.Lgs. n. 6/2003) può avere ad oggetto pressoché qualsiasi entità suscettibile di valutazione economica che si ponga in rapporto strumentale con l'esercizio dell'attività sociale.

Dal secondo punto di vista, il termine evoca l'utilizzo che ne è stato fatto in campo giuspubblicistico a partire dalla L. n. 59/1997, cioè, come precisato dall'art. 1 comma 1 della stessa legge, nel senso di «trasferimento, delega o attribuzione di funzioni e compiti» a Regioni ed Enti locali allo scopo di dar sèguito alla tendenza al decentramento amministrativo che ha trovato un coronamento nella riforma del titolo V parte seconda della Carta costituzionale operata dalla L. cost. n. 3/2001. Tale accezione è ormai diffusa, anche perchè impiegata nei relativi decreti delegati e nelle oltre trenta leggi regionali che ne sono seguite.

Ancor più lato di «conferimento» è il concetto di «trasferimento», il quale nemmeno implica una specifica tipologia di traslazione. Inoltre, diversamente dall'originario art. 62 che richiamava «norme di legge, regolamento o convenzione», nell'art. 31 non vi è alcun cenno alla selezione di determinati strumenti giuridici di cessione.

Il legislatore sembra quindi voler assegnare, anche in ragione di quanto oltre si dirà in tema di trasformazione giuridica dell'ente pubblico, la massima applicabilità alla disciplina lavoristica cui fa rinvio (art. 2112 c.c. ed art. 47 commi 1-4 L. n. 428/1990).

Per quanto invece riguarda l'*oggetto del trasferimento*, questo è definito ancora una volta in maniera ampia ed alquanto generica, trattandosi semplicemente di «attività» svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, e dunque di qualunque compito, nel senso sia di funzione amministrativa implicante esercizio di pubblici poteri, sia di attività materiale⁽⁹⁵⁵⁾.

Sotto questo aspetto non è configurabile una sovrapposizione con la corrispondente nozione del

⁽⁹⁵⁴⁾ Per un quadro delle posizioni dottrinali e delle soluzioni giurisprudenziali, vedi A. Pizzoferrato, *Trasferimento di azienda e rapporti di lavoro*, in F. Carinci (a cura di), *Il Lavoro subordinato*, in *Trattato di Diritto privato* diretto da M. Bessone, tomo II, Torino, Giappichelli, 2007, 597 ss.; sui profili di carattere sindacale D. Izzi, *Il trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno. La dimensione collettiva della tutela*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, 895-903; P. Lambertucci, *Le procedure sindacali nel trasferimento d'azienda dopo le modifiche apportate dal decreto legislativo n. 18 del 2001*, in *Dir. lav.*, 2001, I, 447 ss.

⁽⁹⁵⁵⁾ G. Caia, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, Monduzzi, 2001, 924-928.

settore privato, ove, in base al comma 5 dell'art. 2112 c.c. l'oggetto trasferito deve essere sì una attività, ma con requisiti ulteriori, e cioè un'attività *economica organizzata*, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, ovvero, per quanto riguarda il ramo di azienda, una articolazione funzionalmente autonoma della stessa. Un'indiscutibile differenza consiste nel fatto che l'attività trasferita ai sensi dell'art. 31 può anche non essere "economica", nel senso che, oltre a non aver scopo di lucro come può avvenire anche ai sensi dell'art. 2112 c.c., potrebbe trattarsi di funzioni di interesse pubblico che vengono in tutto o in parte finanziate dalla fiscalità generale, nemmeno quindi permettendo un pareggio di bilancio.

Ciò vale poi in particolare per il caso di trasferimento da pubblico a pubblico: il legislatore pare vedere l'insieme delle amministrazioni pubbliche come un'unica *macro* entità in cui gli assetti organizzativi sono determinati non dalla competizione, ma da scelte "a monte", in senso lato politiche, che la normativa dà per acquisite. Di conseguenza, mentre ai fini del funzionamento delle leggi di mercato e della sopravvivenza delle sole imprese più efficienti è razionale che i lavoratori impegnati in un'attività abbandonata vengano licenziati per eccedenza, è altrettanto ragionevole che, se all'interno di un'organizzazione unica (le amministrazioni pubbliche nel loro complesso) alcune attività iniziano ad essere svolte da una sua articolazione al posto di un'altra, gli addetti a quel settore non vengano licenziati (evitando costi sociali alla collettività e costi economici al datore pubblico), ma continuino ad occuparsi di quella attività presso l'ente che ne è ora incaricato, così oltretutto limitando la dispersione di patrimonio che essi rappresentano in termini di aggregato d'esperienze. Ciò a prescindere da un eventuale passaggio di risorse anche soltanto immateriali o, come afferma l'art. 1 comma 1 lett. b) Dir. n. 01/23/CE, di «mezzi (...) organizzati».

Anche l'uso dell'espressione «trasferimento d'attività» che viene fatto nell'art. 31 D.Lgs. n. 165/2001 va inteso come trasferimento anche solo della semplice investitura alla cura di un determinato interesse pubblico, con una nozione pertanto assai "leggera", anche dal punto di vista quantitativo dell'oggetto del trasferimento.

Resta però che nei casi in cui manchi un trasferimento di beni, soprattutto qualora il passaggio dell'attività non sia lineare ma operi in maniera articolata all'interno di una complessa riorganizzazione, potrebbe apparire problematico riconoscere nitidamente i soggetti e l'oggetto del trasferimento. Ciò a maggior ragione nel caso di passaggio di attività molto circoscritte a cui siano addetti pochi dipendenti, poiché è appunto del tutto lasciata all'interprete l'individuazione dell'entità minima che il trasferimento deve assumere affinché possa essere considerato tale ai fini dell'art. 31.

4. *Segue. Profili soggettivi*

Del tutto indeterminata, poi, è la gamma di enti o soggetti che possono farsi cessionari dell'attività e dei dipendenti: superando l'angusto riferimento dell'art. 62 D.Lgs. n. 29/1993 nella sua prima formulazione alle sole «società private», l'art. 31 apre completamente la fattispecie, disponendo che il trasferimento o conferimento del servizio/attività possa avvenire semplicemente verso «altri soggetti pubblici o privati»; pertanto l'ente destinatario potrà avere qualunque natura – sia pubblica che privata – ed essere dotato di qualsiasi struttura organizzativa, solo eventualmente con scopo di lucro, ed in quest'ultimo caso dalla società di capitali fino all'imprenditore individuale.

Il trasferimento può quindi corrispondere a vicende del tutto eterogenee: da un riassetto di amministrazioni pubbliche appartenenti allo stesso o diverso comparto (semplice snellimento, complessiva riorganizzazione, finanche estinzione) alla cessione da parte del pubblico di talune attività in quanto estranee ai suoi scopi istituzionali, oppure poiché affidate a un soggetto terzo secondo apposite modalità.

In quest'ultima prospettiva, il riferimento è in particolare alle forme di conduzione dei servizi pubblici locali; ciò che in questa sede rileva è la trasmutazione, da datore pubblico a datore privato, che i rapporti di lavoro subiscono nella prima fase di "privatizzazione" (quella formale, o appunto genetica, in cui il gestore pubblico si trasforma in gestore privato in mano pubblica).

Ciò che avviene in occasione della seconda fase di privatizzazione (c.d. sostanziale, quando soggetti privati diventano effettivamente responsabili del servizio, restando quindi alle istituzioni pubbliche una funzione solo regolativa e di supervisione) e, *a fortiori*, nei successivi avvicendamenti tra gestori privati, andrà invece valutato direttamente alla luce dell'art. 2112 c.c., cioè della norma generale di diritto privato.

Pare inoltre utile notare che, in ossequio al principio costituzionale dell'accesso agli impieghi pubblici per concorso, l'inverso caso di passaggio di dipendenti da privato a pubblico naturalmente non è contemplato nell'art. 31 D.lgs n. 165/2001, ma soltanto in sporadiche leggi particolari (es., L. n. 251/1998, sul personale FiMe). Al contrario, però, la Corte di Giustizia CE non ha sottratto nemmeno questa ipotesi dall'efficacia della direttiva ⁽⁹⁵⁶⁾.

5. Le "disposizioni speciali"

Nell'*incipit* dell'art. 31 D.lgs. n. 165/2001 vengono espressamente fatte salve eventuali «disposizioni speciali». Quella predisposta dalla norma vuole rappresentare una disciplina generale applicabile in caso di modificazione soggettiva del datore di lavoro di dipendenti pubblici solo qualora non sia prevista una normativa specifica dal punto di vista dei soggetti, dell'oggetto o, verosimilmente, entrambi.

Infatti, per le cessioni di una certa importanza sono tendenzialmente state introdotte regole *ad hoc*. Si pensi da un lato alle grandi privatizzazioni quali ferrovie, poste, servizi telefonici, enti creditizi; dall'altro lato ai più rilevanti trasferimenti di funzioni dallo Stato a Regioni ed Enti locali, dalle Regioni agli Enti locali (es., L.r. Emilia-Romagna 22 febbraio 2001 n. 5, sulla «disciplina dei trasferimenti di personale regionale a seguito di conferimento di funzioni» a Province, Comuni e camere di commercio), oppure anche dagli Enti locali allo Stato (es., l'art. 8 L. n. 124/1999 e il conseguente decreto interministeriale n. 184/1999 sul personale c.d. Ata).

Inoltre l'art. 31 fa salve non le leggi ma le «disposizioni» speciali, potendo quindi la deroga discendere da fonti di rango secondario; appare però che debba trattarsi di atti pur sempre normativi e non anche provvedimenti, altrimenti sfumando la possibilità di porre un discrimine tra le disposizioni speciali e quelli che semplicemente sono trasferimenti o conferimenti in violazione della disciplina richiamata dall'art. 31 stesso.

⁽⁹⁵⁶⁾ Corte Giust., Ce, 26 settembre 2000, *Mayeur*, C-175/99, in *RaccGC*. 2000, I-7755, caso in cui tuttavia il ricorrente non domandava l'immissione nei ruoli pubblici, ma solo un'indennità per licenziamento illegittimo.

Il rapporto tra norma speciale e norma generale, data la genericità del rinvio, mi pare possa essere quello per cui se la norma speciale nulla dispone in merito, o in deroga, a taluni profili di regolamentazione (ad es. con riguardo allo svolgimento di procedure sindacali che devono accompagnare il trasferimento) si riespande l'ambito di applicazione della norma generale, sì da garantire il *plafond* minimo di garanzie posto dal richiamo alle norme del diritto del lavoro.

6. Le norme della Finanziaria 2008: ipotesi speciali di trasferimento di attività

Non si può allora dubitare del fatto per cui le ipotesi di costituzione di società o enti, o la partecipazione delle amministrazioni in società, consorzi o altri organismi, anche a seguito di processi di riorganizzazione, trasformazione o decentramento (art. 3, comma 30 della legge n. 244/2007), nei limiti previsti dal precedente comma 27 della legge ⁽⁹⁵⁷⁾, rappresentano un caso espressamente previsto dalla legge di trasferimento di attività, destinatario di disciplina speciale.

La norma, in questo caso, non si applica solo alle amministrazioni universitarie ma, naturalmente, a tutte le amministrazioni, comprese le Università, che decidano di gestire i servizi *in house* o non *in house*, mediante società neocostituite o partecipate. La sopravvivenza dell'ente pubblico, diversamente come si vedrà dall'ipotesi specifica dell'art. 16 D.L. n. 112/2008, è qui garantita, essendo oggetto del trasferimento solo attività, singole o plurime, prima svolte dall'amministrazione.

Sotto il profilo lavoristico, la legge sembra far propria una lettura che è già stata dedotta, da taluno, nella formula dell'art. 31 del D.lgs. n. 165/2001; lettura che vale senz'altro a differenziare in modo più netto le ipotesi di trasferimento di attività del settore pubblico da quelle del settore privato.

Nel settore privato, la cessione dei rapporti di lavoro insieme a quella dell'attività (di tutta l'azienda o del ramo) è automatica ed avviene *ipso iure*. Lo scopo dell'art. 2112 è di evitare, da un lato, che i dipendenti rimasti in forza al datore, risultino poi in eccedenza rispetto alle attività trasferite, e dunque possibili destinatari di provvedimenti di riduzione del personale (licenziamenti collettivi); dall'altro di garantire al cessionario una continuità della dotazione in termini di capitale umano che inderogabilmente accompagni l'acquisizione dell'attività.

Il trasferimento di attività potrebbe non essere, invece, nel settore pubblico, automaticamente accompagnato dal trasferimento di risorse umane, oltre che finanziarie e strumentali; quest'ultimo sarebbe l'effetto di una scelta dell'amministrazione, volta ad individuare contingenti di personale che, prima probabilmente, ma non necessariamente, addetti all'attività svolta in proprio dall'Ente, seguono ora l'attività presso il soggetto, privato, neo-costituito. Lo stesso art. 31, dichiarando applicabili le garanzie solo «*al personale che passa*», adombra la possibilità che non tutto il personale addetto all'attività venga trasferito, restando una parte di questo in capo all'amministrazione pubblica cedente.

⁽⁹⁵⁷⁾ Dove il legislatore, preoccupato delle dinamiche di mercato e della concorrenza, pone il divieto di costituire società che abbiano per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Rispetto a tale posizione ⁽⁹⁵⁸⁾, come detto in qualche misura sorretta dal tenore letterale dell'art. 31, appare peraltro preferibile l'opinione volta a ritenere la continuazione presso il cessionario un effetto che il rapporto di lavoro subisce anche nel settore pubblico in modo automatico, *ex lege* ⁽⁹⁵⁹⁾. Ciò non tanto per omogeneità con il settore privato, ove la lettera dell'art. 2112 lascia intendere un passaggio *ipso iure* conformemente a quello che appare l'orientamento della giurisprudenza comunitaria, quanto perché le alternative consistono o nel postulare la necessità per ogni trasferimento o conferimento di un atto che disponga il passaggio individuando i lavoratori interessati, oppure nel lasciare la scelta ai dipendenti. Da un lato, richiedere ogni volta un provvedimento di trasferimento del personale comprimerebbe il campo di applicazione dell'art. 31 D.Lgs. n. 165/2001 alle sole ipotesi in cui tale atto esista ma null'altro prescrivere; dall'altro lato è evidente che per motivi di gestibilità delle riorganizzazioni amministrative non è possibile ammettere, in via generale, una tale dinamica di assenso/dissenso da parte dei dipendenti.

Ciò non esclude, come peraltro di frequente si verifica, la legittimità dell'eventuale scelta del datore pubblico di lasciare ai singoli lavoratori coinvolti l'opzione di restare alle proprie dipendenze, opzione probabilmente gradita soprattutto quando il cessionario sia un soggetto di natura privata. Certo, è opportuno che l'amministrazione conceda una tale facoltà – vedremo, verosimilmente, tramite accordo sindacale – solo qualora risultino adeguati spazi nella propria dotazione organica, in relazione alle residue funzioni dell'Ente a seguito del trasferimento; altrimenti l'opzione per la permanenza nella p.a. potrebbe determinare eccedenze soggette a procedure di mobilità *ex artt.* 33-34 D.Lgs. n. 165/2001, rafforzando così ulteriormente la tesi del necessario automatismo del passaggio di personale.

Si tratta, nella norma della Finanziaria 2008, di trasferimenti a titolo definitivo e non temporaneo di personale, come avviene invece con il diverso istituto dell'assegnazione temporanea (comando): infatti le amministrazioni devono, secondo la legge, a seguito del trasferimento, appunto rideterminare la dotazione organica (art. 3, c. 30 l. n. 244/2007) ⁽⁹⁶⁰⁾. Ai dipendenti che "passano", come dice l'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001, si riferiscono le garanzie dell'art. 2112 c.c., in forza, come si diceva, della generale applicabilità dell'art. 31 al fenomeno, in assenza di diverse specifiche disposizioni in deroga.

Solo che, mentre per l'articolo 31, ancora si può giungere in qualche modo a ritenere, in maniera più pragmatica, che, almeno per l'attività trasferita, i dipendenti ad essa addetti debbano *in toto*

⁽⁹⁵⁸⁾ Sostenuta da A Bianchi, Sub Art. 31, in AA.VV., *Il rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento al D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, supplemento a *Prime note*, 2001, 7, 110; P. Sordi, Sub Art 19, in M. Dell'Olio e B. Sassoni (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo. Commento ai D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387*, Milano: Giuffrè, 2000, 137.

⁽⁹⁵⁹⁾ G. Pellacani, *Trasferimento di attività e servizi pubblici a società miste ex art. 22, l. n. 142/1990 ed effetti sui rapporti di lavoro* (nota a Pret. di Bergamo 24 giugno 1999), in *Lav. pubb. amm.*, 1999, 1307; S. Mainardi, *Trasferimento di attività e passaggio di dipendenti a soggetti pubblici o privati*, in F. Carinci e M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2000, 981-983; D. Casale, *Le esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni fra trasferimento di funzioni e gestione delle eccedenze* (commento a Tribunale di Siena, ordinanze 6 marzo 2003 e 21 maggio 2003, Tribunale di Catanzaro, sentenza 27 novembre 2002), in *Lav. pubb. amm.*, 2003, 959.

⁽⁹⁶⁰⁾ A norma del successivo comma 31, si prevede che «sino al perfezionamento dei provvedimenti di rideterminazione di cui al comma 30, le dotazioni organiche sono provvisoriamente individuate in misura pari al numero dei posti coperti al 31 dicembre dell'anno precedente all'istituzione o all'assunzione di partecipazioni di cui al comma 30, tenuto anche conto dei posti per i quali alla stessa data risultino in corso di espletamento procedure di reclutamento, di mobilità o di riqualificazione del personale, diminuito delle unità di personale effettivamente trasferito».

essere trasferiti ⁽⁹⁶¹⁾, salva diversa determinazione dell'ente; nella norma della L. n. 244/2008, invece, più di un segnale va inequivocabilmente nella direzione contraria: la cessione del contratto di lavoro qui non è affatto automatica, appunto derivando, a monte, da una delicatissima scelta dell'ente, da svolgere secondo procedure sindacali di tipo partecipativo.

Si insinuano, allora, problemi che possono essere facilmente percepiti, ma risultano assai difficilmente risolvibili, se non all'esito di una complessa trattativa sindacale che, con specifico accordo, condivida numeri e soprattutto condizioni del trasferimento.

Poiché la scelta dei contingenti di personale da trasferire è svolta dall'ente in maniera non necessariamente consequenziale alla dimensione e alla natura dell'attività trasferita (cioè secondo il semplice schema: trasferire gli stessi lavoratori prima addetti all'attività gestita dall'ente), si pone anzitutto il problema della scelta delle unità soggette al trasferimento, con inevitabile contenzioso circa i criteri utilizzati dal datore; problema accentuato dal fatto che i contingenti di risorse debbono essere trasferiti, secondo la legge (art. 3, c. 30), «*in misura adeguata*» alle funzioni esercitate mediante le società private neo costituite o partecipate, ed il giudizio di «adeguatezza» espone senz'altro l'amministrazione ad un sindacato difficilmente componibile anche solo in sede sindacale.

Inoltre, non sussistendo alcun automatismo, nel senso sopra esposto, il movimento del personale deve essere correttamente qualificato come una cessione del contratto ai sensi degli artt. 1406 e ss. cod. civ., alla stessa stregua di quanto avviene, in sostanza, secondo espressa disposizione dell'art. 30 del D.lgs. n. 165/2001, nel caso di mobilità per effetto di passaggio diretto. Ma, se di cessione di contratto si tratta, e se i provvedimenti di trasferimento non contengono clausole che prevedano l'esercizio del diritto di opzione da parte dei dipendenti (per la permanenza o, viceversa, per il trasferimento), allora può essere considerata necessaria una manifestazione del consenso da parte del lavoratore, contraente ceduto, alla cessione del contratto al nuovo datore di lavoro proprio ai sensi dell'art. 1406 c.c. ⁽⁹⁶²⁾, con almeno due rilevanti conseguenze sul piano organizzativo: da un lato, l'inevitabile paralisi dell'operazione, almeno laddove il trasferimento di risorse umane risulti strumento indispensabile in termini di costituzione o partecipazione da parte dell'amministrazione alla realtà societaria di riferimento; dall'altro lato, se non c'è, come è molto probabile che non vi sia, adesione totale o anche solo parziale dei lavoratori al processo di trasferimento, si determinerà, una volta trasferita l'attività alla società neocostituita o partecipata, una indebita lievitazione della dotazione organica, che renderà necessaria la gestione delle eccedenze. Del pari, in capo alla società neocostituita o partecipata si porrà l'esigenza di assumere

⁽⁹⁶¹⁾ Secondo un criterio di individuazione dei dipendenti di recente ribadito da Trib. Milano 16 febbraio 2007, in *Not.giur.lav.*, 2007, 711, il quale limita il coinvolgimento dei lavoratori e la conseguente applicazione dell'art. 2112 c.c. ai soli che siano addetti in via esclusiva o principale al ramo di azienda ceduto. La pronuncia segue il principio affermato in precedenza da Cass., 6 dicembre 2005, n. 2668, in *Not. giur. lav.*, 2006, 381; Cass., 18 maggio 1995, n. 5483, *ivi*, 1995, 912; Cass., 21 gennaio 1985, n. 237, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, 593.

⁽⁹⁶²⁾ Prima del d.lgs. n. 18/2001 solo una minoritaria opinione dottrinale affermava, per il settore privato, l'inapplicabilità dell'art. 2112 in caso di trasferimento parziale, deducendo che in tal caso la continuità del rapporto lavorativo era un diritto, quindi rinunciabile, e non un effetto automatico: cfr. in particolare F. Scarpelli, «*Esternalizzazioni*» e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, in *DRI*, 1999, 351 ss, 363. Per un quadro v. De Angelis L. *La tutela del lavoratore ceduto*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2004. In giurisprudenza, nega il diritto del lavoratore di scegliere di restare alla dipendente del cedente, da ultimo, Cass. 1° febbraio 2008, n. 2489, in *Foro it. On line*.

nuovo personale, per garantire idoneo supporto alle attività trasferite.

Ecco allora il prefigurarsi di una prospettiva difficile ma inevitabile di più intenso coinvolgimento delle Oo.Ss. a questo processo di trasferimento dell'attività. Il coinvolgimento – anche per dare un senso all'inciso contenuto nel comma 30: «*sentite le organizzazioni sindacali per gli effetti derivanti sul personale*» che pare configurare al massimo un modulo di tipo partecipativo – deve svolgersi nella corretta osservanza delle competenze e delle procedure sindacali proprie del comparto e dell'intero settore pubblico; osservanza che si farà sempre più netta e significativa alla luce degli imminenti interventi del legislatore sul tema del rafforzamento del ruolo e delle determinazioni datoriali, proprio nei luoghi delle relazioni sindacali di amministrazione dove non è prevista contrattazione, secondo le discipline dei contratti collettivi ⁽⁹⁶³⁾.

Spetta, dunque, all'amministrazione, e non al sindacato, la scelta organizzativa e gestionale relativa alla costituzione/partecipazione alla società; spetta naturalmente all'amministrazione, e non al sindacato, l'individuazione delle attività o servizi da trasferire; spetta all'amministrazione, e non al sindacato, l'individuazione *in misura adeguata* delle quote e dei bacini di personale da trasferire, individuazione poi sottoposta a controllo interno (revisori dei conti) ed esterno (Funzione pubblica e MEF) al fine della segnalazione di eventuali inadempimenti alla Corte dei Conti (art. 3, c. 32, L. n. 244/2007).

Spetta, invece, alla contrattazione collettiva di amministrazione - ai sensi dell'art. 47 L. n. 428/1990, ma anche del Ccnl Università e di altri comparti del settore pubblico, per i quali sono materia di contrattazione integrativa «le implicazioni in ordine alla qualità del lavoro ed alle professionalità dei dipendenti in conseguenza delle innovazioni degli assetti organizzativi, tecnologiche e della domanda di servizi» ⁽⁹⁶⁴⁾, mentre è oggetto di consultazione il «trasferimento di attività» – occuparsi degli effetti derivanti dalla cessione sui rapporti di lavoro e delle misure utili a temperare l'impatto del trasferimento dei dipendenti.

Anzi, se davvero si ritiene, come mi pare possibile ritenere, che occorra qui un consenso dei lavoratori al passaggio individuale, quella sindacale potrebbe essere la sede utile a realizzare una transazione collettiva circa il trasferimento, dove lo strumento contrattuale vale a determinare la possibilità di passaggio dei contingenti individuati, anche a prescindere dalla raccolta del consenso individuale dei lavoratori interessati ⁽⁹⁶⁵⁾.

Ci si può naturalmente interrogare circa l'interesse sindacale a realizzare un accordo su dimensione e tipologia del contingente “adeguato” di risorse umane atto ad accompagnare il trasferimento di attività, dato che qui non esiste un automatismo con riguardo al passaggio dei dipendenti. Questo dipende, per la gran parte, dalla serietà con la quale l'amministrazione si muove alla rideterminazione della dotazione organica ex art. 3, c. 30 della legge a seguito del processo di riorganizzazione, trasformazione o decentramento: in sostanza, l'interesse sindacale dovrebbe

⁽⁹⁶³⁾ L'art. 2, c. 1 del DDL approvato dal Consiglio dei Ministri il 18.6.2008, prevede un esercizio della delega in materia di riforma della contrattazione collettiva nazionale e integrativa volto a «modificare la disciplina della contrattazione collettiva nel settore pubblico al fine di conseguire una migliore organizzazione del lavoro e ad assicurare il rispetto della ripartizione tra le materie sottoposte alla legge e quelle sottoposte alla contrattazione collettiva».

⁽⁹⁶⁴⁾ Cfr. art. 4, c. 2, lett. h) Ccnl Università 9 agosto 2000.

⁽⁹⁶⁵⁾ Si pone qui naturalmente la questione generale, non ancora risolta dalla giurisprudenza con riguardo al settore pubblico, dell'accordo sindacale in perdita e del lavoratore iscritto ad oo.ss. dissenzienti rispetto all'accordo. Per il settore privato v. Cass., 28 maggio 2004, n. 10353, in *Not. giur. lav.*, 2004, 708; Cass., 5 febbraio 1993, n. 1438, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 66.

essere sollecitato da una corretta rappresentazione dell'impossibilità, per l'amministrazione, di riassorbire in tutto o in parte il personale addetto alle attività trasferite, sì da porre le Oo.Ss. nella condizione di poter svolgere il corretto ruolo di mediazione tra le esigenze dell'esternalizzazione e quelle dei dipendenti interessati, nella logica di evitare processi ulteriori di gestione delle eccedenze di personale in capo all'amministrazione cedente.

7. L'art. 16 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112. La trasformazione delle Università in fondazioni di diritto privato

Può essere qualificata come norma speciale rispetto all'art. 31 anche il recente art. 16 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, poi convertito nella Legge n. 133/2008, il quale prevede la «facoltà» di trasformazione delle Università in fondazioni di diritto privato.

Non posso qui che occuparmi dei soli aspetti lavoristici, tralasciando fondamentali questioni che investono in radice la scelta degli Atenei di accedere alla trasformazione, sotto il profilo della *governance*, delle ricadute organizzative, economiche e gestionali, della continuità delle attività istituzionali, di ricerca e didattica.

Anche questa norma prevede una specifica ipotesi di trasferimento di attività, la quale, per vero, non sarebbe identificabile quale trasferimento di azienda secondo la disciplina giuslavoristica, alla luce di una costante giurisprudenza del settore privato che non riconosce nel mutamento della ragione sociale del datore di lavoro una ipotesi di cessione di attività, in quanto il datore resta il medesimo dal punto di vista sostanziale e non vi è novazione soggettiva nel contratto di lavoro⁽⁹⁶⁶⁾. Addirittura, la giurisprudenza ha in passato escluso l'applicazione dell'art. 2112 c.c. proprio al caso della trasformazione disposta per legge di un ente pubblico in società per azioni, laddove i precedenti rapporti di lavoro fossero regolati non dal diritto del lavoro, ma da uno statuto giuspubblicistico, fuoriuscendo così la fattispecie dall'ambito di applicazione della Dir. n. 77/187 CEE⁽⁹⁶⁷⁾.

Qui, però, la trasformazione della natura giuridica del soggetto in questione, da pubblica a privata, comporta l'applicabilità dell'art. 31 D.Lgs. n. 165/2001 o delle norme speciali. Non si tratta infatti di una trasformazione in senso civilistico (ad es. da un tipo societario ad un altro a seguito di delibera dei soci), ma di una trasmutazione su base eteronoma, la quale risulta assimilabile ad un fenomeno di estinzione dell'ente pubblico in questione con contemporanea creazione di un soggetto privato con la medesima o diversa denominazione, al quale viene contestualmente affidata l'attività prima gestita, in via diretta, dalla pubblica amministrazione.

⁹⁶⁶ Cfr. ad es. Cass., 16 aprile 1986, n. 2697, in *Giur. civ. merito*, 1986, e Corte d'A. di Torino 25 maggio 2001, in *Giur. lav.*, 2001, 46, 38. In dottrina, tra molti, R. Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda* – art. 2112 –, in *Il codice civile*, commentario diretto da Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1993, 58; E. Menegatti, *I riflessi del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 sulla nozione di trasferimento di azienda*, in *Lav.giur.*, 2001, 823.

⁹⁶⁷ Cfr. Cass. 15 novembre 2003, n. 17318, in *Riv.it.dir.lav.*, 2004, II, 647, con nota di R. Romei, *Trasformazione da ente pubblico a società per azioni e applicazione dell'art. 2112 c.c.* Si trattava della trasformazione della Azienda di Stato per i Servizi Telefonici in Iritel S.P.A., disposta dalla legge n. 58/1992. Secondo Corte Giust. Ce, 14 settembre 2000, n. C-343/98, pur essendo la direttiva n. 77/187 applicabile anche ai trasferimenti di attività e di servizi attuati da un ente della pubblica amministrazione qualunque sia il mezzo tecnico giuridico utilizzato (e, quindi, anche se i suddetti trasferimenti siano il frutto di decisioni unilaterali della pubblica amministrazione e non di un concorso di volontà), tuttavia la garanzia della continuità dei rapporti di lavoro da essa prevista presuppone che gli interessati, al momento del passaggio dall'una all'altra gestione, «siano stati inizialmente tutelati in quanto lavoratori in base al diritto nazionale nell'ambito del diritto del lavoro», ciò che non si verifica quando il trasferimento comporti il passaggio del lavoratore da uno statuto giuspubblicistico ad un regime di diritto privato del lavoro (v. Cass. 21 maggio 2002 n. 7449).

C'è il passaggio di attività, presumibilmente di tutte le attività delle Università, ad un soggetto privato e, secondo la nozione ampia fornita dall'art. 31, l'art. 16 del Decreto Legge non può che essere identificato come *species* del *genus* contemplato dalla norma del testo unico n. 165/2001. Tanto che, anche qui, si intende un passaggio di dipendenti dall'Università alla Fondazione, realizzato per effetto della trasformazione della natura giuridica del datore, da soggetto pubblico a soggetto di diritto privato. Si realizzano cioè tutte le condizioni di applicabilità dell'art. 31 D.lgs. n. 165/2001, per le parti non regolate dalla norma speciale dell'art. 16 D.L. n. 112/2008, verificandosi appunto un trasferimento di attività da soggetto pubblico a soggetto privato in ipotesi in cui, fra l'altro, non esiste, tra il "prima" e il "dopo", l'ostacolo posto dal diverso regime giuridico applicabile ai rapporti di lavoro: a seguito della c.d. "privatizzazione" del pubblico impiego, ai dipendenti pubblici si applicano, già da tempo, il «codice civile» e le «leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa» (art. 2, c. 2 D.Lgs. n. 165/2001).

La norma è però costruita in modo diverso da quella, appena considerata, dei commi 27 e seguenti dell'art. 3 della legge n. 244/2007; nel senso che la trasformazione del datore non lascia dubbi circa il fatto che il trasferimento riguardi *tutte* le attività e riguardi *tutti* i lavoratori dell'Università, i quali appunto, per effetto inderogabile ed automatico, previsto dalla legge, della decisione di trasformazione, divengono dipendenti della fondazione privata: si dice, all'art. 16, comma 2 del D.L. n. 112/2008, più o meno alla stessa stregua dell'art. 2558 c.c. per il caso di successioni nei contratti aziendali da parte dell'acquirente, che «*le fondazioni universitarie subentrano in tutti i rapporti attivi e passivi e nella titolarità del patrimonio dell'Università*», prevedendo dunque esplicitamente la successione anche nei contratti di lavoro in essere con i dipendenti universitari, i quali, per effetto della trasformazione, diventano dipendenti di un (diverso) soggetto privato.

Mentre, dunque, nell'ipotesi della Legge finanziaria 2008 mi pare che la cessione di attività non comporti, come detto, l'automatico passaggio dei dipendenti alla società neo costituita o partecipata; qui, invece, nel caso di trasformazione in fondazione, il passaggio è, per legge, come nell'art. 2112 c.c., senz'altro automatico, e non abbisogna certo di alcuna forma di consenso da parte del lavoratore-contraente ceduto.

Sicché, la norma dell'art. 16 dedica un solo specifico comma al regime giuridico applicabile al personale tecnico-amministrativo "trasferito" alle dipendenze del nuovo soggetto privato; norma in gran parte pleonastica, perchè, nel prevedere l'applicabilità «*fino alla stipulazione del primo contratto di lavoro*» del «*trattamento economico e giuridico vigente alla data di entrata in vigore della presente norma*», essa non fa altro che condensare e dar per presupposti gran parte dei contenuti di tutela dell'art. 2112 c.c.: continuità del rapporto di lavoro; mantenimento dei diritti derivanti dal rapporto con il datore cedente; mantenimento delle discipline contrattuali collettive (in questo caso quelle del Ccnl del comparto Università e dei relativi contratti integrativi di Ateneo) fino a che esse non vengano sostituite da altro contratto collettivo nazionale o di secondo livello applicabile al cessionario ⁽⁹⁶⁸⁾.

⁽⁹⁶⁸⁾ Si ricorda che Cass. 8 settembre 1999, n. 9545, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 11, 1147 ha fissato il principio per cui «deve ritenersi che solo nel caso in cui l'azienda acquirente non applichi alcun contratto collettivo ai lavoratori ceduti si applichi il contratto collettivo che regolava il rapporto con la precedente azienda, indipendentemente dall'attività svolta dall'impresa acquirente; la preoccupazione della continuità di una copertura contrattuale, invece, non ha più ragione d'essere quando l'impresa acquirente applichi comunque un contratto collettivo, dovendosi in tal caso ritenere che questo contratto *sostituisca immediatamente e totalmente* la disciplina collettiva vigente presso l'azienda alienante e che, secondo i principi generali, detto contratto possa essere modificato anche in peius dalla successiva contrattazione collettiva».

Giocoforza, la norma parla del «primo» contratto collettivo delle Fondazioni universitarie, non essendovi ad oggi alcuna relazione collettiva del settore che deve, via via, essere costituita, sia sul versante della rappresentanza negoziale nazionale delle Fondazioni aderenti, che sul versante delle Oo.Ss. dei lavoratori, naturalmente diverse da quelle che attualmente occupano il comparto Università, già selezionate secondo le regole della rappresentatività sindacale di cui al D.Lgs. n. 165/2001.

La Fondazione potrebbe, nella libertà sindacale datoriale, dare applicazione ad altro Ccnl di categoria del settore privato già esistente ⁽⁹⁶⁹⁾, secondo esperienze da tempo praticate da alcune università private italiane nei confronti del personale tecnico-amministrativo e dalle stesse Fondazioni universitarie costituite ex art. 59, c. 3, l. n. 388/2000⁽⁹⁷⁰⁾. Il comma 13 dell'art. 16 fa però preciso riferimento, con una sorta di rinvio formale contestualmente alla fonte e al *fatto* della stipulazione, ad un primo contratto collettivo delle Fondazioni, già Università pubbliche: il che vale senz'altro ad ammettere la possibilità di realizzare un primo contratto collettivo, di livello aziendale, applicabile alla singola Università trasformata in Fondazione, ma viceversa ad escludere che, nelle more, si dia applicazione ad altri contratti collettivi che non siano quelli, nazionale di comparto ed integrativi, attualmente applicati dagli Atenei.

Piuttosto c'è da chiedersi perché, questa volta in deroga all'art. 2112 c.c., le discipline applicabili siano quelle in atto al momento *dell'entrata in vigore* della norma del D.L. n. 112/2008, e non quelle in atto al *momento della trasformazione*: la norma non prevede discipline transitorie; essa non presenta termini temporali finali circa la delibera di trasformazione da parte degli Organi accademici (è stabilito solo l'effetto della trasformazione dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello della delibera), e dunque non si capisce perché scontare sui trattamenti contrattuali del personale soggetto al passaggio eventuali incrementi retributivi o trattamenti normativi che dovessero intervenire nelle more tra l'entrata in vigore del D.L. n. 112/2008 e la trasformazione in fondazione dell'Ateneo interessato ⁽⁹⁷¹⁾.

Certo, e qui la preoccupazione specie sindacale nel dibattito sino ad ora sviluppatosi in merito all'art. 16 del decreto, si tratta di un salto che, come per il pesce Nemo, avviene per i dipendenti verso il Grande Blu dell'Oceano, abbandonando la più sicura delle barriere coralline. Si esce dal settore pubblico, per essere assoggettati integralmente alle discipline del diritto del lavoro nell'impresa, dalle quali le Fondazioni potrebbero trarre inedite opportunità di gestione più flessibile degli organici in entrata, ma anche in uscita dalle relazioni di lavoro; si esce dalla contrattazione di comparto del settore pubblico verso una contrattazione collettiva del settore privato, dove si incontrano *canyon* sommersi inesplorati e pieni di insidie, in punto di rappresentatività sindacale anche e soprattutto sul versante datoriale; in punto di efficacia del contratto collettivo; in punto di godimento e spartizione dei diritti sindacali.

Forse questa suggestione rivela in maniera efficace una particolare debolezza della norma su un versante, quello lavoristico, che l'esperienza dimostra essere determinante nel governo dei più

⁽⁹⁶⁹⁾ Cfr. ad es. Cass. 8 maggio 2008, n. 11362, in *Foro it Online* e Cass. 5 novembre 1999, n. 12345, in *Not. giur. lav.*, 2000, 1.

⁽⁹⁷⁰⁾ Sulle quali v. R. Finocchi, *Le Università*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, Giuffrè, 2003, 1386 ss. e D. Marchetta, *Le nuove fondazioni universitarie*, in questa *Rivista*, 2001, 761 ss.

⁽⁹⁷¹⁾ La legge di conversione, n. 133/2008, facendo proprio l'emendamento approvato al Senato in data 1° agosto 2008 (Atto Senato n. 949) e trasferito alla Camera per l'approvazione definitiva, prevede unicamente la sostituzione delle parole «presente norma», con quella di «presente decreto», non modificando però la sostanza, qui criticata, della disposizione.

ampi processi di trasformazione e riorganizzazione amministrativa. La “questione del personale” rappresenta la “cenerentola” delle istanze regolative del legislatore; ma i primi segnali di accoglienza rivolti all’art. 16 del decreto dimostrano come proprio la gestione delle risorse umane interessate alla trasformazione costituirà il banco di prova applicativo di maggior impegno per le Università che vorranno muoversi verso questa opportunità nuova, ed integrale, di gestione dei servizi.

8. *Segue. Appunti per il personale docente delle Università*

La debolezza si fa strutturale ove ci si interroghi, infine, sulla sorte dei rapporti di lavoro del personale docente, professori e ricercatori universitari, come noto esclusi dalla contrattualizzazione ai sensi dell’art. 3, c. 2 del D.Lgs. n. 165/2001, e dunque attualmente soggetti ad una disciplina unilaterale, di legge e regolamento, a matrice pubblicistica.

L’art. 16 non parla, infatti, del personale docente, forse presupponendo, il legislatore, che, a norma del 14° e ultimo comma dell’art. 16, le Fondazioni universitarie possano al riguardo continuare ad applicare tutte le disposizioni vigenti per le Università statali, se ed in quanto compatibili con il nuovo assetto regolativo e con la natura privatistica delle fondazioni medesime⁽⁹⁷²⁾. E nulla osterebbe a che, da parte di Fondazioni private, in forza del principio generale di rinvio contenuto nella disposizione di chiusura, si utilizzino le norme statali sullo stato giuridico dei docenti universitari.

In effetti il legislatore utilizza qui la medesima tecnica già collaudata nella legge 29 luglio 1991, n. 243, stesa per le «*Università non statali legalmente non riconosciute*», ove, all’art. 1, si prevede appunto l’operatività delle Università e degli Istituti superiori non statali legalmente riconosciuti «nell’ambito dell’articolo 33, ultimo comma, della Costituzione e delle leggi che li riguardano, nonché dei principi generali della legislazione in materia universitaria in quanto compatibili», mentre all’art. 4 si regola espressamente l’equiparazione, alle Università statali, dei trattamenti di quiescenza dei docenti. Sulla base di tale norma, nelle Università private italiane si è praticata l’estensione delle norme sullo stato giuridico dei docenti, in primo luogo quelle del D.P.R. n. 382/1980 e quelle, di più recente formazione, sul reclutamento, fra l’altro con talune deroghe *ad hoc* rispetto alla normativa di carattere generale specie sul versante dei trattamenti economici⁽⁹⁷³⁾.

Se il terreno in materia è dunque già da tempo dissodato, con facili schemi equiparativi tradotti nelle esperienze statutarie delle Università non statali, nondimeno, data la particolarità ed il carattere innovativo della fattispecie riguardante le Fondazioni di diritto privato, una estensione basata sulla sola norma generale e di chiusura dell’art. 16, c. 14 verrebbe a costituire una qual sorta di opzione minima, potendo senz’altro tale profilo meritare più ampia e specifica riflessione da parte del legislatore.

⁽⁹⁷²⁾ Il comma 14 dell’art. 16 prevede che «Alle fondazioni universitarie continuano ad applicarsi tutte le disposizioni vigenti per le Università statali in quanto compatibili con il presente articolo e con la natura privatistica delle fondazioni medesime».

⁽⁹⁷³⁾ Ad esempio con l’attribuzione di specifiche *indennità di Ateneo*, rapportate al numero ore di docenza, a seguito di specifica contrattazione con rappresentanze di Ateneo dei Professori ordinari e associati (fonte: Università Bocconi di Milano).

Altrove, e di recente, ho cercato di sostenere la assoluta compatibilità di un processo di privatizzazione/contrattualizzazione dei rapporti di lavoro del personale docente delle Università, sia con il quadro costituzionale ⁽⁹⁷⁴⁾ che con la norma dell'art. 3, c. 2 del D.lgs. n. 165/2001, la quale, non a caso, e diversamente da quanto operato con riguardo alle altre categorie di personale escluso dalla "privatizzazione" di cui al comma 1 dell'art. 3, non nega la praticabilità del processo, rinviando ad una apposita disciplina che regoli il rapporto di impiego di professori e ricercatori in armonia con i principi dell'autonomia universitaria ⁽⁹⁷⁵⁾.

È evidente che la trasformazione in senso privatistico del datore di lavoro potrebbe dare innesco ad un altrettanto complesso processo di privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro dei docenti universitari impiegati alle dipendenze del soggetto privato, sia sotto il profilo individuale che, naturalmente, sotto il profilo collettivo e sindacale. Gli effetti di tale deriva privatistica, svolta per il personale docente delle fondazioni, non sono preventivabili, in quanto essa potrebbe far da volano ad un complessivo ripensamento circa la complessiva regolamentazione della docenza universitaria nel nostro Paese, a prescindere dalla natura del datore di lavoro.

Privatizzazione e contrattualizzazione dei docenti risultano non solo possibili dal punto di vista costituzionale ⁽⁹⁷⁶⁾, ma di sicuro praticabili sul versante di una più corretta e moderna impostazione del rapporto tra docenza universitaria ed interessi pubblici assai differenziati perseguiti dall'organizzazione delle Università, così come della reale garanzia della libertà e dell'indipendenza dei docenti universitari.

Sotto il primo profilo, la contrattualizzazione risponderebbe alle esigenze di flessibilità ed autonomia degli Atenei, ormai non più comparabili tra loro in termini omogenei, per dimensioni, per contesto territoriale di azione, per *mission* culturale (prevalentemente di didattica o prevalentemente di ricerca), per risorse disponibili.

La combinazione tra contrattazione collettiva nazionale e decentrata a livello di Ateneo potrebbe favorire una maggiore efficienza e produttività dei docenti ed una più efficace erogazione dei servizi universitari ⁽⁹⁷⁷⁾. Ma, soprattutto, il contratto di lavoro individuale potrebbe rivelarsi adatto a contemperare l'interesse organizzativo della struttura universitaria con l'interesse individuale del docente, il quale troverebbe nel contratto la fonte degli obblighi, ma anche la tutela dei diritti ⁽⁹⁷⁸⁾.

Come è stato rilevato la contrattazione individuale con l'Ateneo consentirebbe poi una effettiva

⁽⁹⁷⁴⁾ Per il quale si rinvia al sempre attuale studio di S. Cassese e A. Mura, *Commento agli artt. 33-34*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1976, 210 e ss.

⁽⁹⁷⁵⁾ S. Mainardi, *Riflessioni su alcune problematiche lavoristiche della carriera universitaria*, Relazione tenuta alla Giornata di Studio *Il pubblico impiego non privatizzato nella più recente normativa e nella giurisprudenza amministrativa*, Roma, Consiglio di Stato, 17 ottobre 2007.

⁽⁹⁷⁶⁾ Sul tema v. M.T. Carinci, *L'ambito di applicazione della privatizzazione: docenti e ricercatori universitari*, in F. Carinci e L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, 2004, spec. 46 e ss.

⁽⁹⁷⁷⁾ Cfr. le esperienze citate alla precedente nota 27.

⁽⁹⁷⁸⁾ Cfr. A. Trojsi, *Il lavoro dei docenti universitari*, in *Lav. Dir.*, 1999, 1, 115-117. Per il dibattito sul tema dello "stato giuridico" v. S. Raimondi, *Lo stato giuridico dei professori universitari tra legge e autonomia statutaria e spinte corporative*, in *Dir. amm.*, n. 2/2002, 209 e ss.

personalizzazione del rapporto di lavoro, anche attraverso la determinazione concreta delle modalità di prestazione e retribuzione per ogni docente declinata su diverse tipologie contrattuali, a termine e a tempo indeterminato, commisurandole alla sua situazione particolare e alla *mission* di Ateneo, contribuendo così anche a rafforzare il legame col docente ⁽⁹⁷⁹⁾. Su questa base, la retribuzione dei docenti, fissata una base minima comune a tutti i contratti dello stesso tipo, potrebbe essere commisurata a seconda della produttività individuale, della tipologia di prestazione e del regime di impegno del docente.

Chiaro, per fare tutto questo, occorrono le risorse, specie con riguardo alla creazione e al finanziamento dinamico di una nuova struttura contrattuale per la docenza, oltre ad un grande investimento sulla capacità della contrattazione collettiva di farsi responsabile nella ricerca di un equilibrio tra soddisfazione economica del docente e tenuta finanziaria degli Atenei, quest'ultima oggi seriamente interessata dall'incidenza anche dei più recenti provvedimenti legislativi ⁽⁹⁸⁰⁾.

La fonte legislativa assumerebbe comunque, in questo settore, un rilievo centrale e particolare: ma occorre una legge leggera, di principi, che si riservi il compito di fissare gli schemi generali e di fungere da punto di riferimento degli ordinamenti universitari.

Sotto il secondo profilo – quello della reale garanzia della libertà e dell'indipendenza dei docenti universitari – il diritto del lavoro ha sempre dimostrato grande attitudine alle curvature rese necessarie dalla specialità del rapporto regolato.

È infondato il timore che una eventuale contrattualizzazione dei docenti faccia sorgere il pericolo di attentati alla libertà didattica-scientifica, perchè la curvatura del diritto privato deve qui naturalmente interessare l'esercizio dei poteri datoriali, a tutela delle garanzie di libertà di ricerca e di insegnamento ⁽⁹⁸¹⁾.

Credo possa qui utilmente essere ricordata l'esperienza dei ricercatori degli enti di ricerca pubblici, il cui rapporto di lavoro risulta da tempo "privatizzato" ed è ormai sottoposto alla disciplina contrattuale, collettiva ed individuale. Non è dubbio, in questi luoghi, che l'art. 2094 del codice civile ed il relativo esercizio dei poteri datoriali di eterodeterminazione della prestazione, di controllo e di disciplina – i connotati della subordinazione – debbano essere interpretati non solo tenendo conto del carattere intellettuale della prestazione, ma anche della norma costituzionale dell'art. 33 che garantisce la libertà di ricerca dei ricercatori, i quali godono, come emerge chiaramente dalle norme del contratto collettivo nazionale di lavoro, della possibilità di auto-determinare in larga parte modalità e contenuti della propria prestazione di lavoro, fermo restando

⁽⁹⁷⁹⁾ A. Trojsi, *op.cit.*, 117.

⁽⁹⁸⁰⁾ Cfr. l'allarme manifestato sulla manovra economica del Governo sull'Università da parte della CRUI, nel documento approvato all'unanimità dall'Assemblea straordinaria del 3 luglio 2008 con riguardo alle misure contenute nel D.L. n. 112/2008, in www.cru.it, dove si considera di «particolare rilievo la presenza, nel decreto-legge in discussione, di un articolo che prevede la possibilità per le Università pubbliche (alle quali devono essere affiancate anche le Università non statali) di trasformarsi in fondazioni di diritto privato, con l'evidente significato di prospettare una via alternativa, che non è peraltro percorribile, anche se si intendesse farlo, partendo da condizioni di dissesto e in assenza di altre garanzie».

⁽⁹⁸¹⁾ Per la scarsa utilità pratica, pur se compatibile con il quadro costituzionale, della privatizzazione dei docenti proprio con riguardo alla temperata incidenza dei poteri datoriali rispetto alle prerogative di libertà di insegnamento e ricerca, v. invece M.T. Carinci, *Docenti e ricercatori universitari*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, Milano, Giuffrè, 2000, 367 e ss.

però (art. 26, c. 1 e 60, c. 1 Ccnl Enti di ricerca) che «*il dipendente conforma la sua condotta al dovere di collaborazione con impegno e responsabilità alla realizzazione dei compiti istituzionali dell'ente, come definiti dalla programmazione scientifica e tecnologica e secondo gli assetti organizzativi propri dell'Ente stesso, rispettando i principi di buon andamento e imparzialità dell'attività da svolgere*» ⁽⁹⁸²⁾.

Mi chiedo quali ostacoli e quali attentati alle libertà costituzionali del docente universitario comporterebbe l'introduzione di norme di tal genere a regolare il rapporto di lavoro di professori e ricercatori, per i quali, naturalmente, potrebbero essere introdotti temperamenti al regime contrattuale anche in sede di verifica, valutazione e controllo dell'adempimento, nonché di repressione delle condotte inadempienti rispetto agli obblighi contrattuali.

Il cammino, pur stimolato da interventi legislativi, come quello in commento dell'art. 16 del D.L. 112, forse poco sensibili alla complessità del fenomeno, è molto lungo e pone passaggi ulteriori ma di centrale difficoltà e rilevanza: *in primis* la creazione di organizzazioni sindacali dei docenti dotate della necessaria capacità rappresentativa e comprese del delicatissimo ruolo del quale verrebbero investite in un regime privatizzato e contrattualizzato di disciplina dei rapporti di lavoro; mentre, su altro versante, la capacità delle Università – trasformate o non trasformate in Fondazioni – di concepire ed interpretare la propria autonomia anche in termini di corretto esercizio dei poteri datoriali nei confronti del proprio corpo docente.

⁽⁹⁸²⁾ Ed ancora, ad esempio, il Ccnl si fa carico del possibile coniugio tra esigenze datoriali e di garanzia di libertà dei ricercatori «*l'orario di lavoro dei ricercatori e tecnologi è di 36 ore medie settimanali nel trimestre e i ricercatori e tecnologi hanno l'autonoma determinazione del proprio tempo di lavoro. La presenza in servizio è assicurata correlandola in modo flessibile alle esigenze della propria attività scientifica e tecnologica, agli incarichi loro affidati, all'orario di servizio della struttura in cui operano, tenendo conto dei criteri organizzativi dell'Ente*».

Manovra economica del 2008, efficienza del processo del lavoro, abuso del processo*

Luigi de Angelis

1. Finalità dell'intervento sul processo.	238
2. La riunificazione (art. 20, commi 7-9).	239
3. Misure di razionalizzazione del processo del lavoro (art. 53).	246
4. Il regime temporale.	253
5. Considerazioni conclusive.	253

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 78/2008

1. Finalità dell'intervento sul processo.

Non manca, nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella l. 6 agosto 2008, n. 133, un leggero (v., però, *infra*, il § finale) intervento sul processo civile, e, segnatamente, sul processo del lavoro. Si tratta di innovazioni aventi finalità d'efficienza anche dalla prospettiva dell'impiego non inutile dell'attività giudiziaria e del contrasto all'abuso del processo, quest'ultimo inteso sia quale modalità d'impiego della tutela giurisdizionale, sia quale svolgimento d'attività interna ai procedimenti (v. ancora *postea*, § 2 e 3). Fermo che il raggiungimento di queste finalità sarà tutto da verificare, si collocano in tale linea, con riguardo al generale contenzioso civile, la riscrittura dell'art. 181 c.p.c. con l'aggiunta dell'immediata estinzione alla cancellazione dal ruolo della causa (art. 50), e la nuova disciplina delle comunicazioni e notificazioni per via telematica, la efficacia della quale è però rimandata alla data che sarà fissata da uno o più successivi decreti (art. 51); soprattutto, e non solo per l'interesse che hanno in questa sede, la riunificazione delle controversie di previdenza e assistenza (art. 20, commi 7-9) e la previsione della motivazione contestuale alla decisione delle controversie di tal tipo e di quelle di lavoro (art. 53).

Quanto alla riunificazione, vi è poi anche uno scopo di contenimento della spesa pubblica, che è in sintonia con gli scopi, indicati anche nella rubrica, del decreto n. 112 e della legge di conversione: la relativa disciplina è stata del resto occasionata da pratiche processuali non nobili invalse soprattutto in certe zone del Paese a danno degli istituti previdenziali (più cause proposte per frazionati arretrati pensionistici ed accessori).

Qui ci si occuperà delle disposizioni, e solo di esse, direttamente riguardanti le controversie di lavoro e di previdenza e assistenza, pur nella consapevolezza che gli interventi sull'art. 181 e sulle notificazioni per via telematica – che avranno efficacia, quest'ultimi, lo si accennava, da una data ancora da determinare - hanno impatto anche su tali controversie: come è noto il processo del lavoro non è *autosufficiente*, e va integrato, pur se nei limiti della compatibilità, con le regole del rito ordinario.⁹⁸³ In particolare, quanto all'art. 181 (e all'art. 309 che richiama la disciplina dell'art. 181), la giurisprudenza di legittimità si è da tempo consolidata nel senso dell'applicazione di tali disposizioni anche al rito del lavoro,⁹⁸⁴ così mettendo a sopire le tensioni sviluppatesi in dottrina tra i giudici di merito e nella stessa corte di cassazione, e che avevano portato alle soluzioni più disparate.⁹⁸⁵ Non c'è però da stupirsi se la questione sia riaperta dalla lettura radicale del principio di ragionevole durata del processo, che ha fatto ribaltare molto di recente, dalle sezioni unite della corte di cassazione, consolidati enunciati di legittimità in materia di conseguenze della mancata notificazione dell'atto d'appello e dell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo.⁹⁸⁶

⁹⁸³ Tra le recenti, Cass. 12 aprile 2006, n. 8621, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Lavoro (controversie)*, n. 107.

⁹⁸⁴ Tra le molte, Cass., Sez. Un., 25 maggio 1993, n. 5839, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 540, con nota di F. CENTOFANTI, *L'inattività delle parti nel rito del lavoro ed il nuovo orientamento della corte di cassazione*; 5 maggio 2001, n. 6334 e n. 6326, in *Giur. it.*, 2001, c. 2246, con nota di G. TESORIERE, *Appello in materia di lavoro e inattività delle parti*.

⁹⁸⁵ Cfr. L. de ANGELIS, in F. Carpi, M. Taruffo (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, V ed., Cedam, Padova, 2006, p. 1204, ed *ivi* richiami.

⁹⁸⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 30 luglio 2008, n. 20604, sollecitata da Cass., ord. 3 ottobre 2007, n. 20721, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 689, con nota di M. COMASTRI, *La disciplina del rito del lavoro al vaglio del principio della ragionevole durata del processo*.

2. La riunificazione (art. 20, commi 7-9).

È appunto rimeditandosi i precedenti approdi⁹⁸⁷ che, sempre le sezioni unite,⁹⁸⁸ hanno affermato che al creditore non è consentito agire in giudizio per chiedere l'adempimento frazionato, contestuale o sequenziale, di un credito unitario. Lo si è fatto facendosi leva, sul piano sostanziale, sulla regola di correttezza e buona fede quale espressione dei doveri di solidarietà di cui all' art. 2 cost.,⁹⁸⁹ e, sul piano processuale – è questa la novità rispetto ai precedenti, anche lontani, contrari al frazionamento delle domande - sul canone del giusto processo, letto alla luce del duplice obiettivo della predetta ragionevole durata del medesimo e della giustizia della risposta alla domanda della parte; giustizia che «non potrebbe essere ove frutto di abuso, appunto nel processo, per esercizio dell' azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell' interesse sostanziale, che segna il limite, oltretutto la ragione dell' attribuzione, al suo titolare, della *potestas agendi*».⁹⁹⁰ È del resto da diversi anni che la giurisprudenza di legittimità invoca, in chiave interpretativa, il principio costituzionale del giusto processo,⁹⁹¹ a ragione o a torto, sostenendo che la costituzionalizzazione del principio «impone all' interprete una nuova sensibilità ed un nuovo approccio interpretativo per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico-concettuale ma anche, e soprattutto, per il suo impatto operativo sulla realizzazione di detto obiettivo costituzionale»⁹⁹²: qualcuno, con un po' d' ironia, ha scritto di «eterno e obliquo valore del giusto processo»⁹⁹³ e, qualcun altro, di richiamo retorico a confermare la bontà, nelle ricadute di sistema, di soluzioni giustificate *aliunde*.⁹⁹⁴

Ha condivisibilmente sottolineato le buone intenzioni della menzionata pronuncia sulla domanda frazionata chi, pure, non ha mancato di porre in luce i profili di debolezza tecnica, su entrambi i

⁹⁸⁷ Cfr. Cass., S.U., 10 aprile 2000, n. 108, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2268, con nota di R. MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*; anche in *Giur. it.*, 2001, c. 1143, con nota di A. CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale «frazionata» in più processi?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, c. 506, con nota di V. ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*; in *Dir. giur.*, 2002, p. 443, con nota di E. SENA, *Richiesta di adempimento parziale e riserva di azione per il residuo: l'orientamento delle sezioni unite della cassazione*; su tale sentenza, altresì, diffusamente, e in chiave critica, F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta Contributo allo studio sull' abuso dell'azione giudiziale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 205 ss. Per la precedente giurisprudenza, a partire da Cass. 27 marzo 1957, n. 1059, in *Giur. it.*, 1957, I, c. 399, con nota di E. ALLORIO, *Giudicato di domanda parziale*, cfr. F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., pp. 183 ss., 189 ss., ed *ivi*, 210 ss., l'illustrazione delle soluzioni prospettate dalla dottrina.

⁹⁸⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1514, con nota redazionale di A. Palmieri e R. Pardolesi, cui si rinvia per i precedenti, e note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, e di R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*

⁹⁸⁹ A correttezza e buona fede si erano rifatte le pronunce di legittimità contrarie al frazionamento, sin da Cass. 27 marzo 1957, n. 1059, cit.; per l'utilizzo di tali canoni nella prospettiva dell'abuso del diritto, in particolare, cfr. Cass. 23 luglio 1997, n. 6900, in *Giur. it.*, 1998, c. 889, con nota di A. RONCO, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del petitum di condanna fondato su un'unica causa petendi o su cause petendi dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*, ovvero, dell'eccesso di potere, Cass. 8 agosto 1997, n. 7400, *ibid.*

⁹⁹⁰ Così Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, cit.

⁹⁹¹ Si vedano i casi e le decisioni richiamate in Cass., Sez. Un., 30 luglio 2008, n. 20604, cit., secondo cui il principio della ragionevole durata del processo «è divenuto punto costante di riferimento nell' ermeneutica delle norme processuali e nell' individuazione del loro ambito applicativo».

⁹⁹² Cass., Sez. Un., 30 luglio 2008, n. 20604, cit., sulla scia della richiamata Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2007, n. 4636, in *Resp. e risarcimento*, 2007, fasc. 11, p. 15, con nota di R. MASONI.

⁹⁹³ Cfr. R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito*, cit., c. 1525.

⁹⁹⁴ Cfr. M. COMASTRI, *La disciplina del rito del lavoro*, cit., p. 689.

piani suddetti.⁹⁹⁵

Altrettanto buone appaiono le finalità della “riunificazione” ora introdotta dall’ art. 20, commi 7-9, d.l. n. 112 cit., che sembra muoversi nella medesima direzione di quel *dictum* – meglio, però, lo si è accennato e ci si ritornerà, nella direzione del contrasto all’ abuso *nell’ ambito del processo* - nel dettare una articolata disciplina che comprende pure la fase esecutiva. E anche ora la tecnica, in questo caso di redazione degli enunciati, non è esemplare, e ciò nonostante le correzioni apportate dalla legge di conversione ad un testo *impossibile*.⁹⁹⁶

L’art. 20, commi 7-9, cit., che, si è visto, è stato pensato come risposta al frazionamento di domande pensionistiche, riguarda però tutte le controversie di previdenza e assistenza sociale, e non solo quelle pensionistiche, e comprende anche le controversie di previdenza e assistenza non obbligatorie: a differenza di quanto previsto dall’ art. 442 c.p.c. (e dall’ art. 444), e in conformità al dettato dell’art. 151 disp. att. c.p.c., nessuna limitazione di sorta è infatti contenuta nel testo. L’articolo in parola non è invece applicabile alle controversie di lavoro, per le quali è però utilizzabile l’approdo giurisprudenziale sopra riportato. In proposito, non pare potere dare un contributo nella direzione opposta, quale argomento *a contrariis*, la introduzione della disciplina in esame, che, lo si vedrà subito appresso, prevede un’articolazione specifica che la fa considerare regolamentazione speciale rispetto alla generale regolamentazione del processo civile, come tale applicabile anche alle controversie di lavoro.

Appunto l’art. 20, commi 7-9, recita:

<<7. A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto , nei procedimenti relativi a controversie in materia di previdenza e assistenza sociale, a fronte di una pluralità di domande o di azioni esecutive che frazionano un credito relativo al medesimo rapporto, comprensivo delle somme eventualmente dovute per interessi, competenze e onorari e ogni altro accessorio, la riunificazione è disposta d' ufficio dal giudice ai sensi dell' articolo 151 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368.

8. In mancanza della riunificazione di cui al comma 7, l'improcedibilità delle domande successive alla prima è dichiarata dal giudice, anche d' ufficio, in ogni stato e grado del procedimento. Analogamente, il giudice dichiara la nullità dei pignoramenti successivi al primo in caso di proposizione di più azioni esecutive in violazione del comma 7.

9. Il giudice, ove abbia notizia che la riunificazione non è stata osservata, anche sulla base dell'eccezione del convenuto, sospende il giudizio e l'efficacia esecutiva dei titoli eventualmente già formati e fissa alle parti un termine perentorio per la riunificazione a pena di improcedibilità della

⁹⁹⁵ V. la nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, e quella di R. CAPONI, citt.

⁹⁹⁶ Il testo dei commi 7-9 dell’art. 20 del d.l. n. 112 del 2008 era il seguente:

“7. A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, nei procedimenti relativi a controversie in materia di previdenza e assistenza sociale, a fronte di una pluralità di domande che frazionino un credito relativo al medesimo rapporto, comprensivo delle somme eventualmente dovute per interessi, competenze e onorari e ogni altro accessorio, la riunificazione è disposta d'ufficio dal giudice ai sensi dell'articolo 151 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile.8. In mancanza della riunificazione di cui al comma 7, l'improcedibilità della domanda può essere richiesta dal convenuto in ogni stato e grado del procedimento, ivi compresa la fase esecutiva.

9. Il giudice, ove abbia notizia che la riunificazione non è stata osservata, anche sulla base dell'eccezione del convenuto, sospende il giudizio o revoca la provvisoria esecutività dei decreti e fissa alle parti un termine perentorio per la riunificazione”.

domanda>>.

Si è, lo si ripete, di fronte ad una disciplina specifica, che si aggiunge a quella dell'art. 151 disp. att. c.p.c., in presenza (congiunta) delle suddette condizioni: a) si tratti di controversie di previdenza e assistenza sociale (da chiunque azionate), in esse comprendendo anche quelle di previdenza e assistenza non obbligatorie, quali la previdenza complementare; b) vi sia frazionamento di domande o azioni esecutive inerenti lo stesso credito.

A quest' ultimo proposito, il "rapporto" cui il testo si riferisce è il medesimo, singolo rapporto obbligatorio, e non il rapporto previdenziale o assistenziale, come si ricava dall' inciso successivo del comma 7, che in esso "comprende" anche interessi, competenze, onorari e ogni altro accessorio. La *ratio* antiabusiva della disciplina, la collocazione nella parte finale del comma dei termini "ogni altro accessorio" e la testualità totalizzante fanno poi ritenere, che accessorio siano non solo gli esborsi, le spese generali e quanto inerisca al costo del giudizio, ma anche l'eventuale risarcimento del danno da svalutazione.

Si diceva, *ratio* antiabusiva della disciplina, la quale deve altresì concorrere ad aiutare nell' individuazione *sub specie* dell'art. 20 d.l. n. 112 cit., non sempre facile, del medesimo, singolo rapporto obbligatorio, e quindi del credito illegittimamente frazionato in via giudiziale. Un esempio, *a contrariis*, di notevole interesse pratico, può a sua volta essere di aiuto a spiegarci: la domanda, azionata dagli enti competenti anche in via di ordinanza-ingiunzione, che riguardi periodi contributivi differenti maturati successivamente all' emissione dell'ordinanza stessa, è fuori dal campo di applicazione della norma. Non vi è, infatti, frazionamento se gli elementi costitutivi del credito, ossia del singolo rapporto obbligatorio, non si siano perfezionati al momento della domanda: in tal caso i crediti sono diversi, e non è del resto neppure ipotizzabile una tensione con la finalità antiabusiva di cui si è detto. L'opposto è, invece, se si azionino con distinte ordinanze-ingiunzioni, sempre per stare all' esempio prima fatto, crediti contributivi già maturati.

La riunificazione è concepita quale obbligo per il giudice, in una prospettiva di contrasto dell' abuso nell'ambito del processo (v. *infra*, § 3);⁹⁹⁷ ancor prima, l' unitarietà processuale è vista come obbligo per la parte attrice, in una logica di opposizione ad una forma di abuso del processo⁹⁹⁸ questa volta dalla diversa angolazione della modalità d' impiego della tutela giurisdizionale:⁹⁹⁹ attraverso un meccanismo articolato si intende dunque contrastare più modi di utilizzazione impropria del processo.

È la perentorietà del dettato del comma 7 dell'art. 20, per il quale la riunificazione dei procedimenti è "disposta d' ufficio dal giudice", a significare che appunto si tratti di obbligo e non di potere discrezionale del giudice. Obbligo la cui violazione potrà rilevare sul piano disciplinare,

⁹⁹⁷ Cfr. V. ANSANELLI, *Rilievi minimi*, cit., p. 507.

⁹⁹⁸ Sull'abuso del processo del lavoro si vedano, in particolare, i contributi di vario segno in AA. VV., *L'abuso del processo del lavoro*, Atti del convegno di studi sul tema (Messina, 28-29 ottobre 1994), a cura di V. Panuccio, Giuffrè, Milano, 1997; L. de ANGELIS, *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, pp. 339 ss.

⁹⁹⁹ Sulle differenti forme d' abuso del processo cfr. M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in AA. VV., *Diritto privato* 1997, III, *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998, 437 ss., che tra gli esempi di abuso della tutela giurisdizionale porta quello della «moltiplicazione di cause riferite alla medesima situazione giuridica»; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo II Diritto positivo*, Cedam, Padova, 2000, pp. 132 ss.

Circa le difficoltà incontrate nell'elaborazione di una nozione autonoma di abuso del processo e circa le ragioni del ritardo della medesima, cfr. V. ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Dig. IV ed. - disc. priv. - sez. civ., Appendice*, I, A-G, 2007, pagg. 1 ss.; A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in AA. VV., *Diritto privato* 1997, III, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 459 ss.

amministrativo e civilistico, naturalmente ricorrendone tutte le condizioni previste dai relativi sistemi.

Quanto all'obbligo per l'attore, lo si evince dalla contemplata conseguenza, a danno appunto della parte attrice (in via cognitiva o esecutiva), dell'improcedibilità delle domande successive alla prima (e non di provvedimenti giudiziari), e della nullità dei pignoramenti successivi al primo, stabilita dal comma 8 dell'art. 20.

Non sono invece interessati dalla disciplina i difensori, per i quali, pure, lo si è rilevato in dottrina,¹⁰⁰⁰ la previsione di sanzioni per abuso del processo dovrebbe essere essenziale, loro essendo i <<responsabili principali delle scelte nel processo>>.¹⁰⁰¹ E proprio a scelta del difensore è ricollegabile un notissimo caso di abuso dello strumento processuale, in specie del regolamento preventivo di giurisdizione, che fu stigmatizzato dalla corte di cassazione nella metà degli anni '80 del secolo scorso in una (giustamente) famosa sua decisione,¹⁰⁰² la quale contribuì a formare il clima che nel 1990,¹⁰⁰³ finalmente accogliendosi le sollecitazioni della dottrina, portò a sopprimere la sospensione automatica del processo appunto in caso di regolamento di giurisdizione.

L'uso del termine *riunificazione*, diverso da quello di *riunione* adottato dalla legge processuale, sembra allora avere una ragione. Il primo termine si distingue, innanzitutto, dall'altro in quanto, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'art. 151 contempla non l'obbligo ma il potere discrezionale del giudice (di merito) di riunione delle controversie connesse anche per identità totale o parziale di questioni.¹⁰⁰⁴ È vero, in proposito che si è arrivati a tale risultato non attraverso la svalutazione della inequivoca (nel senso dell'obbligo) prima parte del testo dell'art. 151 disp. att., quale sostituito dall'art. 9 l. 11 agosto 1973, n. 533¹⁰⁰⁵ (<<...dev'essere sempre disposta dal giudice...>>), ma insistendosi, piuttosto, sulla restante parte ... (<<salvo nelle ipotesi che essa rende

¹⁰⁰⁰ Cfr. A. DONDI, A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 197.

¹⁰⁰¹ A. DONDI, A. GIUSSANI, loc. ult. cit.

¹⁰⁰² Cass., ord. 3 novembre 1986, n. 628, in *Foro it.*, 1987, I, c. 58, con nota di richiami, nota di C.M. BARONE, F. CIPRIANI, A. PIZZORUSSO e A. PROTO PISANI, *Regolamento di giurisdizione, deontologia forense e credibilità delle sezioni unite*, e requisitoria del procuratore generale M. CARISTO.

¹⁰⁰³ V. art. 61 l. 26 novembre 1990, n. 353.

¹⁰⁰⁴ Cfr., tra le altre, Cass., 11 febbraio 2004, n. 2649, in *Informazione prev.*, 2004, p. 290, secondo cui la mancata riunione di cause in materia di lavoro e previdenza non è prevista dalla legge come causa di nullità processuale estesa agli atti successivi, fino alla sentenza, e pertanto non può essere dedotta come motivo di ricorso per cassazione; la relativa facoltà configura comunque un potere discrezionale del giudice di merito, il cui mancato uso, implicante una valutazione di fatto circa la gravosità della riunione, o l'eccessivo ritardo del processo che ne conseguirebbe, non è censurabile in sede di legittimità; Cass., 21 dicembre 2001, n. 16152, e 25-5-2001, n. 7173, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce cit., n. 145 e n. 146, che hanno altresì specificato che non è richiesta espressa e specifica motivazione circa la eccessiva gravosità della trattazione unitaria e l'eccessivo ritardo che comporta, e, la più recente, che le finalità di economia processuale e di uniformità delle decisioni relative a casi identici, cui è diretta l'art. 151 possono utilmente essere perseguite anche attraverso la trattazione di più cause riunibili nella medesima udienza e davanti allo stesso giudice, verificandosi in tale evenienza una situazione sostanzialmente assimilabile a quella del *simultaneus processus* in senso tecnico.

¹⁰⁰⁵ Il testo dell'art. 151, quale sostituito dall'art. 9 l. 11 agosto 1973, n. 533 è il seguente:

<<La riunione, ai sensi dell'articolo 274 del codice, dei procedimenti relativi a controversie in materia di lavoro e di previdenza e di assistenza, connesse anche soltanto per identità delle questioni dalla cui risoluzione dipende, totalmente o parzialmente, la loro decisione dev'essere sempre disposta dal giudice, salvo nelle ipotesi che essa renda troppo gravoso o comunque ritardi eccessivamente il processo.

Le competenze e gli onorari saranno ridotti in considerazione della unitaria trattazione delle controversie riunite>>.

troppo gravoso o comunque ritardi eccessivamente il processo...>>). Ma è pur vero che tale inciso, all'interno della disposizione, lungi dal trasformare in potere discrezionale un dovere, si limitava ad inserire, con la tecnica della norma generale,¹⁰⁰⁶ alcune eccezioni.

La lettura più corretta dell'art. 151 era dunque quella per cui esso era stato costruito, nel 1973, nel senso di prevedere l'obbligo di riunione, eccettuabile nei due casi dell'eccessiva gravosità del processo e dell'eccessivo ritardo: tale lettura non è però stata accolta dal diritto vivente. L'art. 19, comma 1, lett. f), d. lgs. n. 40 del 2006, oltre che estendere espressamente all'appello, attraverso la sua ultima frase, la disciplina dell'art. 151, a tali eccezioni ha a sua volta derogato, imponendo il ritorno alla regola per il caso in cui le controversie si trovino nella stessa fase processuale, ma anche questa volta, con andamento altalenante, con la salvezza di gravi e motivate ragioni. Dunque: obbligo di riunione, eccettuabile in due ipotesi ma non se i procedimenti siano nella stessa fase, in quest'ultimo caso salvo che per gravi e motivate ragioni.

Bene, se è vero che il giudice di legittimità non si è ancora pronunciato sul più rigoroso testo dell'art. 1, comma 1, lett. f), è altrettanto vero che comunque quest'ultimo, come del resto il precedente, non preveda la conseguenza dell'improcedibilità (dalla quale, come si è detto all'inizio del presente paragrafo, si ricava l'esistenza dell'obbligo di proposizione unitaria della domanda a carico della parte). Riunione e riunificazione fanno quindi capo a posizioni, pubbliche e private, differenti.

Sul piano delle finalità, la riunione, e non la riunificazione, vuole poi contrastare soprattutto il fenomeno del contenzioso di massa,¹⁰⁰⁷ mentre la riunificazione è volta essenzialmente ad opporsi al descritto uso distorto della tutela giurisdizionale anche a fini di risparmio della spesa pubblica. C'è poi, riguardo alla stessa, la marginalità della *ratio*, anch'essa sottesa all'art. 151 disp. att. c.p.c. (e agli artt. 273 e 274 c.p.c.), di evitare pronunce difformi sulle medesime fattispecie. Tale finalità è anzi del tutto assente per quel che concerne le azioni esecutive.

Ancora, e, sul piano concettuale soprattutto, a differenza di quel che è per la riunificazione (v. *infra*), neppure la formulazione del 2006 obbliga al simultaneo processo ove le cause pendano avanti giudici diversi. Sempre la riunificazione, è prevista anche per le azioni esecutive, per le quali si riteneva applicabile, e solo in via giurisprudenziale, l'art. 273 c.p.c., inerente, però, la stessa causa.¹⁰⁰⁸

Il termine riunificazione, dunque, pur se non indispensabile, sembra avere qualche proprietà identificativa, e, cioè, una sua dignità concettuale.

Si è detto dell'obbligatorietà della nuova disciplina, della materia che la riguarda, del suo indirizzarsi al procedimento di cognizione e a quello d'esecuzione di qualunque tipo (comma 7), della improcedibilità (comma 8).

L'obbligatorietà di procedere d'ufficio, e ad un tempo il potere di riunire che ha il giudice *ex art.*

¹⁰⁰⁶ Intesa come regola completa costituita da una fattispecie che descrive non un singolo caso o un gruppo di casi, ma una generalità di casi definiti mediante una categoria riassuntiva, a differenza della clausola generale intesa come regola incompleta che si completa da parte del giudice attraverso il ricorso a *standard* o regole sociali: cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, pp. 9 ss.; altresì A. di MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, *ibid.*, 1984, p. 540.

¹⁰⁰⁷ Cfr. G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, V ed. (aggiornata da GUARNIERI), Giuffrè, Milano, 2008, pp. 148 ss.

¹⁰⁰⁸ Cfr. Cass. 22 luglio 1991, n. 8164, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Esecuzione in genere*, n. 14.

151, potrebbe far pensare alla disposizione del comma 9 come ad un *non sense*, laddove si ritenga che destinatario della regola sia lo stesso giudice – inteso anche come stesso ufficio - davanti al quale pendano i due o più procedimenti. Infatti, il giudice, si è visto, può, e anzi deve, provvedere immediatamente alla riunificazione dei procedimenti pendenti davanti a lui. Perché, allora, dovrebbe sospendere il giudizio e l'efficacia esecutiva dei titoli eventualmente formati, fissando peraltro alle parti un termine perentorio, sanzionato con l'improcedibilità della domanda, per la riunificazione, come dispone il richiamato comma 9?

D'altronde, ove i procedimenti pendano avanti a differenti magistrati dello stesso ufficio, ognuno di loro che abbia cognizione della pendenza ha l'obbligo di riferire al capo dell'ufficio a che provveda all'assegnazione al medesimo giudice, che a sua volta dovrà disporre la riunione. Anche in questo caso, allora, si porrebbe lo stesso interrogativo.

Il senso della disposizione va dunque ricercato sul presupposto che le cause pendano davanti a giudici (cioè: uffici) diversi, come può verificarsi, data l'unicità in materia del criterio principale di competenza per territorio (v. art. 444, 1° e 3° co., c.p.c.), solo ove le cause siano state introdotte avanti giudici differenti in applicazione dei criteri sussidiari di cui agli artt. 18 e 19 c.p.c.¹⁰⁰⁹ (ad esempio, alla domanda giudiziale avente ad oggetto trattamento pensionistico proposta da un cittadino italiano che risieda all'estero), o per il mutamento delle condizioni di fatto (si pensi al mutamento della residenza dell'attore) in base alle quali opera il criterio attributivo della competenza. Il che implica che l'art. 20, comma 7, cit., contenga in sé anche la regola – assai peculiare - per la quale, nel caso *ivi* contemplato, il simultaneo processo avanti il giudice adito per primo ha luogo - deve avere luogo – anche se i procedimenti successivi siano stati proposti, e in applicazione corretta dell'art. 444 c.c.p. - davanti a giudici diversi. Si rammenta, al riguardo, che nei procedimenti il cui atto introduttivo è il ricorso, e, segnatamente in quelli di lavoro, la pendenza avviene, secondo l'indirizzo che ha prevalso, già con il deposito del medesimo;¹⁰¹⁰ più in generale, al ricorso si collegano gli effetti processuali, e alla notificazione del medesimo e del decreto di fissazione dell'udienza di discussione gli effetti sostanziali.¹⁰¹¹ E si sottolinea che l'anticipazione degli effetti di cui all'art. 410, comma 2, c.p.c., che ha peraltro aperto rilevanti questioni, è estranea alla pendenza della lite.

Fino a quando, dunque, i procedimenti frazionati, cognitivi o esecutivi, pendono, se ne deve disporre la riunione nell'ambito dello stesso ufficio, ovvero, se la pendenza è tra uffici diversi, devono sospendersi i successivi – e l'efficacia esecutiva degli eventuali titoli esecutivi – con assegnazione alle parti di un termine per la riunificazione: *id est*, risolvendosi l'ellissi del testo, per riassumere i procedimenti successivi avanti il giudice del primo, che provvederà alla riunione.

Potrà però verificarsi che non si sia provveduto alla riunificazione, per mancata notizia della pendenza duale o plurima o per qualsivoglia altra ragione, ed è questo il caso disciplinato dal comma 8. Più precisamente, tale ipotesi ricorre solo laddove non vi sia pendenza di uno o più procedimenti inerenti i crediti frazionati: altrimenti, infatti, si deve procedere nei termini sopra esposti.

¹⁰⁰⁹ Applicabili anche al processo previdenziale: cfr. Corte cost., ord. 21 gennaio 1988, n. 75, in *Giur. cost.*, 1989, I, 205. Si sottolinea come tali disposizioni contengano anche criteri concorrenti: cfr. L. PASSANANTE, in F. Carpi, M. Taruffo (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 64 e 68.

¹⁰¹⁰ Tra le tante, Cass., Sez. Un., 11 maggio 1992, n. 5597, in *Foro it.*, 1992, I, c. 2089, con nota di G. COSTANTINO, *Successione di leggi nel tempo, criteri di competenza e controversie relative a rapporti di lavoro*.

¹⁰¹¹ Per tutti, G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, cit., pp. 99 ss., ed *ivi*, alle note 39 ss. esaurienti riferimenti.

Se, invece, uno o più procedimenti siano ancora pendenti ma ne sia già stato deciso altro (o altri) con pronuncia non passata in giudicato, andrà dichiarata l'improcedibilità delle domande successive. La pronuncia non dovrà, appunto, essere passata in giudicato in quanto, altrimenti, l'improcedibilità si risolverebbe, al di là delle intenzioni della legge, in preclusione definitiva della tutela giurisdizionale di una parte di credito.

Ove però i processi pendenti si occupino di domande precedentemente introdotte (e quindi siano stati decisi uno o più procedimenti instaurati posteriormente), dovranno essere i giudici delle impugnazioni a provvedere ("in ogni stato e grado del procedimento"), come avverrà se per tutti vi sia già stata pronuncia.

Questo con riguardo ai procedimenti di cognizione,¹⁰¹² per i quali, quindi, la su accennata resistenza all'abuso del processo è stata costruita attraverso un sistema complicato ma circolarmente rigoroso, che, per essere così articolatamente normativizzato, rappresenta una novità di rilievo nel panorama, tuttora non privo di aspetti pionieristici ma sempre meno elitario, del contrasto appunto all'abuso del processo.¹⁰¹³ E c'è da domandarsi se una disciplina di tal tipo, che si aggiunge alle scarse disposizioni processuali in materia,¹⁰¹⁴ non possa concorrere, con l'altra di cui si tratterà nel successivo paragrafo, allo sviluppo della elaborazione culturale in argomento; in particolare, all'utilizzo del contrasto all'abuso del processo come canone interpretativo delle disposizioni processuali. Un ulteriore contributo ad una ricostruzione sistematica in tal senso può venire poi anche da alcune delle disposizioni processuali contenute nel disegno di legge collegato alla finanziaria approvato dalla Camera dei deputati il 2 ottobre 2008,¹⁰¹⁵ come quelle in tema di condanna alle spese e di responsabilità aggravata.¹⁰¹⁶

Tale canone interpretativo appare più appropriato di quello della ragionevole durata, almeno come letto ed utilizzato dalla sopra menzionata giurisprudenza di legittimità. È stato infatti puntualmente osservato¹⁰¹⁷ che la lettura della corte di cassazione, per un verso, facendo ricorso ai valori sostanziali della buona fede e correttezza, non può chiudere la strada a valutazioni flessibili e concrete degli opposti interessi di creditore e debitore; per un altro verso, sconta un angolo visuale che guarda al singolo processo e trascura il rapporto con l'organizzazione delle risorse dell'amministrazione della giustizia e, quindi, con la gestione dell'insieme dei processi.

Quanto alle azioni esecutive, ove non si sia applicata la normativa sopra illustrata ed i procedimenti non si siano esauriti, ricorre la nullità del pignoramento (che travolgerà gli atti successivi), che andrà dichiarata dal giudice. Il quale non è ovviamente il giudice dell'esecuzione, che in linea di principio non può pronunziare sentenze¹⁰¹⁸ – come sarebbe invece in questo caso – ma è il

¹⁰¹² Anche sommaria, alla stregua della ampia formulazione, identica, *in parte qua*, a quella dell'art. 151 disp. att. c.p.c., di "procedimenti relativi a controversie in materia ... di previdenza e assistenza sociale". Per tali procedimenti il frazionamento dei crediti, astrattamente possibile, è in concreto non effettuato.

¹⁰¹³ Per aggiornati riferimenti bibliografici sul tema dell'abuso del processo cfr. V. ANSANELLI, *Abuso del processo*, cit., p. 1.

¹⁰¹⁴ Indicazioni in proposito in V. ANSANELLI, ult. cit., p. 5; v. altresì A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, cit., pp. 465 ss.

¹⁰¹⁵ È il disegno di legge n. 1441 *bis*, quale emergente, insieme ai dd.dd.ll. nn. 1441 *ter* e *quater*, dallo stralcio deciso il 5 agosto successivo dal d.d.l. n. 1441 presentato alla Camera dei deputati il 2 luglio 2008.

¹⁰¹⁶ V. art. 52, commi 12 e 13, d.d.l. 1441 *bis*, cit.

¹⁰¹⁷ Cfr. R. CAPONI, *Divieto di frazionamento*, cit., c. 1524.

¹⁰¹⁸ Cfr. riferimenti in F. CUOMO ULLOA, in F. Carpi, M. Taruffo (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 1339.

giudice dell'eventuale fase d' opposizione. La mancata riunificazione, cioè, si risolve in nullità del pignoramento, sulla quale ci si deve pronunciare con sentenza dichiarativa – “il giudice dichiara...”, recita l'art. 20, comma 8 – in sede di opposizione all' esecuzione.

Anche per il procedimento esecutivo, quindi, il sistema si chiude rigorosamente, ed aggiunge novità a novità nel panorama in materia di abuso del processo.

3. Misure di razionalizzazione del processo del lavoro (art. 53).

Il d.l. n. 112/2008 ha opportunamente corretto, all' art. 53, comma 1, il refuso incontestabilmente presente nell' art. 421, 2° co., c.p.c., il quale, volendo riferirsi all' art. 420 – così era nel 1973 - ha continuato a richiamare “il 6° comma dell'articolo precedente” pur dopo l'inserimento nel codice di procedura civile, attraverso l'art. 18 d. lgs. n. 40/2006, dell'art. 420 *bis*, in vigore dal 2 marzo 2006. L' errore era già stato avvertito in un recente progetto di riforma,¹⁰¹⁹ che ne ha contemplato la correzione, con un enunciato identico a quello dell'art. 53, comma 1, tra le misure di razionalizzazione del processo del lavoro.

Da tale progetto¹⁰²⁰ il d.l. n. 112 ha mutuato, con disposizione collocata all' interno (comma 2) dello stesso articolo 53 rubricato appunto “razionalizzazione del processo del lavoro”, anche la misura della c.d. motivazione contestuale. Lo ha fatto pure questa volta con un testo identico a quello del progetto, con l'unica differenza della soppressione del termine “concisa” in esso contenuta con riguardo all' esposizione delle ragioni della decisione. Non ha invece mutuato la sostituzione, sempre contenuta nel progetto, dell'art. 430 c.p.c. con un enunciato che prevedesse che la sentenza potesse essere “motivata in forma abbreviata, mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e la concisa esposizione delle ragioni di diritto, anche in riferimento a precedenti conformi”.¹⁰²¹

La previsione della motivazione contestuale ha del resto origini in discipline più lontane, pur se variamente differenziate tra di loro e dalla normativa della quale qui ci si deve occupare: per limitarsi al processo civile e quindi prescindendosi dall' art. 544 c.p.p. (la cui interpretazione, pure, verrà utile più volte appresso), dall' art. 23, comma 8, l. n. 689/1981, ad una risoluzione del Consiglio superiore della magistratura del 1988;¹⁰²² all' (abrogato) art. 315 c.p.c.; all' art. 281 *sexies* c.p.c.,¹⁰²³ quest'ultimo, secondo la corte di cassazione esportabile al rito del lavoro;¹⁰²⁴ soprattutto all'art. 16, 5° co., d. lgs. n. 5/2003, particolarmente tenuto in considerazione dal progetto

¹⁰¹⁹ Si tratta del c.d. Progetto Foglia, in *Foro it.*, 2007, V, cc. 189, ss., segnatamente c. 202 (relazione), e, quanto all' enunciato, c. 222.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, c. 222.

¹⁰²¹ *Ibid.*, ancora c. 222.

¹⁰²² In *Foro it.*, 1988, V, cc. 249 ss., spec. 260.

¹⁰²³ Inserito dall'art. 68 d.lgs. n. 51/1998, con effetto dal 2 giugno 1999, ai sensi dell'art. 247, comma 1, del decreto stesso, come modificato dall' art. 1 l. 16 giugno 1998, n. 188.

¹⁰²⁴ Cfr. Cass. 12 giugno 2007, n. 13708, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Lavoro (controversie)*, n. 114, per la quale l'art. 281 *sexies* è applicabile al rito del lavoro a condizione del suo adattamento al rito speciale, nel quale non è prevista l'udienza di precisazione delle conclusioni; arg. ex 20 aprile 2006, n. 9235, *ibid.*, 2006, voce ult. cit., n. 73; 29 gennaio 2004, n. 1673, *ibid.*, 2004, voce ult. cit., n. 135, secondo cui il principio, consolidato nella giurisprudenza di legittimità con riguardo al rito del lavoro, della non integrabilità del dispositivo con la motivazione in caso di insanabile contrasto fra le due parti della sentenza, con la conseguente inidoneità delle enunciazioni eventualmente contenute nella sola motivazione a costituire giudicato, non trova applicazione nell'ipotesi in cui venga data

sopra richiamato: è tale disposizione, infatti, ad avere introdotto come regola la motivazione contestuale e l'eccezione per i casi di particolare complessità (v. *infra*), aggiungendovi, però, la disposizione sulla motivazione abbreviata analoga appunto a quella del citato progetto, che ad essa si è particolarmente ispirato.¹⁰²⁵

Questi precedenti sono stati accolti tutto sommato favorevolmente in dottrina, anche se non sono mancati rilievi critici, alcuni dei quali hanno portato a ritocchi normativi.¹⁰²⁶ Circa l'applicazione dell'art. 281 *sexies* al rito del lavoro, sembrerebbe anzi avere contribuito, attraverso un considerevole aumento di produttività dei magistrati addetti, ai buoni risultati di smaltimento d'arretrato della sezione lavoro di un tribunale del sud del Paese:¹⁰²⁷ anche di ciò si è tenuto conto nel progetto più volte richiamato.¹⁰²⁸

Ai fini dell'esame dell'art. 53, comma 2, è opportuno trascriverne il testo:

<<Il primo comma dell'articolo 429 del Codice di procedura civile è sostituito dal seguente: «Nell'udienza il giudice, esaurita la discussione orale e udite le conclusioni delle parti, pronuncia sentenza con cui definisce il giudizio dando lettura del dispositivo e della esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. In caso di particolare complessità della controversia, il giudice fissa nel dispositivo un termine, non superiore a sessanta giorni, per il deposito della sentenza»>>.

Sottolineato che la modifica riguarda il solo processo di primo grado (l'art. 437, che disciplina la decisione in appello, è infatti rimasto intatto) e i soli procedimenti regolati dall'art. 429 c.p.c., va poi rilevato come già l'esistenza, nel rito del lavoro, della discussione orale faccia sì che sempre l'attuale modifica, a differenza di quella introdotta con il citato art. 281 *sexies*,¹⁰²⁹ incida non sul modello decisorio (scritto, misto o, appunto, orale), ma sulla tecnica di pronuncia della decisione: è forse per questo che si è voluto che la sentenza non fosse parte del verbale di causa ai sensi dell'art. 281 *sexies*, comma 2, ma atto da esso distinto.

La motivazione, dunque, va letta – è questa la regola ed è pertanto obbligo del giudice di rispettarla (v. *infra*) - all'esito della discussione contestualmente al dispositivo. Come il dispositivo, quindi, la motivazione non è un atto interno ma un atto a rilevanza esterna, che si perfeziona e si cristallizza con la sua lettura pubblica. Essa, insieme al dispositivo, forma la sentenza, sicché la sua mancata lettura, ove non sia stato deliberato nel dispositivo (letto) il differimento della motivazione ad un momento successivo (v. *infra*), implica, come è per il caso di omissione di lettura

lettura in udienza sia della motivazione che del dispositivo, ai sensi dell'art. 281 *sexies* c.p.c., atteso che in tal caso la parte motiva e quella dispositiva concorrono entrambe a cristallizzare la statuizione consentendo, mediante un'interpretazione complessiva, il passaggio in giudicato (anche) delle enunciazioni contenute soltanto nella motivazione; Trib. Pisa 26 ottobre 1999, in *Giur. it.*, 2000, c. 1853, con nota di A. RIMMAUDO, *Brevi considerazioni circa l'applicabilità dell'art. 281 sexies c.p.c. nel processo del lavoro*; contra, TARZIA, *Manuale*, cit., p. 272, che registra, però, la diffusione di una prassi favorevole all'applicazione.

¹⁰²⁵ Si veda la citata relazione al progetto, c. 203.

¹⁰²⁶ Per le caratteristiche e l'evolversi della disciplina nonché per le principali questioni ed i riferimenti essenziali cfr. C. GAMBA, in F. Carpi, M. Taruffo (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 822 ss.

¹⁰²⁷ Cfr. P. MORABITO, *Tecniche di definizione dell'arretrato (l'esperienza della sezione lavoro presso il tribunale di Reggio Calabria)*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 38.

¹⁰²⁸ Cfr. ancora la relazione cit., c. 202.

¹⁰²⁹ In proposito v. C. GAMBA, cit., 819 ss.

del dispositivo,¹⁰³⁰ nullità insanabile della sentenza per mancanza di una sua parte essenziale, appunto la motivazione. Mentre però, se il dispositivo (oltre a non essere letto) non sia stato depositato, si ha inesistenza della sentenza, sia nel caso di mancata lettura della motivazione, che di mancata redazione della stessa¹⁰³¹ il vizio è sempre quello della nullità insanabile; nullità e non inesistenza, comunque risultando un atto di esercizio della funzione giurisdizionale nel caso concreto.¹⁰³² Onde il convertirsi della nullità in motivo di gravame, per cui il giudice di secondo grado, che abbia rilevato tale nullità, ove dedotta con l'appello, non può né rimettere la causa al primo giudice - non ricorrendo alcuna delle ipotesi di rimessione tassativamente previste dagli art. 353 e 354 c.p.c. - né limitare la pronuncia alla mera declaratoria di nullità, dovendo invece decidere la causa nel merito.¹⁰³³ In carenza dell'impugnazione, i cui termini decorrono dalla lettura del dispositivo posto che in quel momento si è completato il procedimento decisorio pur se erroneo e l'erroneità è stata resa pubblica, la pronuncia passa in giudicato.

Questo rende altresì applicabile anche alla motivazione, una volta letta, l'elaborazione formatasi sull'intangibilità del dispositivo.¹⁰³⁴ All'opposto, non può utilizzarsi l'elaborazione sulla impossibilità di interpretare il dispositivo attraverso la motivazione – sulla quale peraltro si registrano varie puntualizzazioni correttive nella giurisprudenza di cassazione degli ultimi anni¹⁰³⁵ - e l'altra sulla non integrabilità del dispositivo appunto con la motivazione,¹⁰³⁶ e sulla non correggibilità del primo, ex art. 287 c.p.c.¹⁰³⁷ Vale a dire: costituendo la sentenza (letta) un unico atto composto da dispositivo e motivazione, il primo può interpretarsi attraverso la seconda, come è per il rito ordinario,¹⁰³⁸ e gli eventuali errori materiali in esso presenti, e viceversa, sono emendabili con la apposita procedura prevista dal codice. L'insanabile contrasto che residui all'esito del processo interpretativo, non può essere risolto attraverso una valutazione di prevalenza di una delle contrastanti affermazioni contenute nella sentenza. Né, per risolverlo, può farsi ricorso all'interpretazione complessiva della decisione, che presuppone una sostanziale coerenza delle diverse parti delle proposizioni della medesima, o utilizzarsi il procedimento di correzione di cui agli art. 287 e 288 c.p.c. Il contrasto comporta invece nullità della sentenza per la sua inidoneità a consentire l'individuazione del concreto comando giudiziale.¹⁰³⁹

¹⁰³⁰ Tra le più recenti, Cass. 14 luglio 2006, n. 16114, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Lavoro (controversie)*, n. 90; per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e bibliografici, anche a posizioni di diverso segno, cfr. L. de ANGELIS, in F. Carpi, M. Taruffo (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 1237.

¹⁰³¹ La lettura sia, cioè, fasulla.

¹⁰³² Cfr. Cass. 25 novembre 1988, n. 6354, in *Riv. infortuni*, 1989, II, p. 30, con riguardo al rito ordinario; cfr. altresì, argomentando a *contrariis*, Cass., ord. 2 settembre 2004, n. 17665, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2799, con nota di G. DI BENEDETTO, *Letture e comunicazione della sentenza nelle decisioni ex art. 281 sexies c.p.c.*

¹⁰³³ Tra le molte, Cass. 11 maggio 2006, n. 10869, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce ult. cit., n. 91; 14 ottobre 2003, n. 15371, *id.*, 2003, voce ult. cit., n. 131.

¹⁰³⁴ Per la quale cfr., tra i molti, L. de ANGELIS, in F. Carpi, M. Taruffo (a cura di), *Commentario breve*, cit. pp. 1238 ss., ed *ivi* riferimenti.

¹⁰³⁵ V., al riguardo, L. de ANGELIS, ult. cit., pp. 1239 ss., con i relativi richiami; C. VELLANI, *La decisione di primo grado*, in D. Borghesi (a cura di), *Il processo del lavoro*, in *Diritto del lavoro* Commentario diretto da F. Carinci, VI, 2005, p. 297.

¹⁰³⁶ Cfr. Cass. 29 gennaio 2004, n. 1673, cit., con riguardo all' art. 281 sexies c.p.c.

¹⁰³⁷ Tra le recenti, Cass. 21 marzo 2008, n. 7698, in *Rep. Foro it.* - CD, 2008, voce *Lavoro (controversie)*, n. 22.

¹⁰³⁸ Tra le tante, Cass. 11 luglio 2007, n. 15585, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Sentenza civile*, n. 47.

¹⁰³⁹ Ad es., con riguardo al rito ordinario, Cass. 20 settembre 1999, n. 10129, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce ult. cit., n. 61.

Alla regola della motivazione contestuale l'art. 53, comma 2, cit., si è detto, apporta un'eccezione, che è data dalla "particolare complessità" della controversia, così adottando una formula che, attraverso l'aggiunta dell'aggettivo "particolare" ad un sostantivo che già opera una distinzione elitaria tra le controversie trattate, ha un forte carattere restrittivo. La particolare complessità, in difetto di puntualizzazioni al riguardo, può inerire alle controversie sia con riguardo alle questioni di fatto, sia con riguardo alle questioni di diritto, processuali e sostanziali.

L'operare dell'eccezione richiede che debba essere fissato nel dispositivo un termine, non superiore a sessanta giorni – per il rito societario l'analoga disposizione dell'art. 16 d. lgs. n. 5 del 2003 stabilisce che il termine non sia superiore a trenta giorni – per il deposito della sentenza. Come si è prima rilevato, la mancata indicazione nel dispositivo del differimento della motivazione si risolve in nullità insanabile della sentenza.

A differenza di quanto detto in precedenza per tale caso, laddove l'indicazione sia stata fatta i termini d'impugnazione decorrono, in conformità al regime precedente il d.l. n. 112/2008, dal deposito della motivazione (il termine lungo) o dalla data di notificazione della sentenza, come tale completa di motivazione (il termine breve).

Appaiono poi importabili in questa sede, per somiglianza di ipotesi, gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza penale in tema di art. 544, comma 3, c.p.p.,¹⁰⁴⁰ per i quali il giudice che ritenga di avvalersi, nella stesura della motivazione della sentenza, del termine più lungo di cui appunto a tale disposizione, ha solo l'onere - che, civilisticamente, è piuttosto obbligo - di indicare tale termine nel dispositivo senza necessità di particolari formule che diano atto della scelta effettuata in relazione alla particolare complessità della motivazione.¹⁰⁴¹ Nella medesima logica, del resto, i

È utile, in proposito, segnalare Cass. 4 marzo 2005, n. 4741, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Sentenza civile*, n. 51, secondo la quale nel caso di pronuncia contestuale della motivazione e del dispositivo nel rito ordinario, la situazione per cui la sentenza manifesti chiaramente o addirittura espressamente nella motivazione l'intenzione del giudice di accogliere la domanda di condanna, e nel dispositivo si limiti invece ad una statuizione meramente dichiarativa, non determina nemmeno astrattamente alcun problema di nullità della sentenza nella sua complessiva efficacia decisoria alla stregua del n. 4 dell'art. 360 c.p.c., in quanto non si concreta in un contrasto insanabile fra le due parti della sentenza, la motivazione ed il dispositivo, tale da indurre l'impossibilità di ricostruire in alcun modo il *dictum* della decisione stessa, bensì soltanto in una potenziale incertezza, inducendo l'interprete a domandarsi se la sentenza nel suo complesso, cioè come combinazione della motivazione e del dispositivo, possa essere considerata, oltre che come statuizione di accertamento (presente sia nella motivazione sia nel dispositivo), anche come statuizione di condanna; tale possibile incertezza può peraltro essere superata in due modi, uno solo dei quali può determinare l'approdo all'individuazione di un vizio di nullità parziale della sentenza; il primo modo tiene conto della diversa funzione delle parti della sentenza costituite dal dispositivo e dalla motivazione ed in particolare del fatto che quest'ultima, dovendo contenere "l'esposizione dei motivi in fatto ed in diritto della decisione" (art. 132 n. 4, c.p.c.; secondo l'art. 118 disp. att. c.p.c. "delle ragioni giuridiche della decisione"), costituisce la parte della sentenza che dovendo rivelare le ragioni giuridiche della decisione, non può che rivelare anche il *dictum* formalmente espresso dal dispositivo, atteso che è impossibile che si possano esporre le ragioni di una decisione senza indicare appunto la decisione, cioè il loro punto di arrivo e le relative conseguenze; ne discende che, in quanto il dispositivo ha la funzione di esprimere in forma riassuntiva la decisione, l'incertezza interpretativa emergente per la mancata riproduzione nel dispositivo di una parte della decisione non può che essere sciolta nel senso della prevalenza della motivazione; il secondo modo di soluzione comporterebbe il riconoscere una prevalenza del dispositivo, nel senso che il contenuto della decisione dovrebbe essere soltanto quello in esso trasfuso, con la conseguenza che la sentenza sarebbe affetta da un'omissione di pronuncia, (art. 112 c.p.c.) e sotto tale profilo sarebbe nulla in parte qua, e la relativa nullità sarebbe deducibile ai sensi del n. 4 dell'art. 360 c.p.c. esclusivamente dalla parte che aveva domandato la decisione oggetto dell'omessa pronuncia.

¹⁰⁴⁰ Contenente formula analoga: "Quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa...".

¹⁰⁴¹ Cfr. Cass., sez. IV, 29 ottobre 1999, De Stefani, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Sentenza penale*, n. 11, che ha altresì specificato che quando anche tale obbligo vi fosse, la sua inosservanza sarebbe priva di conseguenze atteso che le parti non hanno interesse a contestare poiché anch'esse fruiscono di un maggior termine per l'impugnazione.

giudici penali hanno affermato che il provvedimento di sospensione dei termini di custodia cautelare durante la pendenza del termine per il deposito della sentenza esiga solo, come motivazione, il richiamo del disposto dell'art. 304, comma 1, lett. c), e dell'art. 544, comma 3, c.p.p. in cui sono già specificamente enunciati i presupposti che consentono la dilazione dell'ordinario termine di deposito della sentenza e, correlativamente, la sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare (complessità particolare della stesura della motivazione per il numero delle parti e/o per il numero e gravità delle imputazioni), senza alcuna necessità di ulteriori espressioni da parte del giudice.¹⁰⁴²

Questo valorizza al massimo la discrezionalità immanente all'ampiezza della causale della particolare complessità che legittima l'eccezione alla regola della motivazione contestuale, ma non significa che il differimento per tale causale, per conservatorismo o pigrizia culturale o per pigrizia *tout court* e disimpegno, diventi la regola, la particolare complessità, se indicata, divenendo formula di stile – o espediente – per sottrarsi all'obbligo della motivazione contestuale.

In tal caso si tratterà di uso anomalo (abuso) di uno strumento processuale da parte del giudice, il quale, pur se di difficile e delicatissima individuazione, potrà rilevare, in concorso con le altre condizioni, sul piano della sua responsabilità, nelle varie forme previste dall'ordinamento, nonché sul piano della responsabilità dello Stato *sub specie* della l. n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto):¹⁰⁴³ come è stato notato, l'abuso si colloca propriamente nella categoria delle ipotesi in cui un soggetto dispone di una più ampia discrezionalità di scelta in ordine ai comportamenti da tenere.¹⁰⁴⁴

A fortiori, il mancato rispetto da parte del giudice dei tempi assegnatisi nel dispositivo per il deposito della motivazione non produce conseguenze difformi da quelle che si producono in generale per i depositi *ultra tempus* dei provvedimenti giudiziali e, in particolare delle sentenze di lavoro (art. 430 c.p.c.).¹⁰⁴⁵ Infatti, attraverso la posticipazione del deposito della motivazione letta nel dispositivo viene a verificarsi, per quel che ora interessa, una situazione analoga a quella precedente: l'esistenza di un comando giudiziale compiuto, e l'inesistenza provvisoria dell'esplicitazione delle ragioni alla base esso. Il semplice mutare dei termini stabiliti per il deposito, dalla legge secondo il precedente regime, e dal giudice secondo l'attuale, non può allora comportare differenti conseguenze.

Pertanto, il mancato rispetto del termine autodeterminato non incide sulla validità della sentenza – lo stesso, del resto, accade relativamente alle sentenze penali¹⁰⁴⁶ – ma può avere riflessi sulla

¹⁰⁴² Tra le altre, Cass., sez. IV, 4 aprile 2006, Ventrici, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Misure cautelari personali*, n. 175.

¹⁰⁴³ Sulla responsabilità da l. n. 89/2001 cfr., da ult., L. RAINERI, *Il danno da ritardo nel processo*, in AA. VV., *I danni: verso quali prospettive*, Atti del convegno sul tema (Catania, 23 e 24 novembre 2007), a cura di A. Cariola, A. Corsaro, G. D'Allura e F. Florio, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 107 ss.

¹⁰⁴⁴ Cfr. M. TARUFFO, *Elementi per una definizione*, cit., p. 442.

¹⁰⁴⁵ Cfr., tra le altre, Cass. 27 novembre 1986, n. 7000, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Lavoro (controversie)*, n. 405; ulteriori riferimenti, anche dottrinali, in L. de ANGELIS, in F. Carpi, M. Taruffo (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 1252, e C. VELLANI, *La decisione di primo grado*, cit., 297 ss.

¹⁰⁴⁶ Ad es., Cass. sez. III, 1 giugno 1995, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Sentenza penale*, n. 69.

responsabilità del giudice,¹⁰⁴⁷ nelle varie forme previste dall'ordinamento, in particolare sulla responsabilità disciplinare,¹⁰⁴⁸ e sulla sopra accennata responsabilità dello Stato *ex lege* n. 89/2001; ciò sempre che ne ricorrano le relative condizioni.

Circa il contenuto della motivazione contestuale, esso non si discosta da quello dell'art. 132 c.p.c.: si è sopra posto in luce, infatti, come all'art. 53, comma 2, cit., sia estranea una disposizione sulla motivazione abbreviata, come quella di cui all'art. 16, comma 5, d. lgs. n. 5/2003 e di cui al progetto di riforma del processo del lavoro più volte richiamato, per la quale la sentenza può essere sempre motivata mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e la concisa esposizione delle ragioni di diritto, anche in riferimento ai precedenti conformi.¹⁰⁴⁹

Nonostante ciò, non può non cogliersi nella complessiva lettura del comma in esame un'indicazione normativa forte nel senso della concisione della motivazione e del contenimento dell'attività giudiziaria nei limiti di quanto realmente serva; concisione la quale, si è visto, pure qui non richiamata a differenza di quanto previsto dall'art. 281 *sexies* e dall'art. 16, comma 5, cit., non è però diversa da quelle di cui all'art. 132 e all'art. 118 disp. att. c.p.c.¹⁰⁵⁰ (e all'art. 134 c.p.c.). Non si dimentichi che l'abuso del processo di cui si è detto non riguarda il solo impiego della tutela giurisdizionale, ma comprende, lo si è sopra accennato (§ 2), anche l'abuso nell'ambito del processo; in particolare, dal versante dei giudici, l'inutile dispendio di attività.

Un'indicazione normativa, e non, quindi, la mera preferenza per uno stile, forte, si diceva, all'uso sobrio ed utile delle (preziose) risorse processuali,¹⁰⁵¹ che nulla ha a che vedere - lo si deve sottolineare con forza - con il *tirare via*, con l'approssimazione o l'incompletezza del discorso giustificativo nel quale il giudice enuncia e svolge le "buone ragioni" che fondano la legittimità e la razionalità del *decisum* e in cui è l'essenza della motivazione alla luce della doppia funzione assegnata nel nostro ordinamento: quella endoprocessuale e l'altra extraprocessuale, la prima, strettamente correlata alla possibilità d'impugnazione, la seconda, alla possibilità di controllo esterno e diffuso sul fondamento della pronuncia e quindi di controllo democratico sul modo in

¹⁰⁴⁷ V. L. de ANGELIS, loc. ult. cit., ed *ivi* riferimenti, con riguardo al deposito in violazione dell'art. 430 c.p.c.; altresì, C. VELLANI, *La decisione di primo grado*, cit., 297 ss.; da ult. G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, cit., p. 276.

¹⁰⁴⁸ V. DENTI, G. SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 164; la responsabilità disciplinare è definita improbabile da L. MONTESANO, R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, III ed., Jovene, Napoli, 1996, 274, come sono a loro avviso improbabili - gli autori, però, scrivevano oltre dodici anni fa - le azioni *ex art.* 3 l. n. 117/1988.

¹⁰⁴⁹ In proposito, cfr., con riguardo all'art. 16, comma 5, d. lgs. n. 5/2003, anche per richiami a qualche tensione dottrinale, B. BRUNELLI, in F. Carpi, M. Taruffo (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile Appendice di aggiornamento 2004*, Cedam, Padova, 2004, p. 164.

¹⁰⁵⁰ Cfr. G. DI BENEDETTO, *Il dovere di brevità e i gattini ciechi dell'art. 281 <<sexies>> c.p.c.*, nota a Cass. 11 gennaio 2006, n. 216, e 20 ottobre 2006, n. 20302, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1281, ed *ivi*, alla nota 4, completi riferimenti.

¹⁰⁵¹ R. CAPONI, *Divieto di frazionamento*, cit., c. 1524, richiama il principio di proporzionalità, come un risvolto del valore costituzionale dell'efficienza della disciplina del processo, che si desume dall'affermazione della sua ragionevole durata, e ricorda come il canone di proporzionalità sia scolpito efficacemente nell'art. 1 delle *Rules of civil procedure* inglesi, secondo cui trattare una causa secondo giustizia include, per quanto sia praticabile, "attribuire ad essa una quota appropriata delle risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare le risorse agli altri casi".

cui il giudice ha esercitato il suo potere.¹⁰⁵² Se appunto l'obbligo di motivazione è preposto a fornire una giustificazione razionale della decisione giudiziale, vale a dire di svolgere un insieme di argomentazioni che la facciano apparire come giustificata sulla base di criteri e modelli intersoggettivi di ragionamento, la motivazione non può non essere completa, nel senso che debba contenere la giustificazione specifica della decisione di tutte le questioni di fatto e di diritto che costituiscono l'oggetto della controversia: è infatti solo a questa condizione che tale finalità viene assolta.¹⁰⁵³ Possono esservi motivazioni lunghe e ridondanti ma incomplete, così come vi possono essere motivazioni concise che però includono tutte le ragioni che sono necessarie per giustificare la decisione: il richiamo legislativo di cui si diceva è ad esse e solo ad esse, come solo ad esse si riferiva il disposto dell'art. 132, n. 4 c.p.c. e dell'art. 118, comma 2, disp. att. c.p.c., nonché, per le ordinanze, dell'art. 134 del codice di rito. La concisione, o, se si vuole, la sintesi, richiede però professionalità e sforzo, e, ancor prima, un atteggiamento culturale di approccio alla controversia (direi, anzi, più in generale, all'espletamento della funzione) che ponga equilibratamente attenzione non solo alla giustezza della soluzione ma anche alla prontezza e rapidità della medesima. E su questo vi è davvero molto da fare, e non solo sul piano della motivazione dei provvedimenti, anche dal punto di vista dell'impegno istituzionale nella formazione dei magistrati: la sovrabbondanza – ossia: la parziale inutilità - della motivazione – non è l'unico aspetto di spreco di risorse giudiziarie.

La motivazione incompleta è dunque fuori dalla previsione dell'art. 53, comma 2, cit., come lo è fuori da quella dell'art. 281 *sexies* c.p.c. e dell'art. 16, comma 5, d. lgs. n. 5/2003: disposizioni, tutte, che certo non possono essere invocate quale pretesto o alibi di un modo scadente, ma ancor prima illegittimo, di adempiere ad un obbligo. È forse per evitare fraintesi in tal senso che non è stata riprodotta in questa sede la sopra richiamata norma del rito societario e del progetto di riforma del processo del lavoro, che comunque, sia chiaro, non collide anch'essa certo con l'obbligo di completezza, sulla motivazione *per relationem*.¹⁰⁵⁴ Vi è però da registrare che tra le modifiche che si vanno prospettando nel disegno di legge 1441 *bis* richiamato al § 2, è prevista¹⁰⁵⁵ la riformulazione dell'art. 132, comma 4, c.p.c., e dell'art. 118 disp. att. c.p.c. nel senso dell'eliminazione nella sentenza civile, anche redatta, quindi, con il modello tradizionale, dello svolgimento del processo e dell'introduzione della motivazione con rinvio ai precedenti conformi¹⁰⁵⁶ (non, però, come nel progetto e nell'art. 16 d. lgs. n. 5/2003, agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa). È poi riprodotta la nozione di concisione.

Nel concludere l'esame dell'art. 53, comma 2, cit., deve porsi in luce che la sua presenza renda

¹⁰⁵² Cfr. M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, 1999, pp. 774 ss.; ma già approfonditamente, sulla distinzione tra le due funzioni, anche dall'angolazione costituzionale, già, ID., *La motivazione della sentenza civile*, Cedam Padova, 1975, pp. 371 ss.

¹⁰⁵³ Cfr. M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, cit., p. 773, ed altri suoi numerosi scritti; in particolare, sulla sufficienza della motivazione *sub specie* dell'art. 360, n. 5, c.p.c., vecchio testo, ID. *La motivazione della sentenza civile*, cit., pp. 555 ss.

¹⁰⁵⁴ Sulla motivazione *per relationem* (riferita, però, solo ad altra sentenza), cfr. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., pp. 422 ss.

¹⁰⁵⁵ V. art. 52, comma 15, e 57, comma 3, d.d.l. n. 1441 *bis*.

¹⁰⁵⁶ Sui problemi che la motivazione di tal tipo pone cfr. M. TARUFFO, loc. ult. cit.

ormai inapplicabile, quale disposizione speciale in materia di lavoro e di previdenza e assistenza,¹⁰⁵⁷ diversamente da quanto finora ritenuto dall' indirizzo dominante (v. *antea*), l'art. 281 *sexies*.

4. Il regime temporale.

Ai sensi dell'art. 56 d.l. n. 112, cit., <<Gli articoli 181 e 429 del codice di procedura civile, come modificati dal presente decreto-legge, si applicano ai giudizi instaurati dalla data della sua entrata in vigore>> (25 giugno 2008: v. art. 85 del decreto).

Si è così derogato al principio dell'immediata applicazione della legge processuale con una disposizione molto precisa nel significare che i procedimenti pendenti introdotti – e si ricorda ancora (v. § 2) che l'introduzione avviene già con il deposito dell'atto introduttivo - fino al 24 giugno 2008 siano disciplinati dalle precedenti norme.

Qualche modesto problema si pone, invece, con riguardo alla riunificazione, relativamente alla quale, come si è trascritto al § 2, l'art. 20, comma 7, si apre con le parole "a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto", che precedono la previsione di procedersi appunto alla riunificazione anche d' ufficio.

In proposito va sottolineato che il suddetto inciso d' apertura non è superfluo, contrariamente a quanto si potrebbe pensare alla luce del suddetto principio. Come capita di frequente nelle vicende normative, ha la funzione di rendere certa l'applicazione della disciplina del decreto quale modificata dalla legge di conversione sin dall' anteriore data di entrata in vigore del primo.

La prescrizione di riunificare d' ufficio i procedimenti riguarda anche, dal 25 giugno 2008, i procedimenti già pendenti a tale data; di conseguenza, se ciò non accade, deve essere dichiarata l'improcedibilità e la nullità delle domande successive, rispettivamente, dei pignoramenti successivi.

Ciò non significa, però, che si sanziona una condotta, quella del frazionamento, precedente all' introduzione delle norme precettive. Infatti, nel vigore di quest' ultime la parte doveva e poteva segnalare la pendenza dei procedimenti frazionati, a che si procedesse alla riunificazione.

5. Considerazioni conclusive.

Si è iniziato questo contributo dicendo di un intervento leggero sul processo civile e sul processo del lavoro, per i quali se n' è prefigurato, in alcuni disegni di legge collegati alla finanziaria all' ordine del giorno dell' agenda politica, altro ben più incisivo, che, in particolare, quanto alla materia del lavoro, riguarda il controllo giudiziale delle clausole generali e la certificazione, nonché, in un ambito più strettamente processuale,¹⁰⁵⁸ la riscrittura della disciplina della conciliazione e dell' arbitrato.¹⁰⁵⁹

Non è questa la sede per valutazioni di politica del diritto sulle modifiche qui esaminate e sulle altre che si prospettano nella *eterna*, tormentata vicenda delle riforme di quel processo civile che

¹⁰⁵⁷ Per queste tramite il richiamo al capo I del titolo IV del libro II del c.p.c., u quindi anche all'art. 429, fatto nell' art. 442, comma 1, c.p.c.

¹⁰⁵⁸ V. art. 65 d.d.l. n. 1441 *quarter*.

¹⁰⁵⁹ V. art. 66 d.d.l. n. 1441 *quater*: al riguardo cfr. *Il Sole24Ore*, 18 agosto 2008, p. 8.

non riesce a trovare pace.

Qui è invece da sottolineare come – risulta dalla precedente trattazione - la leggerezza dell'intervento sul processo del lavoro non escluda che sullo sfondo aleggino questioni di notevole peso specifico e rilievo: dall'impiego non abusato della tutela giurisdizionale, alla ragionevole durata del processo; all'utilizzo non inutile dell'attività giudiziaria. E da questo punto di vista chi, come chi scrive, attribuisce da molti anni significative responsabilità della crisi della giustizia (del lavoro, per quel che qui interessa) allo *sperpero di giurisdizione*,¹⁰⁶⁰ non può che guardare con interesse il *leggero* intervento d'agosto, a prescindere dai risultati che potrà produrre.

¹⁰⁶⁰ Cfr. se vuoi, L. de ANGELIS, *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, cit., pp. 340 ss.

La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*

Bruno Caruso

1. Da Hamlet a Faust.	256
2. Il contesto.	256
3. La “buona” amministrazione e il paradigma efficientista.	258
4. Il lavoro flessibile.	260
4.1 Il contratto a termine.	262
4.2 La somministrazione.	265
4.3 Il contratto di formazione e lavoro.	267
5. Il part time.	267
6. Il regime di incompatibilità.	268
7. I contratti di lavoro autonomo occasionale e di collaborazione coordinata e continuativa nelle pubbliche amministrazioni.	269
7.1 Le disposizioni specifiche per gli enti locali.	270
8. Le malattie dei dipendenti pubblici e la “guerra” all’assenteismo.	271
9. L’orario di lavoro.	273
9.1 Le disposizioni specifiche in materia di orario della dirigenza medica e sanitaria.	274
10. Assunzioni presso le società controllate.	275
11. Modifiche del sistema di contrattazione collettiva.	276

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 79/2008

1. Da Hamlet a Faust.

Ci si poteva aspettare che il governo espresso dalla XVI legislatura, appena insediatosi, avrebbe messo mano alla materia del lavoro, e del lavoro pubblico in particolare, ma la rapidità e quasi la frenesia “efficientista” della nuova compagine, e dei suoi ministri più alacri, non possono non destare un ammirato stupore anche tra i suoi critici preconcepiuti. Per chi si era pigramente assuefatto ai difficili, amletici e rallentati parti legislativi della precedente compagine, lo shock non è stato da poco.

I commentatori, che ancora si ostinano ad usare la penna, avevano appena finito di asciugare l'inchiostro delle proprie chiose ai provvedimenti dell'ultima finanziaria e della legge sul welfare, e invece il faustiano *Streben* (lo “sforzo di tentare”) della nuova “squadra” - condito dai quattro termini, «volontà, capacità, entusiasmo e slancio» - li ha costretti ad occuparsi già a Giugno del nuovo decreto n. 112 del 25 giugno 2008, poi convertito in legge n. 133 del 21 agosto 2008; tutto ciò senza dubbio a beneficio dell'aumento della produttività del lavoro di chi commenta le leggi; se poi il beneficio tocchi pure coloro che ne subiscono gli effetti, è tutto da verificare.

I provvedimenti sono inseriti in una classica legge omnibus che anticipa la manovra finanziaria di dicembre dove, insieme a disposizioni che impongono draconiani tagli alle spese dei ministeri, alla scuola, alle università, agli enti locali e ai relativi servizi pubblici, ma anche alla carta (ci va di mezzo la gloriosa G.U. versione cartacea che nessuno o quasi usava più, ma anche i giornalini dei carabinieri e della guardia di finanza); insieme a tagli a leggi già abrogate e a vari enti nei cui confronti generazioni di forbici affilate hanno rovinato il proprio profilo, si collocano importanti provvedimenti sul lavoro pubblico e privato, concernenti la flessibilità, ma non solo.

Per quanto riguarda la materia del lavoro alcuni interventi riguardano, soltanto il lavoro pubblico (per es. le innovazioni in materia di part time, le disposizioni in materia di malattia, di contrattazione collettiva, di incompatibilità); altre solo il lavoro privato (il ripristino in due mesi di alcune disposizioni della legge Biagi che la precedente legislatura ci aveva messo due anni ad abrogare: per esempio, il lavoro intermittente, ma non viene ripristinata la somministrazione a tempo indeterminato). Altre disposizioni si applicano sia al lavoro pubblico sia al lavoro privato, ma sono fatte salve alcune disposizioni speciali per i lavoratori pubblici (per esempio in materia di contratto a termine, dove le disposizioni del decreto legislativo n. 368/01 sono per così dire adattate).

2. Il contesto.

È bene ricordare brevemente il contesto culturale e politico in cui si colloca questo intervento. È possibile farlo seguendo anche l'ambiziosa titolazione dei capi della legge.

Le disposizioni sul lavoro pubblico dovrebbero costituire il primo atto del famoso piano industriale annunciato, quasi all'indomani del proprio insediamento, dal ministro Brunetta e alcuni titoli della legge sono dedicati proprio al tale piano; ma tra le disposizioni così intitolate, viene inserita la norma sulle consulenze che a rigore dovrebbe stare nel capitolo sulla riduzione dei costi¹⁰⁶¹.

¹⁰⁶¹ La disposizione sulla malattia (art. 71) è inserita nel capitolo sulla riduzione dei costi mentre a rigore dovrebbe servire a ingenerare maggiore efficienza ed aumentare la produttività (anche se nella scheda di presentazione vengono riportate cifre sul risparmio dei costi previsti nel triennio); la disposizione (art. 18) che regola il reclutamento del personale delle società pubbliche (un provvedimento

Al di là delle formali collocazioni che nulla cambiano rispetto al contenuto delle disposizioni, qualcosa ci sarebbe da dire sulle finalità c.d. piano industriale che, negli obiettivi e negli strumenti genericamente proposti, non si differenzia molto da passate dichiarazioni di intenti, persino da quelle contenute nel famoso memorandum governo/sindacati del gennaio 2007¹⁰⁶².

Adirittura in alcuni tratti ricalca temi si cui si ritorna - ormai quasi stancamente - dalla riforma del 1993 (il passaggio dalla cultura del procedimento a quella degli obiettivi, da quella dell'adempimento a quella del risultato ed altro).

Questo non significa declassare la valenza delle novità delle riforme proposte nel piano e calate già nel disegno di legge delega di riforma del TUPi (d. lgs. n. 165/01) in discussione presso le commissioni parlamentari¹⁰⁶³; l'esperienza delle riforme e delle mancate riforme del lavoro pubblico insegna, tuttavia, che è meglio concentrare l'attenzione su quello che è già realizzato - che già in sé ha intrinseci elementi di volatilità - piuttosto che su quello che si programma e si progetta. Il motto "di buone intenzioni è lastricata la via dell'inferno", si addice, infatti, notoriamente alle riforme del lavoro pubblico.

Su gran parte delle analisi riguardo i mali che affliggono la pubblica amministrazione italiana, che sono snocciolati nel piano industriale, c'è quasi un consenso *bipartisan*: sulla cruciale questione dei "fannulloni" bisognerebbe capire, infatti, se Pietro Ichino sia più soddisfatto per aver aperto la strada, o contrariato per palese violazione del suo *copyright*.

E, in effetti, per misurare l'effettiva portata delle innovazioni legislative che si intendono attuare, più che al Piano industriale si dovrebbe far riferimento al citato disegno di legge delega e, ora, anche alle disposizioni contenute nel disegno di legge di accompagnamento della finanziaria 2009, ove alcune disposizioni riguardano pur esse il TUPi¹⁰⁶⁴, che in tal modo più che un testo unico finisce per diventare una sorta di blocco di plastilina.

Allo stato attuale del piano industriale, e dei suoi ambiziosi obiettivi, rimangono solo le disposizioni inserite nella legge n. 133/08 e su quelle è bene riflettere. Anche se l'attuale compagine al governo, per i suoi trascorsi, non può certo essere accusata di non aver fatto seguire i fatti alle intenzioni e fa del decisionismo cesarista un suo punto di forza, pare opportuno che i giuslavoristi in una fase di forte sommovimento si attengano a riflettere sull'ampio materiale *de iure condito* che questa legislatura promette di produrre e tralasci l'ancor più ampio materiale, *de iure condendo*, che viene contemporaneamente annunciato.

Le disposizioni attualmente contenute nella l. 133/08, più che di un piano, hanno l'aspetto di interventi raddomantici. Alcune disposizioni (quelle sui controlli sull'incompatibilità dei pubblici dipendenti), sembrano avere più la funzione di norme-monito o, al più, simboliche; altre sono in linea di continuità con il recente passato (le disposizioni sulle consulenze); altre, effettivamente

a rigore di ri regolazione) viene inserito nel capo titolato a liberalizzazioni e de regolazione, con una evidente discrasia concettuale (se si ri regola e si irrigidisce il meccanismo delle assunzione certamente non si liberalizza né si deregolamenta).

¹⁰⁶² Per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche. Memorandum d'intesa su lavoro pubblico e riorganizzazione delle Amministrazioni Pubbliche, 17 gennaio 2007.

¹⁰⁶³ DdL presentato dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione di concerto con il ministro delle finanze "Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione delle produttività nel lavoro pubblico", Atti Senato n. 847.

¹⁰⁶⁴ Si veda il DDL n. 1441 quater in discussione alla Camera in particolare gli art. 37 che riguarda la territorializzazione delle procedure concorsuali in modifica dell'art. 35 del TUPi e l'art. 38, mobilità nelle pubbliche amministrazioni.

innovative (le disposizioni antiassenteismo).

3. La “buona” amministrazione e il paradigma efficientista.

Un’ultima notazione di carattere generale prima di passare all’analisi delle disposizioni. Già parlare di piano industriale, a proposito di pubbliche amministrazioni, non può dirsi costituisca una mistificazione, ma sicuramente suona molto retorico e un po’ roboante.

Nel piano industriale di Brunetta l’identificazione pubblica amministrazione/impresa è portata sino alle sue estreme conseguenze, al punto che si prefigurano, anche per le pubbliche amministrazioni, dinamiche analoghe a quelle del fallimento per il datore di lavoro privato¹⁰⁶⁵.

Questa meccanica e ricorrente identificazione tra impresa e pubblica amministrazione appartiene allo schematismo tipico del paradigma efficientista che contraddistingue l’approccio Brunetta. Siamo di fronte al riproporsi di un moto pendolare nell’approccio alla riforma del pubblico impiego e della pubblica amministrazione che ha qualcosa di politicismo e ideologismo e quindi di eccessivamente semplificatore. Dopo il ritorno a vecchi schemi organizzativi, all’insegna dello slogan “rigido è bello” nelle ultime due leggi finanziarie, ecco la riproposizione del nuovo approccio per cui pubblico è sinonimo di inefficienza e solo le regole e le logiche dell’impresa, introdotte nelle pubbliche amministrazioni, possono garantire funzionalità. Da uno schematismo all’altro, da un ideologismo al suo opposto¹⁰⁶⁶.

Se si leggono le affermazioni del piano Brunetta e le norme del disegno di legge delega oggi in discussione presso le commissioni parlamentari¹⁰⁶⁷ ci si avvede che c’è poco di nuovo rispetto a quando circolava un po’ ovunque alla fine degli anni ‘90: si tratta della riproposizione delle ricette del *New Public Management*¹⁰⁶⁸ che persino nei paesi che ne hanno visto la genesi, come gli Usa e la GB, sono oggi riconsiderate.

Come è riconosciuto un po’ ovunque dagli studiosi, il paradigma efficientista, con la sua meccanica identificazione tra impresa privata e pubblica amministrazione, sottovaluta, infatti, la diversa *mission* del settore pubblico: le pubbliche amministrazioni, al contrario delle imprese, pongono al centro della propria azione non un cliente, un consumatore qualunque, ma il cittadino, con tutte il corredo e le implicazioni etiche, di valore e diritti soggettivi che tale nozione implica¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁵ Si vedano la slide 9 del Piano, la relazione illustrativa del DdL delega e l’art. 1 lett a).

¹⁰⁶⁶ Cfr. B. Caruso, *La regolazione a “doccia scozzese” del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, in questa Rivista, 2008, p. 221.

¹⁰⁶⁷ Delega al governo finalizzata all’ottimizzazione delle produttività del lavoro pubblico atto senato n. 847.

¹⁰⁶⁸ Si veda - soltanto scorrendo alcuni tra gli interventi più recenti - T. Entwistle – M. Marinetto – R. Ashworth, *New Labour, the new public management and changing forms of human resource management*, in *Int. Jour. Hum. Resource Management*, 18, 9, 2007, pp. 1569-1574; T. Christensen, P. Lægreid, *Transcending New Public Management*, Ashgate, 2007; F. Anechiarico, *The New Public Management at Middle Age: Critiques of the Performance Movement*, *Public Administration*, 67, 4, pp. 783-786; E. Vigoda-Gadot- S. Meiri, *New Public Management: Values and Person-organization Fit: a Socio-psychological Approach and Empirical Examination among Public Sector Personnel*, in *Public Administration – Oxford*, 1, 86, 2008, pp. 111-132; per l’Italia, A. Di Paolo, *L’introduzione del New Public Management e della Balanced Scorecard nel processo di riforma della amministrazione pubblica italiana*, in *Economia pubblica*, 3-4, 2007 p. 155 ss.

¹⁰⁶⁹ Si rinvia allo studio di G. Nicosia, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la “buona amministrazione”*, in corso di pubblicazione sul numero monografico dei QDLRI a cura di Zoli; si v. l’analisi di ARENA, *Cittadini attivi*, Laterza, 2006.

Questo spiega la differenziazione e la diversa complessità di governance, di strumenti operativi e di logiche di azione delle pubbliche amministrazioni rispetto all'impresa¹⁰⁷⁰; quel che i giuristi intendono con la nozione di vincolo di scopo, salvo ovviamente mettersi d'accordo sul contenuto dello stesso. A prescindere dal risalente dibattito¹⁰⁷¹ sul fatto che tale vincolo operi su singoli atti, ovvero sul risultato complessivo della gestione, l'attività - la nozione sintetica di funzionalizzazione -, pare, oggi, importante tornare a riflettere sulle "radici" funzionali e concettuali del lavoro pubblico, che è il modo migliore per intendere, razionalizzare e programmare le riforme legislative. Non è questa ovviamente la sede.

Può solo dirsi che il paradigma efficientista, sia nella versione pan amministrativa, che si concentra sul buon andamento e l'imparzialità condizionando anche la "struttura" dei singoli atti di microorganizzazione; sia nella versione pan privatistica - che, equiparando la struttura degli atti a quella del datore di lavoro privato, si concentra sulla valutazione dei risultati finali, ma anche in questo caso in termini di astratta efficienza e produttività -, finisce per identificare l'interesse generale (astratto) perseguito dalle pubbliche amministrazioni, con un altrettanto astratta e algida nozione di buon andamento (art. 97 Cost.), disancorandolo dall'interesse concreto e situato del cittadino.

Con la conseguente impossibilità di dare risposte ai dilemmi ricorrenti nella letteratura che si occupa di servizi pubblici: un ospedale è efficiente quando rispetta il budget che gli è imposto, ovvero quando diminuiscono le statistiche di mortalità, ovvero, ancora, quando è garantito anche il benessere psicologico dei ricoverati in carne e ossa, attraverso specifici interventi sull'organizzazione del servizio, sulla qualità della prestazione del personale, oltre che interventi infrastrutturali e architettonici?

Vuol dirsi che il paradigma efficientista, importato di peso dalle imprese - dove si sostanzia di una connotazione unitaria e omogenea, assumendo, come unico parametro e indicatore di riferimento, il mercato, se non il profitto - e imposto, addirittura per legge, alle pubbliche amministrazioni e alla loro specifica e cangiante organizzazione del lavoro, finisce per sottovalutare almeno due fattori che ogni riformatore di pubbliche amministrazioni, dovrebbe tener nella dovuta considerazione:

a) il fattore complessità e differenziazione organizzativa delle pubbliche amministrazioni, in ragione delle diversità dei servizi e delle funzioni pubbliche che ognuna di esse eroga; e in ragione della articolazione delle domande collettive, diffuse e individuali cui devono dare risposte, con

¹⁰⁷⁰ Si v. ora Corte Cost. 16 maggio 2008, n. 146: "Malgrado la progressiva assimilazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni con quello alle dipendenze dei datori di lavoro privati, sussistono ancora differenze sostanziali che rendono le due situazioni non omogenee. Per tale motivo è da ritenere ammissibile una disciplina differenziata del rapporto di lavoro pubblico rispetto a quello privato, in quanto il processo di omogeneizzazione incontra il limite della specialità del rapporto e delle esigenze del perseguimento degli interessi generali. La pubblica amministrazione, infatti, conserva pur sempre - anche in presenza di un rapporto di lavoro ormai contrattualizzato - una connotazione peculiare, essendo tenuta al rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento cui è estranea ogni logica speculativa".

¹⁰⁷¹ Sui cui ora M. Rusciano, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, DP, 2008, p. 59 ma; ma già sul tema v. amplius gli scritti di A. Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di lavoro d'impiego con enti pubblici*, DLRI, 1993, p. 460 ss; A. Orsi Battaglini - A. Corpaci, *Commento sub art. 4*, in NLCC, 1999, p. 1096 ss; M. D'Antona, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in ADL, 1997a oggi 2000, n. 4, 35-73, oggi in B. Caruso - S. Sciarra (a cura di), *Opere*, vol IV, Giuffrè, p. 129 ss.; più di recente v. pure la ricostruzione di M. Marazza, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 2005, Cedam.

refluenze sui modelli di governance e, in parte, sui modelli e le metodologie di gestione delle risorse umane e delle relazioni sindacali.

b) il fattore etico, e la centralità della persona - e non del cliente o del consumatore - che segnano la peculiarità delle pubbliche amministrazioni rispetto all'impresa e che dovrebbero costituire il nuovo paradigma su cui costruire le regole dell'organizzazione amministrativa e del lavoro pubblico.

Per questa ragione proposte di riforme ispirate ad un credo pan efficientista e pan valutativo lasciano perplessi e sanno di *de ja vu*; esse, prefigurano oltretutto cambiamenti governati dal centro e affidati sostanzialmente alla leva legislativa, che è la solita strada in cui si sta muovendo l'attuale governo, trascurando invece gli incentivi a cambiamenti dal basso, poi magari da generalizzare e ratificare in provvedimenti legislativi.

Sul fatto che di maggiore efficienza nelle pubbliche amministrazioni italiane ci sia bisogno, così come è probabile, che occorra portare a termine e perfezionare il disegno del legislatore degli anni '90, si può concordare. Ma che questo sia il punto di arrivo finale, solleva qualche dubbio.

Ma torniamo alle novità della l. n.133/08.

4. Il lavoro flessibile.

Poste queste dovute premesse, va detto che gli interventi contenuti nella legge 133 con riguardo alla flessibilità, per quel che riguarda il lavoro pubblico, paiono equilibrati.

Si esplicita¹⁰⁷² quel che, in qualche modo, veniva fuori già dalla finanziaria del 2008 (l. n. 244/2007): le "forme contrattuali flessibili", allo scopo della specifica regolazione nella pubblica amministrazione di cui all'art. 36, sono, in qualche modo, nominate, sostanzialmente il contratto a termine, e la somministrazione a tempo determinato e ora anche il contratto di formazione. Erano queste, per altro, le indicazioni che una circolare ministeriale¹⁰⁷³ facevano proprie dopo la modifica apportata dalla finanziaria 2008 (art. 3, comma 79 l. n. 244/07). Il nuovo comma 2 dell'art. 36, fa ancora genericamente riferimento, nella prima parte, alle "forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro"; ma nella seconda parte, dove si occupa del potere specificativo della contrattazione collettiva, nomina precipuamente le due figure sopra citate e vi aggiunge il contratto di formazione e lavoro.

Come confermato da una circolare all'indomani degli interventi dell'ultima finanziaria del governo Prodi¹⁰⁷⁴, l'intera problematica del lavoro autonomo e parasubordinato transita, invece, sotto l'ombrello regolativo dell'art. 7 comma 6 del TUIPI (che, come è noto, ha subito progressivi rimaneggiamenti¹⁰⁷⁵).

¹⁰⁷² Art. 49 della l. n. 133/08 che modifica per l'ennesima volta l'art. 36 del TUIPI.

¹⁰⁷³ Circolare n. 3/2008 della Presidenza del Consiglio dei Ministri che escludeva dal ambito di applicazione dell'art. 36 pure il part time, il telelavoro, il lavoro autonomo, il contratto di inserimento per gli enti di ricerca e il cfl dall'ambito di applicazione del vecchio articolo 36.

¹⁰⁷⁴ Parere UPPA n. 14/08; Circolare Presidenza del Consiglio dei ministri n. 2/08.

¹⁰⁷⁵ Si rinvia a G. Ricci, *Gli incarichi professionali e i rapporti di collaborazione nelle pubbliche amministrazioni*, in questa Rivista, 2008, p. 249

In relazione a queste tipologie di lavoro flessibile si ribadisce, opportunamente, il potere specificativo della fonte negoziale. Ciò al contrario dell'ultima finanziaria dove si introduceva un limite, costituzionalmente dubbio, alla regolazione integrativa della contrattazione collettiva in questa materia¹⁰⁷⁶.

Che si tratti di un potere specificativo, integrativo e non derogatorio è fatto palese dal "vincolo di coerenza" con le disposizioni legali che la norma impone alla contrattazione collettiva¹⁰⁷⁷. Risulta evidente che una formula non equivoca, ma comunque ampia, come il "vincolo di coerenza" lascia spazi non illimitati, ma neppure fortemente limitati al potere negoziale delle parti a livello nazionale su queste tipologie (sulle quali sembra escluso l'intervento della contrattazione decentrata).

La disposizione, inoltre, pleonasticamente conferma la competenza della legge a regolare e ri-regolare la materia, anche con riferimento all'individuazione dei contingenti di lavoro a termine utilizzabili.

Nell'ambito delle disposizioni comuni alle diverse tipologie di contratti flessibili va messa subito in rilievo la questione della durata massima del rapporto di lavoro flessibile con le pubbliche amministrazioni (comma 3 dell'art. 49). Nell'ultima finanziaria, come è noto, soprattutto con riferimento al contratto a termine, si era fissato - riformando l'art. 36 del TUIPI - il limite trimestrale; limite edulcorato, poi, con un sistema bislacco e poco difendibile di eccezioni per tipologie di enti e categorie di lavoratori¹⁰⁷⁸.

Questo irrazionale meccanismo di contrasto al precariato (si sanava il precariato ma si chiudeva irrazionalmente la porta a qualsiasi uso razionale del lavoro flessibile) è stato opportunamente eliminato, rendendo, come si afferma nei lavori preparatori della l. n.133 del Senato, meno stringenti i precedenti limiti temporali all'utilizzazione del lavoro flessibile¹⁰⁷⁹. Per contrastare il perpetuarsi della piaga del precariato nella pubblica amministrazione (almeno con riferimento a queste tre forme tipizzate di lavoro flessibile), si introduce il vincolo della durata massima del triennio nell'arco del quinquennio cumulando le diverse tipologie.

Tale limite temporale va riferito alla proroga del singolo contratto flessibile e al passaggio da una tipologia di contratto ad un altro: sicuramente dal contratto a termine alla utilizzazione come lavoratore somministrato, ovvero dal contratto a termine, al contratto di formazione. Rimane il dubbio se il termine triennale vada pure riferito al cumulo tra contratto flessibile ex art. 36 e contratti di lavoro autonomo di natura occasionale o coordinata e continuativa ex art. 7 comma 6 ss del TUIPI. La ratio della disposizione (evitare gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile) indurrebbe ad una risposta positiva. Ma in più circolari¹⁰⁸⁰, si è ribadito che la regolazione di contratti flessibili riconducibile al tipo della subordinazione, e la regolazione di contratti di lavoro occasionali o parasubordinati, riconducibili al tipo del lavoro autonomo, costituiscono due microsistemi

¹⁰⁷⁶ Su questi temi v. B. Caruso, *La regolazione a "doccia scozzese" del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, cit.

¹⁰⁷⁷ "(...) in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, i contratti collettivi nazionali provvedono (...)", art. 49 comma 2 (nuovo art. 36 TUIPI)

¹⁰⁷⁸ Cfr. B. Caruso, op. loc. cit.; pure L. Zappalà, *Le oscillazioni del pendolo: la riforma "continua" del contratto di lavoro a tempo determinato nelle p.a.*, in questa Rivista, 2008, p. 277

¹⁰⁷⁹ Schede di lettura, Conversione in legge con modificazioni del D.L. 25 giugno 2009, n. 112, Servizio studi del senato, vol. I, p. 309

¹⁰⁸⁰ Circolari citate *supra* alle note 13 e 14.

non comunicanti, per cui le disposizioni riferite all'una fattispecie non possono esserlo all'altra. Se così fosse, e non c'è motivo per pensare altrimenti, non è affatto escluso che il lavoratore a termine con contratto triennale (o anche più come vedremo), alla scadenza, possa essere utilizzato con contratto di lavoro parasubordinato, ma giammai essere avviato con la somministrazione di lavoro.

Si aggiunga che nella misura in cui si sancisce l'obbligo generalizzato dell'evidenza pubblica per i contratti flessibili (procedure che rispettino i principi di trasparenza e imparzialità), tutti concordano sul fatto che la norma sull'accesso alla pubblica amministrazione, tramite evidenza pubblica, prevale sul limite temporale: se si rimette a bando la posizione a termine (prescindendo dalla questione della legittimità della causale che dovrebbe essere eccezionale e temporanea) e il titolare del precedente contratto vince la selezione, non c'è limite temporale che possa prevalere sulla regola costituzionale della evidenza pubblica (l'imparzialità e la selezione del migliore). E poiché anche per il ricorso al lavoro autonomo vale la regola della selezione comparativa (art. 7 comma 6 bis TUIPI) – la quale, benché in forma proceduralmente alleggerita, implica pur sempre il rispetto di principi basilari di evidenza pubblica (la scelta del migliore) - l'aver svolto un triennio con contratto a termine non può impedire a chi risulti il migliore nella procedura comparativa di stipulare un contratto di lavoro autonomo con la medesima amministrazione con la quale è già intercorso un periodo triennale (comprensivo di contratto a termine + somministrazione).

Per questo profilo - la durata complessiva dell'utilizzo attraverso forme di lavoro subordinato flessibile e autonomo, il *quando* - la legge n. 133/08 riporta indietro le lancette dell'orologio a prima degli interventi restrittivi dell'ultima finanziaria Prodi. Compensa questa maggiore apertura sulla durata, con una restrizione nelle modalità di utilizzo e di accesso (il *quomodo* e l'*an*). Se questa è stata la reale intenzione del legislatore della n.133/08, non si può non considerare più razionale questo approccio rispetto a quello del legislatore precedente.

Alcune considerazioni sulle singole fattispecie.

4.1 Il contratto a termine.

Per quanto concerne il contratto a termine, si conferma la scelta di una regolazione specializzata nell'alveo della regolazione generale costituita da d.lgs. n. 368/01. La differenziazione della regolazione generale, con riguardo al lavoro pubblico, rimane marcata almeno per due profili, escludendosi la questione della durata massima del contratto di cui si è detto al § precedente.

Per questo ultimo profilo, è da aggiungere che nel lavoro privato ora è concessa la possibilità di deroga contrattuale (a livello nazionale) alla durata massima triennale da parte dei sindacati comparativamente più rappresentativi¹⁰⁸¹; ci sarebbe da discutere se ciò è possibile nel settore pubblico in virtù del rinvio generalizzato alla contrattazione collettiva nazionale di cui al comma 2 del nuovo art. 36 del TUIPI.

Nel lavoro pubblico, in effetti, si impone solo il limite di utilizzo triennale (cumulato) nel quinquennio. Non si specifica, per altro, se il limite dei 36 mesi valga solo per le mansioni equivalenti come, invece, nel lavoro privato. Né dalla norma è possibile trarre lumi su una questione interpretativa che riguarda pure l'art. 5 comma 4 bis del d.lgs. n.368/01 relativo alla durata del primo

¹⁰⁸¹ Art. 21 comma 2 che modifica l'art. 5 comma 4 bis del d.lgs. n. 368 come modificato dall'art. 1, comma 40, della legge 24 dicembre n. 247.

contratto a termine (il limite dei 36 mesi riguarda solo la successione di contratti o anche il primo?).

Considerato il rinnovato *favor* del legislatore nei confronti del potere di conformazione della contrattazione collettiva - sia con riguardo all'utilizzo del contratto a termine nel lavoro pubblico, sia nel lavoro privato - si potrebbe affermare che la durata ultratriennale, ma nei limiti del quinquennio, del primo contratto a termine, nel settore pubblico, possa ritenersi legittimo. Ciò allorché tale durata è espressamente prevista dai contratti collettivi con riguardo a causali oggettive che giustificano la sua compatibilità con le esigenze temporali ed eccezionali di cui parla la norma; per esempio, lo svolgimento di attività nell'ambito di programmi di ricerca, l'attivazione di strutture tecniche complesse, la realizzazione di specifici progetti di miglioramento dei servizi offerti cui fa riferimento l'art. 6 comma 5 del CCNL comparto università 2005.

Le ulteriori principali differenze con il lavoro privato della regolazione del contratto a termine, nel lavoro pubblico, riguardano:

a) La causale: nel lavoro privato, sembrerebbe diluirsi il requisito dell'eccezionalità e della temporaneità delle ragioni oggettive che consentono all'imprenditore il ricorso al contratto a termine; ciò avviene mediante la previsione della possibilità che i contratti a termine siano stipulati anche per l'attività di impresa di carattere ordinario (art. 21 che modifica l'art. 1 del d.lgs. n. 368/01); con allineamento alla somministrazione. In tal modo, il legislatore sembrerebbe voler contrastare quella giurisprudenza che, interpretando rigorosamente il requisito della temporaneità, aveva comunque ritenuto illegittimi i contratti a termine stipulati per ragioni tecniche, produttive, organizzative ritenute stabili; in tal modo, il legislatore cerca di rendere meno incerto il ricorso al contratto a termine da parte delle imprese. Nel lavoro pubblico, invece, nella misura in cui si ribadisce esplicitamente (art. 40 comma 1) che i contratti flessibili - e quindi anche il contratto a termine - vadano utilizzati solo per esigenze temporanee ed eccezionali e che per esigenze connesse "con il proprio fabbisogno ordinario" le p.a. assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato (art. 36 comma 1), sembrerebbe consolidarsi un maggiore rigore nel possibile ricorso. A guardar bene, la divaricazione delle causali tra lavoro pubblico e lavoro privato non è poi così netta come, invece, sembrerebbe. Nel settore privato è vero che il riferimento all'ordinaria attività di impresa consente di utilizzare il contratto anche con riferimento alla sua normale lavorazione e produzione, ma pur sempre con riferimento a ragioni tecniche, produttive e organizzative o sostitutive, il cui carattere temporaneo ed eccezionale, o almeno straordinario, non può venir meno¹⁰⁸². Un preciso segnale normativo in tal senso viene dal fatto che il legislatore della l. n. 133/08 non abroga il comma 01 introdotto dalla l. n. 247/08¹⁰⁸³ che, per quanto riduttivamente possa essere interpretato¹⁰⁸⁴, implica che le esigenze e le ragioni tecniche non possono essere stabili, pur afferendo ad attività ordinarie. Nel settore pubblico il fatto che si ribadisca che le esigenze debbano essere, comunque, temporanee ed eccezionali (le

¹⁰⁸² Corte di giustizia, 4 luglio 2006, C-212/04, Konstantinos Adeneler e altri c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG).

¹⁰⁸³ "il contratto di lavoro subordinato è stipulato *di regola* a tempo indeterminato". Ciò che non è la regola costituisce l'eccezione.

¹⁰⁸⁴ G. Ferraro, *Il contratto a tempo determinato*, ora in M. Cinelli - G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività e welfare*, Utet, Torino, 2008, p.73 ss.

esigenze sostitutive sono *ipso iure* da considerarsi eccezionali e temporanee) e che per il fabbisogno ordinario (che è concetto diverso da attività ordinaria) sia vietato il ricorso alle fattispecie flessibili, non esclude che l'utilizzo del contratto a termine sia possibile per esigenze temporanee e straordinarie anche riferite all'attività ordinaria¹⁰⁸⁵. Il fatto che - al contrario del lavoro privato - nel lavoro pubblico non sia esplicitamente legittimato il riferimento all'attività ordinaria, non significa che sia escluso. E ciò per due ragioni; a) una di interpretazione letterale: il nuovo art. 36 comma 2 fa riferimento alle esigenze (*alias* le ragioni) che devono avere il carattere delle temporaneità ed eccezionalità e non alle funzioni ordinarie. Riferisce poi l'obbligo del ricorso a lavoro a tempo indeterminato al "fabbisogno ordinario" (primo comma dell'art. 36). Ma una cosa è dire: "per l'output necessario e costante di attività – il fabbisogno - non si può utilizzare lavoro flessibile", un'altra è dire (che è quel che è scritto nella norma): "per l'output eccezionale e straordinario di attività, ancorché riferito alla funzione istituzionale che un ente svolge normalmente, si può utilizzare lavoro flessibile". b) Converte con tale interpretazione letterale anche un dato di interpretazione sistematica. Nelle modifiche all'art. 7 comma 6 del TUIP, contenute nell'art. 46, 3° comma, esplicitamente si escludono le COCOCO per lo svolgimento di funzioni ordinarie (introducendosi una specifica responsabilità amministrativa per il dirigente che l'abbia disposto); e, dunque, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

b) Una seconda, questa volta, marcata differenza con le disposizioni generali del d.lgs n. 368/01 rimane il sistema delle sanzioni; nel caso del contratto a termine viene ribadita la diversità del lavoro pubblico con il lavoro privato (dove la sanzione della convertibilità del contratto per violazione di legge viene sostituita con la sanzione del risarcimento - con disposizione di probabile illegittimità costituzionale¹⁰⁸⁶ – soltanto per le cause in corso al momento dell'entrata in vigore della legge); nel pubblico impiego non ci può essere conversione – e su questo la Corte di giustizia avrà sicuramente ancora qualcosa da dire¹⁰⁸⁷ – alla luce della confermata differenziazione dell'apparato sanzionatorio. Viene, tuttavia, eliminata la balzana e inapplicabile sanzione del divieto di assunzione per le amministrazioni che violavano le disposizioni¹⁰⁸⁸, prevista nella precedente versione dell'art. 36, introdotta dalla finanziaria 2008, e viene rafforzato, non il dispositivo di risarcimento nei confronti del lavoratore che rimane blando e, comunque, indeterminato nel quantum (la cui specificazione è pertanto di competenza del giudice¹⁰⁸⁹). Al contrario, si rende più grave,

¹⁰⁸⁵ Se è finanziato un progetto di ricerca molto complesso e impegnativo per un triennio e c'è necessità di un surplus di personale tecnico e amministrativo per porre in essere questa ricerca non si può obiettare che la ricerca è attività ordinaria di un dipartimento universitario, se il finanziamento è eccezionale.

¹⁰⁸⁶ Piovano di già le questioni pregiudiziali di legittimità sollevate dai giudici di merito per violazione dell'art. 3 e, questione di grande rilievo teorico, dell'art. 117 per violazione delle norme dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento internazionale (la direttiva sul termine, il principio di non regresso e l'art 6 della CEDU, giusto processo), ma anche per violazione degli art. 101, 102 c., 2 e 104 Cost.: si v. Trib. Roma ord. 15.09.09 con ampia e articolata motivazione est. Conte. Pure Trib. Ascoli Piceno, ord. 30.09.2008, est. Boeri; Corte app. Bari ord. 18.9.2009 est. Castellaneta.

¹⁰⁸⁷ Si rinvia a M. Militello, *La responsabilità della P.A. per la violazione della disciplina sul contratto a termine*, di prossima pubblicazione in questa Rivista.

¹⁰⁸⁸ In argomento, cfr. L. Zappalà, *Le oscillazioni del pendolo: la riforma "continua" del contratto di lavoro a tempo determinato nelle P.A.*, in questa Rivista, 2008, p. 310-314 e ora M. Militello, *La responsabilità della P.A.*, op. loc. cit.

¹⁰⁸⁹ È d'altro canto da escludere che l'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 fino ad un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto prevista - ora dall'art. 4 bis del d.lgs. 368/2001 come modificato dall'art. 21 della l. n. 133/08 - possa rappresentare parametro di riferimento del giudice. In tal senso, M. Militello, op. cit.

almeno nelle intenzioni, la responsabilità a carico del dirigente che abbia posto in essere il contratto illegittimo. Si confida, infatti, che l'imputazione della responsabilità erariale - per cui occorre il dolo o la colpa grave - possa essere rafforzata con la specifica previsione di una responsabilità dirigenziale in sede di valutazione di risultato (art. 49, 5° comma ultima parte¹⁰⁹⁰). Rispetto a questa novità si può osservare che, in effetti, si appalesa una sorta di stravolgimento della responsabilità dirigenziale e del suo sistema di imputazione. La responsabilità dirigenziale, accertata attraverso il procedimento di valutazione, come è noto, implica il capovolgimento del sistema di responsabilità e di controllo pregressi, sostituendo ad un controllo di mera legittimità formale dei comportamenti dirigenziali, la valutazione in concreto dei risultati dell'operare. La valutazione riferita ai risultati implica, infatti, soprattutto il raggiungimento di obiettivi predeterminati dall'amministrazione politica. Da cui la possibile torsione del sistema di valutazione e, dunque, di responsabilità che potrebbe essere insita nell'innovazione: il sistema di valutazione, in tal caso, servirebbe non tanto a valutare il raggiungimento degli obiettivi e la performance del dirigente ma la legittimità formale del suo comportamento (se abbia violato o meno la legge che regola i rapporti di lavoro flessibili). Per cui il verosimile paradosso di un dirigente che abbia migliorato l'output e l'efficienza del suo settore, "forzando" magari sul ricorso al lavoro flessibile, ma "colto in fallo" nella stipula irregolare di un contratto flessibile. La coerenza del sistema, in effetti, può essere salvata, qualora si osservi come operano in concreto i sistemi di valutazione. Solitamente l'indennità di risultato - che della retribuzione accessoria, comprensiva dell'indennità di posizione, costituisce una porzione già ridotta - viene a sua volta suddivisa in due parti: quella riferita al raggiungimento degli obiettivi - di solito preponderante - e quella connessa, invece, con i comportamenti organizzativi e mirata, dunque, a valutare i comportamenti soggettivi dei dirigenti (su cui solitamente confluiscono risorse quantitativamente poco significative). È evidente, allora, che soltanto per questo limitato segmento del complessivo procedimento di valutazione potrebbe avere rilevanza l'innovazione legislativa¹⁰⁹¹. Ma se si considera quanto già rilevato (scarsità delle risorse devolute alla valutazione delle prestazioni), e il giudizio diffuso¹⁰⁹² di ineffettività complessiva del sistema di valutazione della dirigenza, pare che possa concludersi che la nuova disposizione sanzionatoria possa avere, nei confronti di comportamenti mirati alla stipula irregolare di contratti flessibili, la medesima efficacia dissuasiva del ruggito del topo. È probabile allora che il nuovo legislatore, per l'efficacia di questa nuova sanzione, confidi nell'entrata in vigore delle annunciate modifiche in materia di valutazione della dirigenza¹⁰⁹³.

4.2 La somministrazione.

Due le innovazioni per la somministrazione: essa è esplicitamente vietata per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali; lo impedisce il rapporto di ufficio con connessa rappresentanza esterna del dirigente e del funzionario direttivo, ma pure il vincolo fiduciario che lega le figure apicali all'amministrazione: il lavoratore somministrato, ancorché inserito, nella organizzazione dell'ente, rimane pur sempre un lavoratore dipendente dell'agenzia.

¹⁰⁹⁰ "I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286".

¹⁰⁹¹ Su questi temi già G. Nicosia, *La dirigenza statale tra fiducia, buona fede ed interessi pubblici*, in DLRI, 2003, spec. p.287.

¹⁰⁹² Confermato da diverse analisi sul campo, si veda il documento ANCI, *Qualità del lavoro e buona amministrazione nei comuni, La proposta Anci su valutazione e responsabilità del personale*, Cittalia, ANCI ricerche, Milano, 2007.

¹⁰⁹³ Si v. gli artt. 3 e 5 del DdL delega n. 847.

Si registra, tuttavia, una novità di cui non è chiaro se il legislatore della l. n. 133/08 sia pienamente consapevole. Il comma 3 del nuovo articolo 36 del Tupo (art. 39 della l. 133/08), prevede che, allo scopo di evitare abusi “nell’utilizzo di lavoro flessibile”, le amministrazioni nell’ambito delle rispettive procedure, rispettano principi di imparzialità e trasparenza.

Questa disposizione è esplicitamente riferita a tutte le tipologie di lavoro flessibile di cui si occupa la norma; anzi, volendosene dare un senso, oltre che una rilevanza giuridica, si potrebbe affermare che essa si riferisca precipuamente al lavoro somministrato; era, infatti, già nel sistema che l’assunzione a termine, anche per il contratto di formazione, avvenisse tramite selezione pubblica e non ci sarebbe stato, dunque, bisogno di ribadirlo; oltretutto la norma riferisce i principi di imparzialità e trasparenza genericamente all’“utilizzo” di lavoro flessibile e non specificamente all’“assunzione” (che è la formula che si sarebbe dovuta utilizzare se si fosse inteso escludere l’applicazione dei principi di evidenza pubblica al lavoro somministrato).

Detto questo, pare ovvio che il riferimento ai principi di imparzialità e trasparenza anche (e soprattutto) al lavoro somministrato, non possa significare soltanto ciò che è già insito nel sistema; e, cioè, che la scelta da parte dell’amministrazione dell’agenzia con la quale stipulare il contratto di somministrazione sia sottoposta alle procedure di evidenza pubblica e, dunque, del codice degli appalti. La norma parla di utilizzo del lavoro somministrato non di scelta dell’agenzia (che sarebbe stato, a quel punto, pleonastico).

Se si vuole dare un senso alla norma, altro non può essere che la individuazione, da parte dell’agenzia, dei lavoratori da avviare presso le pubbliche amministrazioni deve “rispettare” i principi di imparzialità e trasparenza. Con la conseguenza che un datore di lavoro privato - nella specie l’agenzia - viene sottoposto ad alcuni principi dell’evidenza pubblica nel momento dell’avviamento alle pubbliche amministrazioni.

Questo ovviamente non significa che l’agenzia del lavoro per avviare i lavoratori alla pubblica amministrazione debba bandire concorsi pubblici, ma neppure concorsi con regole di diritto privato per il relativo reclutamento. L’agenzia deve limitarsi (e la pubblica amministrazione ha un onere di controllo che potrebbe costituire una precisa clausola del contratto di somministrazione) a rispettare un minimo di imparzialità e di trasparenza quando si accinge ad avviare lavoratori alle pubbliche amministrazioni, dopo essersi aggiudicata la gara. Sarebbe pertanto opportuno – per rispettare quanto previsto dalla nuova disposizione - che le pubbliche amministrazioni, che decidessero di utilizzare lavoro somministrato, inserissero nei capitolati di appalto clausole contenenti il nucleo minimo di principi di imparzialità e pubblicità cui le agenzie devono conformarsi nell’avviamento.

Risulta evidente l’obiettivo della nuova disposizione: si cerca di contrastare il fenomeno per cui, attraverso patti sottostanti e occulti, le agenzie si sono rese disponibili alle richieste, provenienti dagli amministratori politici, di avviamento *ad personam*, con sostanziale elusione del vincolo della trasparenza e della imparzialità. Questa prassi ha costituito quasi una clausola non scritta del contratto di somministrazione tra pubblica amministrazione e agenzia. Se è lecito, anzi rientra nelle finalità della somministrazione, che un imprenditore privato segnali all’agenzia il lavoratore da avviare, la medesima prassi, nella pubblica amministrazione, diventa elusiva del principio dell’evidenza pubblica.

Un’ultima notazione, con riferimento a quanto detto nei §§ precedenti sulla durata cumulativa

dei contratti di lavoro flessibile e per dare coerenza al sistema. Un lavoratore utilizzato in somministrazione da una pubblica amministrazione può essere assunto con un contratto a termine, se supera la selezione pubblica, anche se il cumulo dei due periodi superi i tre anni nel quinquennio: la selezione pubblica opera come cesura.

Non viceversa; un lavoratore che abbia già cumulato tre anni con contratto a termine nel quinquennio, non può, poi, essere avviato in somministrazione; il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza da parte della agenzia nella procedura di avviamento non può essere equiparato ad un concorso o selezione pubblica e, quindi, non opera come cesura rispetto al cumulo, per cui si incorrerebbe nello stesso e, quindi, nella fattispecie vietata.

4.3 Il contratto di formazione e lavoro.

Il secondo comma dell'art. 36 fa pure riferimento al contratto di formazione che è contratto a causa mista e a termine finale utilizzabile dalle pubbliche amministrazioni, nella sua regolazione storica non più applicabile al lavoro privato. A rigore anche questa tipologia contrattuale dovrebbe essere utilizzata per esigenze temporanee ed eccezionali; ma la sua finalizzazione (una forma di contrattuale flessibile di assunzione mirata ad un periodo di formazione e di prova lungo) ne consiglia una interpretazione che adegui la struttura dell'istituto alla sua funzione nel lavoro pubblico. Pur essendo considerato una forma flessibile di impiego, in ragione del suo termine finale, la sua causa formativa (e non potrebbe essere altrimenti) ne consente la utilizzabilità anche per esigenze non eccezionali e temporanee ma per attività ordinarie anche perché finalizzato alla assunzione definitiva (se una pubblica amministrazione assume per formare, investe, ovviamente, anche per il futuro).

5. Il part time.

Significative le novità in materia di part time nella pubblica amministrazione contenute nella l. n.133/08. Come è noto, il part time nel settore pubblico non è considerato un contratto flessibile con riferimento all'orario e all'organizzazione del lavoro, con riferimento alla sua collocazione temporale. Sin dalla sua originaria regolazione - non a caso disgiunta dai provvedimenti generali di riforma del lavoro pubblico (art. 1 commi 58 e 59 l. 23.10.96, n. 662) – il part time è stato considerato un modello contrattuale funzionale a ridurre la spesa per il personale e a consentire una deroga al regime di incompatibilità dei dipendenti pubblici nella assunzione di incarichi con soggetti diversi dall'ente di appartenenza. L'attuale riforma non cambia questa formale finalizzazione dell'istituto, come si evince anche dalla sua collocazione (il part time è inserito sotto il capo II, "*contenimento della spesa per il pubblico impiego*"); e come è reso pure esplicito dai lavoratori preparatori del Senato¹⁰⁹⁴.

Questa funzionalizzazione del part time al risparmio di spesa, risalente alla finanziaria 97, si evidenziava con l'attribuire un vero e proprio diritto al pubblico dipendente di richiedere la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno in part time, con correlato obbligo di concessione da parte della amministrazione di appartenenza, la quale soltanto in presenza di accertati e motivati "gravi pregiudizi" poteva rinviare ma non negare la concessione.

Questo meccanismo muta con la l. n. 133/08 e per questo aspetto il regime di part time nel lavoro

¹⁰⁹⁴ Schede di lettura senato vol. II sub art. 73; si veda pure la circolare citata alla nota 14.

pubblico sembra allinearsi a quello del lavoro privato, secondo, per altro, pregressi auspici dottrinali. Ciò nella misura in cui la concessione del part time, anche nel lavoro pubblico, così come nel lavoro privato, diventa un atto discrezionale.

Questo allineamento, tuttavia, è solo apparente. Il nuovo regime regolativo, che risulta dalla novella del comma 58 dell'art. 1 della l. 23 dicembre 1996, n. 662, attuata con l'art. 73 della l. n. 133/08, consente alla pubblica amministrazione di rifiutare e non, semplicemente, di differire la richiesta di concessione di part time. Il rifiuto è giustificato qualora si accerti l'esistenza di "un semplice" (non più "un grave") pregiudizio alla funzionalità della amministrazione stessa.

Secondo un'interpretazione coerente con i principi generali di correttezza e buona fede - che reggono gli atti anche di diritto privato delle pubbliche amministrazioni - il rifiuto dovrebbe essere motivato evidenziando, anche succintamente, il pregiudizio che l'organizzazione del lavoro subirebbe dalla accettazione dell'istanza di trasformazione.

Con questo cambiamento, il legislatore considera il part time, nel lavoro pubblico, un contratto funzionale soltanto all'interesse dell'amministrazione, e non più del dipendente pubblico (anche se la richiesta di trasformazione deve pervenire pur sempre da quest'ultimo). Solo se l'amministrazione considera prevalente l'interesse al risparmio di costo su quello funzionale organizzativo, il part time può essere concesso.

Può, allora, concludersi che la riconsiderazione del part time nel lavoro pubblico, secondo la modifica descritta, si inquadra nell'azione di contrasto generale ai proventi percepiti fuori dal rapporto di lavoro con l'ente di appartenenza, in qualche modo rafforzando la fidelizzazione del lavoratore pubblico (in questo caso forzosa)¹⁰⁹⁵.

La disposizione da un lato, dunque, restringe la possibilità di ricorso al part time da parte dei dipendenti. Dall'altro filtra la possibilità di dar luogo a tale rapporto attraverso le esigenze funzionali dell'ente che non può imporre certo il part time, ma, se richiesto, può concederlo solo sulla base di una valutazione di ottimizzazione della prestazione di lavoro part time.

Questo spiega l'affermazione precedente e cioè che l'allineamento del part time al settore privato è, in realtà, solo apparente o limitato. Nel lavoro privato, il part time è funzionale alla flessibilizzazione degli orari e del tempo di lavoro; nel lavoro pubblico, il suo rifiuto, ad un recupero di efficienza e produttività. Con la modifica della regolazione del part time nel pubblico impiego si tende, dunque, ad avvicinare la struttura dell'istituto con la regolazione nel lavoro privato, ne rimane però divaricata la funzione.

6. Il regime di incompatibilità.

La disposizione sull'incompatibilità (art. 46 l. n. 133/08) non introduce un nuovo regime, ma è mirata a rafforzare e rendere effettivo l'esistente regime regolato dal TUPI (art. 53 del d.lgs n.165/2001) con rinvio alla l. n. 3 del 1957 (art. 60).

Essa intende rafforzare il sistema dei controlli sulla base dell'assunto che l'attuale sistema presenti ampie crepe in termini di effettività: sotto questo profilo la disposizione ha più un valore di norma monito (maggiori verifiche da parte del dipartimento della funzione pubblica) e si presenta

¹⁰⁹⁵ Si vedano le schede di lettura senato citate alla nota precedente.

conformata, per altro, a misura delle amministrazioni statali.

7. I contratti di lavoro autonomo occasionale e di collaborazione coordinata e continuativa nelle pubbliche amministrazioni.

Con l'art. 46, che modifica ulteriormente il comma 6 dell'art. 7 del TUPI, si ribadisce l'iter restrittivo sugli incarichi esterni - attraverso formule contrattuali di lavoro autonomo - inaugurato dal legislatore degli ultimi anni¹⁰⁹⁶: si conferma che i consulenti delle pubbliche amministrazioni, a qualunque titolo, paiono essere diventati gli untori del secolo XXI. A guardare l'iterazione dei provvedimenti su questa materia, sembrerebbe che tutti i mali delle pubbliche amministrazioni dipendano dai consulenti. Non si può certo sostenere che abusi non ci siano stati, ma la caccia al consulente sembra costituire una sorta di automatica panacea per risolvere tutti i mali delle pubbliche amministrazioni e soprattutto i problemi di deficit.

Quali le novità dell'ultimo giro di vite: viene, intanto, confermata la maggiore enfaticizzazione della effettiva utilità dell'incarico di lavoro autonomo. La Corte dei conti ha sempre denunciato non soltanto la genericità delle motivazioni concernenti il ricorso a tali incarichi, ma anche l'effimera leggerezza nella dimostrazione, a consuntivo, essi siano risultati effettivamente utili all'ente pagatore: che i soldi cioè siano stati spesi bene. Sotto questo profilo, dopo l'aggiustamento normativo, nell'atto di conferimento di incarico non sarebbe inopportuna una rapida indicazione dei risultati attesi, così come un atto ricognitivo a consuntivo.

Secondo la Corte dei conti la motivazione di conferimento di incarico dovrebbe essere specifica e non generica, anche con riguardo all'impossibilità soggettiva e oggettiva del personale interno (mancanza di professionalità idonee o saturazione delle maestranze interne).

Una novità riguarda l'alta qualificazione dell'incaricato con "contratto di lavoro autonomo di natura occasionale o coordinata e continuativa" (si elimina opportunamente la stucchevole differenziazione descrittiva tra consulenze, incarichi di studio e ricerca e si riconduce tutto al tipo giuridico).

La norma conferma quella che era una condivisibile interpretazione che si era fatta strada all'indomani della finanziaria 2008: si prescinde dal possesso della laurea in quelle fattispecie in cui la professionalità è data dall'iscrizione all'albo o è, per così dire, in *re ipsa* cioè inerente all'incarico conferito (arte, spettacolo e mestieri artigianali). In questo caso (secondo comma dell'art. 46), l'amministrazione deve, comunque, aver accertato la "maturata esperienza nel settore" e si deve dar luogo ad un contratto d'opera ex art. 2222 o 2230 c.c. per le professioni intellettuali, vale a dire ad una prestazione occasionale e non coordinata e continuativa.

Resta salvo per le amministrazioni, come già previsto dal comma 6 bis introdotto dall'art. 32 del d.l. n.233/06, l'obbligo di avvalersi dei consulenti dopo averli selezionati con non meglio specificate procedure comparative regolate dagli ordinamenti interni.

Su tale questione, rimane fermo quanto chiarito da precedenti circolari e in parte ribadito nei

¹⁰⁹⁶ Per una chiara ricostruzione si rinvia a G. Ricci, op. loc. cit.

lavori preparatori della l. n.133/08. E cioè che la procedura comparativa sarebbe davvero eccessiva per le collaborazioni occasionali che sono effettivamente tali quando non superano, convenzionalmente, il tetto dei 5000 euro o la durata dei 30 gg. (ma gli ordinamenti interni potrebbero individuare diversi requisiti¹⁰⁹⁷). Sono pure fatti salvi i casi regolati da regimi speciali: in materia di progettazione di lavori pubblici (art. 90 d.gls n.163/06 codici dei contratti), per gli addetti stampa e per i singoli incarichi di patrocinio legale; per questi ultimi non occorre la selezione preventiva, trattandosi di incarichi fiduciari, salva l'applicazione della normativa sull'appalto di servizio quando si tratta di affidamento di servizi legali e non di singoli incarichi¹⁰⁹⁸. Rimane da chiedersi se anche quando si tratti di prestazioni artistiche e artigianali occorra, comunque, procedere alla selezione comparativa, posto che in tal caso l'*intuitus personae* e l'elemento fiduciario acquisiscono particolare rilievo.

Viene, poi, confermato l'obbligo della preventiva determinazione di durata, luogo e oggetto della prestazione autonoma.

Il legislatore insiste, stavolta prevedendo una non meglio specificata responsabilità amministrativa per il dirigente, sul fatto che non può essere utilizzato il contratto di lavoro autonomo, nella forma della COCOCO (ultimo capoverso del comma 6 dell'art. 7 del TUPI), per funzioni ordinarie. Su questo si è avuto modo di esplicitare il dissenso¹⁰⁹⁹.

7.1 Le disposizioni specifiche per gli enti locali.

Viene confermata, a scopo di limitazione, la forte procedimentalizzazione della scelta dell'ente locale di ricorrere al contratto di lavoro autonomo con riguardo sia all'*an* sia al *quomodo*. Con riguardo all'*an*, si allenta la disposizione della finanziaria precedente¹¹⁰⁰ nel senso che i contratti di collaborazione autonoma (nozione onnicomprensiva delle diverse tipologie) non devono essere solo quelli previsti nel programma approvato dal consiglio ma anche quelli più semplicemente riferiti alle attività istituzionali dell'ente, stabilite dalla legge¹¹⁰¹.

Sulla base di tale disposto, e considerato che l'attività istituzionale degli enti locali non può essere considerata ontologicamente differente dalle "funzioni ordinarie" per le quali è vietato il ricorso alle altre amministrazioni, si dovrebbe concludere su un'evidente discrasia e disparità di trattamento tra enti locali e tutte le altre amministrazioni. Se, infatti, si interpretasse la disposizione letteralmente non si potrebbero in generale stipulare contratti di collaborazione autonoma di tipo coordinata e continuativa per attività ordinarie, ma gli enti locali potrebbero farlo per le attività istituzionali previste dalla legge (che altro non sono, da loro punto di vista, che le attività ordinarie).

¹⁰⁹⁷ Si v. la circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri n.2/08.

¹⁰⁹⁸ Si rinvia a G. Ricci op. cit.

¹⁰⁹⁹ Si rinvia a B. Caruso op. cit.

¹¹⁰⁰ L'art. 46 comma 2 della l. n.133/08 dispone: "L'articolo 3, comma 55, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 è così sostituito: «Gli enti locali possono stipulare contratti di collaborazione autonoma, indipendentemente all'oggetto della prestazione, solo con riferimento alle attività istituzionali stabilite dalla legge o previste nel programma approvato dal Consiglio ai sensi dell'articolo 42, comma 2, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267».

¹¹⁰¹ In tal senso pure la Circolare Anci del 6 agosto 2008 in *Gespelnwes*, contra P. Briguori, *PA, co.co.co. e consulenze a maglie strette*, in *Pubblico impiego*, Il sole 24 ore, n. 9, 2008, p. 25 ss.

Da questo paradosso (più che un paradosso un'illegittima disparità di trattamento) si esce soltanto suggerendo un'interpretazione sistematica: le funzioni ordinarie di cui parla l'ultimo capoverso del comma 6 dell'art. 7 del TUIP, che sono vietate a pena di una specifica responsabilità del dirigente¹¹⁰², andrebbero lette come attività di basso livello professionale, per le quali è vietato il ricorso alle COCOCO; mentre non è escluso il ricorso alla collaborazione occasionale e alle COCOCO di alto profilo professionale, anche per attività ordinarie e fermo restando l'alta specializzazione. A norma dell'art. 7 comma 6 lett.a), infatti, "l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite all'amministrazione conferente", ancorché "per obiettivi specifici e determinati"; tali competenze corrispondono alle attività istituzionali di cui si parla nella norma specifica per gli EELL, vale a dire, le funzioni e le attività ordinarie con esclusione di quelle di basso livello professionale, su cui insiste, per tutte le amministrazioni, lo specifico divieto introdotto con la norma sanzionatoria.

Un'altra novella, riferita sempre agli Enti locali, stabilisce che l'obbligo di inserire il limite di spesa non deve necessariamente essere previsto nel regolamento che definisce i criteri e le modalità procedurali, ma dovrà essere fissato nel bilancio annuale preventivo. L'Anci nella sua circolare consiglia di adattare i regolamenti già emanati a queste più flessibili disposizioni e si può concordare con questa indicazione.

8. Le malattie dei dipendenti pubblici e la "guerra" all'assenteismo.

Il capitolo della legge n. 133/08 sulle malattie dei pubblici dipendenti è, in effetti, quello che più ha segnato la popolarità del ministro Brunetta e che costituisce un'effettiva discontinuità rispetto al passato. L'intervento è da condividere, e anche da ammirare sotto il profilo tecnico perché è un classico uovo di Colombo.

Non ci si sarebbe dovuto sorprendere del fatto che la ricetta "meno soldi meno malati immaginari", avrebbe funzionato per ridurre l'assenteismo almeno quello dichiarato; il provvedimento, come riconosce il Ministro nelle sue ripetute esternazioni, non contrasta certo il fenomeno dell'assenteismo non dichiarato, quello della presenza/assenza simboleggiata dalla famosa giacca sulla sedia di lavoro con il cartello "sto tornando"¹¹⁰³.

Lo confermano i dati snocciolati dal ministero e pubblicati nel sito web della funzione pubblica che sembrano un bollettino di guerra vittoriosa a un punto tale di trionfalismo, che il ministro si è pure potuto permettere di organizzare pubblicamente l'autoironia¹¹⁰⁴. Il problema semmai sono i malati veri che pagano, come al solito, per chi ha abusato, così come il contribuente onesto si vede vessato in Italia con un'alta tassazione in ragione del comportamento degli evasori.

L'intervento contenuto nell'art. 71 ha richiesto già due circolari interpretative, ma si tratta di chiarimenti che rientrano nell'ordinaria dialettica perché, si ripete, il meccanismo è tecnicamente

¹¹⁰² Non a caso la disposizione accomuna questa fattispecie a quella dell'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati.

¹¹⁰³ In un suo ultimo intervento sembrerebbe che il Ministro intenda accomunare, almeno con riguardo ai rimedi, il/la pubblico/a dipendente che esce ed entra dall'ufficio con la borsa della spesa al tifoso di calcio. Anche gli uffici delle pubbliche amministrazioni dovrebbero dotarsi, infatti, come gli stadi, di tondelli girevoli. La notizia sul sito web della Repubblica del 5 ottobre 2008.

¹¹⁰⁴ Si fa riferimento al concorso - con tanto di premio - pubblicato sul sito del Corriere della sera e sul sito della funzione pubblica sulla più bella vignetta anti brunetta. I dati sulla riduzione dell'assenteismo che starebbero per toccare il traguardo della riduzione del 50% pubblicati sul sito del dipartimento funzione pubblica http://www.funzionepubblica.it/ministro/pdf_home/indagine_pilota.pdf, *Indagine Pilota: Monitoraggio delle assenze per malattia dei dipendenti pubblici*.

semplice e ben congegnato.

Nei primi dieci giorni di malattia, e per ogni singolo episodio che si reitera nel corso dell'anno, (ogni episodio di malattia, anche la ricaduta nella stessa fa ripartire i dieci giorni) il dipendente ha diritto soltanto al trattamento economico fondamentale.

La prima circolare la n. 7/08 della Presidenza del Consiglio dei ministri chiarisce che le voci del trattamento economico tabellare fondamentale sono costituite dal trattamento iniziale e di sviluppo economico, dalla tredicesima mensilità, dalla retribuzione individuale di anzianità se acquisita, da eventuali assegni ad personam per il comparto ministeri e analoghe voci per il personale dipendente da altri comparti. Altri chiarimenti sono contenuti per la retribuzione dei dirigenti, per cui per l'indennità di posizione, la parte fissa rientrerebbe nel trattamento fondamentale, quella variabile nel trattamento accessorio.

Detto questo resta, tuttavia, un atroce dubbio: che l'effetto dissuasivo della norma sia stata tale (se occorre dare fede - e non c'è motivo per non farlo - ai dati forniti dal dipartimento della funzione pubblica) perché, ancora, gli assenteisti cronici e i malati immaginari non si sono resi del tutto conto che, alla fine, la disposizione promette più di quanto mantiene.

Le indennità e gli emolumenti che vanno "tagliati" sono quelli fissi e continuativi, esclusi quelli fondamentali; oltre che, con formula più generica, ogni altro trattamento accessorio. Orbene, per la dirigenza pubblica *nulla quaestio*: guardando alla struttura della retribuzione di un qualsiasi dirigente pubblico ci si avvede del peso rilevante della retribuzione accessoria su quella fondamentale. Ma si da il caso che, anche in virtù della maggiore autodeterminazione sul tempo di lavoro, la dirigenza pubblica ricorra con minore frequenza alla assenza per malattia per gestire "il proprio tempo liberato". L'assenteismo per malattia immaginaria è più questione che riguarda, soprattutto, i/le lavoratori/trici del comparto.

Orbene, scorrendo la struttura della retribuzione di quest'ultimi, e le norme contrattuali in materia di assenza per malattia nei vari comparti, ci si avvede che, a prescindere dagli istituti della retribuzione fondamentale, gli istituti di retribuzione ulteriori, fissi e continuativi e i trattamenti accessori, oltre a non essere quantitativamente rilevanti come nella dirigenza, sono già spesso esclusi dalla contrattazione collettiva in caso di malattia¹¹⁰⁵. Per cui la situazione non cambierebbe granché rispetto al passato.

Si aggiunga, per altro, che molte delle indennità ulteriori rispetto al trattamento fondamentale (i premi collettivi di risultato, l'indennità di ateneo nell'università e simili in altri comparti ecc.), non sono fisse e continuative ma erogate una volta l'anno, per cui le amministrazioni dovrebbero ricorrere a complicati calcoli per decurtarle (in ragione dei giorni di assenza di ogni dipendente); e ciò sempre che tali emolumenti possano essere fatti rientrare nella formula "ogni altro trattamento accessorio" di cui parla la norma, posto che esse non costituiscono indennità o emolumento avente carattere fisso e continuativo. Si aggiunga, infine, che alcune indennità fisse e continuative, ulteriori rispetto al trattamento fondamentale, quali potrebbero essere l'indennità di

¹¹⁰⁵ Si v. ad esempio l'art. 21 comma 7 del CCNL comparto ministeri, personale non dirigente che testualmente prevede "Il trattamento economico spettante al dipendente che si assenti per malattia è il seguente: a) intera retribuzione fissa mensile, con esclusione di ogni compenso accessorio, comunque denominato"; v. anche l'art. 23 comma 6 del comparto sanità; l'art. 26 comma 8 CCNL comparto università.

straordinario o l'indennità di turno, si perderebbero comunque in caso di malattia, per loro intrinseca struttura, a prescindere da ogni previsione di legge.

Se così fosse, ma occorrono verifiche ulteriori, in questo caso non siamo di fronte ad un vero e proprio ruggito del topo, ma a qualcosa che comunque gli assomiglia molto.

Qualcuno¹¹⁰⁶ si è posto il dubbio circa la compatibilità di questa disposizione con l'art. 36 (retribuzione sufficiente) e con l'art. 32 (diritto alla salute) della Cost.; dubbio che viene superato considerando il limite temporale della decurtazione che rende la norma comunque ragionevole. Si può concordare con questa posizione. Semmai il problema che potrebbe porsi in astratto è se in questo modo la legge, incidendo sulla retribuzione, finisce per invadere un campo che le disposizioni del TUPI riservano all'autonomia collettiva.

Un giro di vite riguarda anche il meccanismo di controllo con riferimento alla giustificazione della malattia che, in caso di superamento di dieci giorni o dopo il secondo episodio, deve essere certificata esclusivamente mediante attestazione di una struttura sanitaria pubblica.

Il chiarimento ministeriale che considera legittimato anche il medico di famiglia depotenzia l'efficacia di questa disposizione. È stato notoriamente il medico di famiglia la grande fabbrica di certificati medici non del tutto veritieri (il disegno di legge delega contiene specifiche disposizioni su questo punto¹¹⁰⁷). Si esclude pertanto dal potere di rilascio del certificato soltanto il medico libero professionista.

Il giro di vite riguarda anche le fasce di reperibilità estese praticamente all'intera giornata lavorativa e anche oltre, dalle 8 alle 20 con un'ora soltanto di intervallo. Secondo alcuni¹¹⁰⁸ questa disposizione sarebbe irragionevole e quindi costituzionalmente illegittima perché violerebbe eccessivamente la libertà di movimento del lavoratore, oltre il limite del normale orario di servizio. La problematica è indubbiamente da approfondire.

I risparmi così ottenuti servono al risanamento dei conti pubblici e non possono essere re-distribuiti ai dipendenti attraverso l'incremento dei fondi destinati alla contrattazione collettiva.

9. L'orario di lavoro.

Le più importanti modifiche sul regime di orario di lavoro contenute nell'art. 41, che reca modifiche al d.lgs n.66/03, riguardano, di fatto, l'impresa privata e toccano marginalmente le pubbliche amministrazioni. Le nuove disposizioni sono state pensate per le imprese¹¹⁰⁹, anche se il d.lgs n. 66/03, salve le eccezioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 2, si applica a tutti i settori di attività anche pubblici e, dunque, formalmente anche alle pubbliche amministrazioni (comma 1, art. 2).

Così per quel che riguarda le disposizioni sul lavoratore notturno, sul lavoratore mobile, l'esclusione dei lavoratori della vigilanza dal campo di applicazione del decreto, e altre. Le disposizioni di semplificazione, come le comunicazioni del superamento del limite delle 48 ore settimanali, non dovrebbero riguardare numerose pubbliche amministrazioni, posto che non vi è dato, di

¹¹⁰⁶ P. Jori, *La legittimità costituzionale dell'articolo 71 della legge 6 agosto 2008 n. 133*, in Lexitalia.it, Rivista internet di diritto pubblico n. 9/2208.

¹¹⁰⁷ DDL delega n. 857 art. 6 lett. c).

¹¹⁰⁸ P. Jori, *op. loc. cit.*

¹¹⁰⁹ Si v. M. Tiraboschi, *Il «pacchetto Sacconi» sul lavoro: prima interpretazione*, in *Guida al lavoro*, n. 28, p. 16 ss.

norma, riscontrare simili regimi di orario (salvo per funzioni particolari, autisti addetti agli organi di direzione politica, personale di staff ecc.).

Qualche possibilità di applicazione delle nuove disposizioni alle pubbliche amministrazioni riguarda, invece, la norma sul diritto settimanale al riposo: le 24 ore di riposo settimanale, con la nuova disposizione (art. 41 comma 5 che novella l'art. 9 comma 1 del d.lgs n. 66/03), possono essere considerate come media in un periodo non superiore a quattordici giorni. Il datore di lavoro può organizzarsi imponendo di lavorare sette giorni, compresa la Domenica, e far recuperare due giorni di riposo nella settimana successiva. Il riposo settimanale multi periodale potrebbe riguardare specifiche professionalità e funzioni riscontrabili in alcune amministrazioni pubbliche; per esempio, per i servizi assicurati dai vigili urbani, nella sanità e anche in casi particolari: per il lavoro extra in occasione di competizioni elettorali, nei comuni, nelle prefetture, negli uffici giudiziari. In tal caso, piuttosto che ricorrere alla turnazione (con relativa indennità), o allo straordinario festivo, l'amministrazione potrebbe utilizzare la disposizione in questione, con eliminazione del riposo settimanale, salvo recupero successivo (e fermo restando la maggiorazione per lavoro domenicale).

Su questa disposizione la discussione si è aperta. Da ambienti sindacali se ne contesta la legittimità costituzionale e il contrasto con la Carta di Nizza¹¹¹⁰.

Anche l'art. 41 comma 4 l. n. 133/08, in materia di riposo giornaliero frazionato, che ha degli effetti sui lavoratori coinvolti in regimi di reperibilità, può sicuramente riguardare i lavoratori del comparto sanità e dell'area della dirigenza medica e sanitaria. Ma l'approfondimento porterebbe molto lontano. Ci si limita a segnalare la questione.

9.1 Le disposizioni specifiche in materia di orario della dirigenza medica e sanitaria.

Per il personale delle aree dirigenziali degli Enti e delle aziende del Servizio Sanitario Nazionale, si riscontra una specifica disposizione di rilievo (l'art. 41 comma 13 della l. n. 133/08). Tale disposizione prevede per le dirigenze, tipicamente professionali di quelle aree, l'esclusione dei vincoli relativi alla durata massima dell'orario di lavoro (art. 4 d.lgs n.66/03) e dei riposi giornalieri (art. 7 d. lgs. n.66/03).

La disposizione potrebbe apparire pleonastica perché alla dirigenza del servizio sanitario si sarebbero dovute di già applicare le norme generali in materia di orario che esplicitamente escludono per la dirigenza una serie di disposizioni¹¹¹¹.

A ben guardare, però, l'eccezione contenuta nell'art. 17 citato, fonda la propria ratio sul carattere tendenzialmente "autodeterminato" dell'orario di lavoro dei dirigenti. In linea con il principio di "autogestione" dell'attività da parte del dirigente, nella contrattazione collettiva di categoria (lavoro privato) e di area (lavoro pubblico), generalmente, non si prevede alcuna predeterminazione quantitativa dell'orario di lavoro, limitandosi genericamente i CCNL a fare obbligo al dirigente di garantire la presenza in servizio e di organizzare il tempo di lavoro in modo flessibile, in relazione

¹¹¹⁰ Nota dell'ufficio giuridico della CGIL del 9 settembre 2008 a firma di A. Allamprese.

¹¹¹¹ Secondo l'art. 17 comma 5 lett. a) del d.lgs. 66/2003) " Nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, le disposizioni di cui agli articoli 3, 4, 5, 7, 8, 12 e 13 non si applicano ai lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non e' misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti, di personale direttivo delle aziende o di altre persone aventi potere di decisione autonomo (...)".

alle esigenze della struttura cui egli è preposto.

Una consistente eccezione alla deroga alla norma di tutela è rappresentata, nel settore pubblico, dal Contratto collettivo del comparto Sanità - area dirigenziale che, all'art. 14 comma 2, al contrario delle altre dirigenze pubbliche, predetermina la durata dell'orario settimanale dei dirigenti. Il fatto che il Contratto collettivo nazionale predetermini la durata dell'orario di lavoro settimanale di tale categoria di personale, vale a rendere automaticamente inapplicabile la deroga generale di cui all'art. 17, comma 5, d. lgs. n. 66 del 2003¹¹¹². Come si diceva sopra, presupposto giuridico essenziale della deroga è la "non predeterminazione dell'orario di lavoro". Nel caso della dirigenza medica e sanitaria i contratti prevedono, invece, la predeterminazione dell'orario di lavoro, intesa, anche in virtù della giurisprudenza della corte dei conti¹¹¹³, come orario minimo obbligatorio.

Per il profilo dell'orario della dirigenza medica e sanitaria, la disposizione non sembra, dunque, innovare il quadro precedente posto che si occupa invece di orario massimo e di riposo giornaliero. Dove, invece, innova è, appunto, nella previsione della possibilità di deroga, anche per la dirigenza medica e sanitaria, per quel che concerne la durata massima dell'orario di lavoro e i riposi giornalieri, fatto salvo il potere della contrattazione collettiva di definire "le modalità atte a garantire ai dirigenti condizioni di lavoro che consentano una protezione appropriata e il pieno recupero delle energie psicofisiche".

Questa norma non va certamente nel senso di contraddire la configurazione dello status della dirigenza medica e sanitaria (non apicale) come dirigenza professionale (più natura di lavoratore subordinato che di *alter ego* del datore di lavoro), ma conferma che, in ragione della qualifica posseduta, a questa categoria di dipendenti (più in quanto tali che in quanto dirigenti, verrebbe da dire¹¹¹⁴) non si applicano, eccezionalmente, alcune disposizioni legali di tutela in materia di orario di lavoro (orario massimo e riposo giornaliero) rinviando, secondo lo schema tipico della legislazione comunitaria in materia di orario, alla contrattazione collettiva (di livello non specificato) il potere di adattamento della deroga alla norma di tutela.

10. Assunzioni presso le società controllate.

Le società che gestiscono servizi locali a totale partecipazione pubblica si conformano ai principi di assunzione previsti all'art. 35 comma 3 del TUP¹¹¹⁵ che altro non sono che i principi dell'evidenza pubblica riferiti alle assunzioni nel settore delle pubbliche amministrazioni. Non si applica,

¹¹¹² Si v. in questo senso la nota del Ministero del lavoro e della previdenza sociale dell'8.02.2007 prot. n. 25/l/0001741 in risposta all'istanza di interpello avanzata dall'AUSL di Imola.

¹¹¹³ Si v. Corte dei conti, sez. giur. Liguria, sent. n. 460/2008 del 27 luglio 2008, ove rinvio a precedenti conformi.

¹¹¹⁴ Sulla differenziazione delle dirigenze pubbliche si rinvia a G. Nicosia, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la "buona amministrazione"*, op. cit.

¹¹¹⁵ E cioè: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione

tuttavia, l'intero sistema delle assunzioni regolato dal TUPI, per esempio, la nullità del contratto per violazione delle norme sulle assunzioni e la competenza del giudice amministrativo in materia di concorsi¹¹¹⁶.

Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo, che non gestiscono servizi pubblici locali, devono ispirarsi ai principi dell'evidenza pubblica di origine comunitaria (di trasparenza, pubblicità e imparzialità) la cui differenza con quelli di cui al comma 3 dell'art. 35 del TUPI non è data vedere, se non per il fatto che, nel primo caso, si possa considerare dinamico il rinvio all'art. 35 comma 3, che se dovesse cambiare, in ragione delle ulteriori riforme annunciate, influenzerebbe i provvedimenti che le società che gestiscono i servizi locali devono adottare.

Il rischio che la disposizione presenta è di una lettura inerziale del primo comma, e cioè che le società controllate dagli EELL che gestiscono servizi locali, adeguino passivamente i propri regolamenti a quelli degli EELL (in realtà finiscano per adottarli). I regolamenti degli EELL, come è noto, in materia di concorsi pubblici, si ispirano a quelli delle amministrazioni statali, pur potendosene distaccare. Per cui alla fine il rischio è che anche società private, che dovrebbero operare nel mercato, finiscano per dover reclutare, con le regole del concorso pubblico (per esempio con bandi pubblicati nella G.U.) o dell'avviamento tramite servizi pubblici per l'impiego delle basse qualifiche. Questo adeguamento inerziale e passivo non è affatto imposto dalla norma. Conformarsi e rispettare i principi dell'evidenza pubblica non significa adottare le regole del pubblico concorso.

Le procedure, ispirate ai principi dell'evidenza pubblica, non danno ovviamente luogo ad un procedimento amministrativo; la selezione ispirata ai principi dell'evidenza pubblica, posta in essere da una impresa, rimane pur sempre una procedura di diritto privato, che, in quanto tale, è sottoposta al controllo del giudice ordinario (per il rispetto dei principi di correttezza e buona fede; quest'ultimi "colorati per legge" dai principi più specifici dell'evidenza pubblica).

In Sicilia questa disposizione è stata anticipata per le società e le autorità d'ambito¹¹¹⁷, alcune delle quali si sono dotate di regole di diritto privato nelle procedure di reclutamento, rispettose dei principi dell'evidenza pubblica; come avveniva del resto con i concorsi privati negli enti pubblici economici¹¹¹⁸.

11. Modifiche del sistema di contrattazione collettiva.

La l. 133/08, all'art. 67, contiene alcune modifiche al sistema di contrattazione collettiva pubblico con riguardo soprattutto, ma non solo, alla contrattazione collettiva integrativa. Poiché nel disegno di legge delega sono annunciate disposizioni di modifica del sistema contrattuale attuale, che vanno nello stesso senso di quelle già contenute nella l. n.133/08¹¹¹⁹, non è chiaro se si tratti di

politica dell'amministrazione, che non ricoprono cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali.

¹¹¹⁶ Art. 63 commi 2 e 4 del TUPI.

¹¹¹⁷ L'art. 45, comma 2, della Legge regionale Sicilia 08 febbraio 2007, n. 2 (Disposizioni programmatiche e finanziarie per l'anno 2007), "Le società e le autorità d'ambito assumono nuovo personale solo attraverso procedure di evidenza pubblica".

¹¹¹⁸ P. Alleva, *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1980.

¹¹¹⁹ Si veda l'art. 2 lett. d-g del disegno di legge delega.

un primo assaggio, o se il governo intende in prosieguo mettere mano più radicalmente alle regole della contrattazione collettiva pubblica, ritornando pure sulle modifiche testé introdotte.

Sulla contrattazione collettiva integrativa, principale imputata non a torto dell'incremento del costo del personale nelle pubbliche amministrazioni e, negli EELL in particolare secondo indagini dell'ANCI¹¹²⁰, si interviene in vari modi:

a) Si abbatte la scure dei tagli sui fondi disponibili e ad essa devoluti, attraverso una riduzione (art. 67, commi 1,3,5) e il congelamento per il 2009 dei finanziamenti previsti da una serie di disposizioni riguardanti singole amministrazioni o comparti, con relativa disapplicazione delle stesse (comma 2). Tutto ciò in attesa di nuovi criteri e modalità (non si capisce se fissate dalla legge di riforma del TUPI in discussione in parlamento, o dalla stessa fonte contrattuale) che definiscano *“una più stretta correlazione di tali trattamenti alle maggiori prestazioni lavorative e allo svolgimento di attività di rilevanza istituzionale che richiedono particolare impegno e responsabilità”* (comma 2).

b) Aumentano i controlli, con particolare riferimento al controllo contabile dei revisori e soprattutto della Corte dei Conti che vede in tal modo notevolmente aumentato il proprio carico di lavoro. Le amministrazioni hanno, infatti, l'obbligo di inviare alla Corte dei conti - tramite il ministero dell'economia e delle finanze - *“specifiche informazioni sulla contrattazione collettiva integrativa, certificate dagli organi di controllo interno”* (comma 8). Il controllo della Corte dei conti - sulla base di coerenti informazioni fornite dal Dipartimento della ragioneria generale - sembra estendersi anche ai contenuti della contrattazione e non soltanto ai risultati finanziari. La Corte, infatti, oltre al rispetto dei vincoli finanziari, deve accertare la concreta definizione e applicazione di *“criteri improntati alla premialità, al riconoscimento del merito ed alla valorizzazione dell'impegno e della qualità della prestazione individuale, con riguardo ai diversi istituti finanziati dalla contrattazione integrativa, nonché a parametri di selettività, con particolare riferimento alle progressioni economiche”* (comma 9). Questo significa che tutti gli accordi decentrati, anche quelli relativi alla dirigenza, che prevedono sostanzialmente meccanismi retributivi a pioggia e non premiali, sono soggetti alla scure della Corte dei conti. Nel nuovo DDL delega in discussione in Parlamento la materia della valutazione della dirigenza dovrebbe essere, per altro, definitivamente sottratta alla contrattazione collettiva e regolata soltanto dalla legge. Misura, quest'ultima, pienamente condivisibile.

c) Aumentano gli obblighi di pubblicità sui risultati della contrattazione integrativa: i risultati della contrattazione integrativa devono esseri resi chiari e visibili sul sito web dell'ente (comma 11 dell'art. 67 l. n. 133).

d) Si rafforza in qualche modo anche il controllo della Corte dei conti in sede di rinnovo del contratto nazionale con una modifica dei commi 6 e 7 dell'art. 47 del TUPI (comma 7 lett. a, b e c dell'art. 67 della l. n.133/08). Se la Corte dei conti non concede una certificazione positiva, non si

¹¹²⁰ Supra nota 22.

può procedere alla sottoscrizione dell'ipotesi di accordo e bisogna riaprire le trattative con la sottoscrizione di una nuova ipotesi di accordo che adegui i costi contrattuali ai rilievi della Corte¹¹²¹.

e) Si confermano e si rafforzano le sanzioni di invalidità le clausole dei contratti integrativi in violazione dei limiti, con sospensione delle clausole contrattuali e con l'obbligo di recupero delle somme alla sessione contrattuale successiva. Vengono ribadite responsabilità erariali e amministrative degli amministratori e dirigenti che sottoscrivono questi contratti. Sull'effettività di queste disposizioni si dovrà, tuttavia, attendere la verifica sul piano della prassi applicativa.

¹¹²¹ Nella versione precedente dell'art. 47 TUI la riapertura delle trattative era solo eventuale e seguiva al fallimento dell'iniziativa dell'ARAN che, sentito il Comitato di settore o il Presidente del Consiglio dei ministri, poteva assumere iniziative necessarie per adeguare la quantificazione dei costi ai fini della certificazione, possibilmente aggirando pure i rilievi della Corte dei Conti. Si modifica conseguentemente il comma 7 dell'art. 47 posto che la riapertura necessaria delle trattative, in ipotesi di certificazione negativa della Corte dei conti, potrebbe condurre la durata delle stesse alle calende greche. A questo rischio dovrebbe soccorrere il nuovo sistema che, sembrerebbe, fissare la durata massima della procedura di certificazione in 55 giorni rispetto ai 40 previsti in precedenza, data la possibilità di sospendere una sola volta per 15 giorni e per motivate esigenze istruttorie del Comitato di settore o del Presidente del consiglio dei ministri, il termine di decorrenza. I contratti allo scadere del 55° giorno della sottoscrizione dell'ipotesi di accordo, senza che la procedura di certificazione sia conclusa, divengono efficaci. Resta il dubbio che l'ipotesi di accordo di cui parla il nuovo comma 7 dell'art. 47, e a cui si riferisce la regolazione ivi prevista, con il termine massimo di 55 giorni, sia quella che venga fuori dopo la riapertura delle trattative conseguente alla certificazione negativa della Corte dei conti sulla prima ipotesi di accordo. Se così fosse, alla prima ipotesi di accordo, non è garantita alcun termine finale per la efficacia del contratto, posto che la certificazione negativa riaprirebbe le trattative e soltanto dopo la certificazione positiva della Corte dei conti (che in astratto potrebbe essere negata anche alla seconda ipotesi di accordo) si aprirebbe la procedura del nuovo comma 7 dell'art. 7. Ma una tale interpretazione pare poco plausibile perché costituirebbe un vulnus al principio di autonomia collettiva e all'esigenza di chiudere in tempi comunque ragionevoli l'iter negoziale.

Genetic Data and Labour Law*

Anna Trojsi

1. Introduction.	280
2. Fields of application and aims of genetic data use for employment purposes.	281
3. "Threats" and "Opportunities" in using genetic information.	282
4. International and EU sources concerning the processing of genetic data for employment purposes.	284
5. The Italian sources. The General Authorization for the Processing of Genetic Data of 22 February 2007.	286
6. Enforceability to the processing of genetic data of the principles and rules stated by the Italian labour law regarding the control of workers' health.	288
7. Confirmation and integration of workers' protection made by the general regulation on the protection of personal data (Legislative Decree n. 196/2003). Irrelevance of the workers' consent and unlawfulness of Art. 46(3), contained in the Medical Code of Practice of 16 December 2006.	293
8. The necessity of a proper law discipline on genetic data processing for employment purposes.	295

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 67/2008

1. Introduction.

The subject concerning the use of genetic data for employment purposes¹¹²² is still confined, as far as concerns the Italian legal system, to a future perspective. Differently, with respect to other countries, particularly in the United States where the custom to submit workers or applicants to genetic tests is already well established, in Italy the same tests are not in use, also because of their costs. Eventually, this future perspective is not so distant, since we expect a broader diffusion of these practices because of the growing attention paid to this subject not only by the International and European observers, but also by the Italian observers.

It is obvious that the possible uses of the genetic tests for employment will depend on advances in medicine, as well as type and usefulness, significance and sensitivity of information obtained¹¹²³. Nonetheless, these data will be of great importance and of growing implication if, as we expect, thanks to the improvement of the gene mapping techniques, there will be an increasing number of illnesses of which it will be possible to establish not only a simple “predisposition” – a mere “future probability” – but also the “certitude” of a subject to contract them.

By now, thanks to the sequencing genome technique, it is possible to find out a number of diseases that a subject will certainly contract, and which are relevant also for employment purposes.

¹¹²² M. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2003, p. 87 ss.; K.A. DEYERLE, *Genetic testing in the workplace: employer dream, employee nightmare. Legislative regulation in the United States and the Federal Republic of Germany*, in *Comparative Labour Law Journal*, 1997, p. 555; J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Pruebas genéticas en el derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 1999; S. GEVERS, *Use of genetic data, employment and insurance: an international perspective*, in *Bioethics*, 1993, n. 2-3, p. 126; R. GUARINIELLO, *Informazioni genetiche e riservatezza. Riflessioni sul mondo del lavoro*, in *Bioetica*, 2002, p. 671; F. INTRONA, *Lo screening genetico ed il giudizio di idoneità al lavoro*, in *Diritto e Società*, 1992, p. 29; G. LYON-CAEN, *Genétique et Droit du Travail*, in *Revue Internationale de Droit Économique*, 1993, n. 3, p. 68; V. MELE, G. GIRLANDO, E. SGRECCIA, *La diagnosi genetica sui lavoratori: recenti acquisizioni scientifiche, problematiche etiche ed etico-giuridiche*, in *Medicina e Morale*, 1990, p. 301; E. RIZZO, *Informazioni genetiche e riservatezza. Implicazioni in tema di contratti di assicurazione e di rapporti di lavoro*, in *Rassegna Amministrativa della Sanità*, 2001, n. 2, p. 122; A. TROISI, *Sulla tutela dell'identità genetica del lavoratore*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2008, p. 47; E. VIGO, *Dna: quale futuro per la privacy dei lavoratori dipendenti?*, in *Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 1994, p. 243; A.M. ZOCCHI DEL TRECCO, *Aids e informazioni sul patrimonio genetico*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 1991, p. 1649.

¹¹²³ G.F. AZZONE, *Il contributo dei geni e della cultura allo sviluppo delle persone*, in *Bioetica*, 2004, p. 609 ss.; M. BUCCHI, *Il Progetto Genoma e la scienza che cambia*, in *Il Mulino*, 2000, p. 1039; C. CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, 2004, n. 4, p. 841; C. CASONATO (edited by), *Life, Technology and Law*, Second Forum for Transnational and Comparative Legal Dialogue (Levico Terme – Italy, June 9-10, 2006), Cedam, Padova, 2007; C. CASONATO, C. PICIOCCI (edited by), *Biodiritto in dialogo*, Cedam, Padova, 2006; R. CRISCUOLI, *La biomedicina ed il principio di identità genetica nel diritto europeo*, in *Nuove Autonomie*, 2002, p. 661; F. DI MARZIO, *Manipolazioni genetiche della vita umana. Legittimazione e possibilità del discorso giuridico*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2003, p. 521; R. ELLIOTT, *Identity and the ethics of gene therapy*, in *Bioethics*, 1993, p. 27; S. FILIPPI, *La clonazione umana e il diritto alla propria identità genetica*, in *Archivio Giuridico*, 2001, p. 509; G. FINOCCHIARO, *Possibilità di risposte terapeutiche alle conoscenze sul genoma umano e sui test genetici*, in *Bioetica*, 2002, p. 679; G. GENNARI, *Identità genetica e diritti della persona*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2005, p. 623; J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002; H. JONAS, *Technik, Medizin und Ethik - Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1987; B.A. KNOPPERS, *L'integrità del patrimonio genetico: diritto soggettivo o diritto dell'umanità?*, in *Politica del Diritto*, 1990, p. 341; P. MAGNANI, *Tutela del paziente e protezione dei dati genetici*, in *L'Arco di Giano*, 2005, n. 46, p. 167; N. MUCCI, V. ROMANO-SPICA, G. RICCIARDI, S. PERTICAROLI, *Il sistema informativo GenScreen 1.0: uno strumento per l'informazione sui rischi genetici in ambito occupazionale*, in www.bioigene.it/articoli_pdf/sistema_informativo_genscreen.pdf, 2004; G. PENNING, *The right to privacy and access to information about one's genetic origins*, in *Medicine and Law*, 2001, n. 20, p. 1; R. PRODOMO (edited by), *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2005; G. SANTANIello, *Ricerca genetica e tutela della persona*, Paper presented at the International Conference on «Social, psychological and legal implications of human genetics» (Rome, 21-22 March 2002), in www.interlex.it/675/santaniello2.htm, 2002; L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 53 ss. and 171 ss.; P. VINEIS, *Test genetici e problemi bioetici*, in *Bioetica*, 2002, p. 690; D.C. WERTZ, J.C. FLETCHER, K. BERG, *Review of Ethical Issues in Medical Genetics*, in www.who.int, 2003.

These are the so-called “neurodegenerative monofactorial diseases”, i.e. genetically determined diseases, such as the so-called “triplet-repeat pathologies”¹¹²⁴ (the well-known Huntington’s disease¹¹²⁵, but also, for example, myotonic dystrophy¹¹²⁶, spinocerebellar ataxias¹¹²⁷ and Kennedy’s disease¹¹²⁸). To this type of illnesses we can add the so-called “multifactorial” pathologies for which, actually, it is only possible to determine the predisposition of a subject to contract them (tumours, diabetes, schizophrenia, Alzheimer’s disease, arterial hypertension, many cardiovascular diseases, etc.)¹¹²⁹.

2. Fields of application and aims of genetic data use for employment purposes.

For a recognition of the fields of application of genetic data for employment purposes, we distinguish between three main sectors:

- a) The sector of *labour relations*, where the processing of data is made by the employer or on his behalf: *during the so-called pre-recruitment phase*, with the aim of selecting applicants by identifying those not suited to a particular duty because of a declared illness or because of the presence of a particular risk to contract a disease, occupational or not, or because of the possible onset of a disablement status; and, *during the performance of the employment relationship*, in order to adopt decisions and measures for a better management of the employment staff (i.e., modification of duties, advancement, transfer, dismissal of the employee, protective measures for working environment)¹¹³⁰. The peculiarity of genetic diseases – with respect to the common pathologies – is that at the moment of recruitment it is possible (or rather frequent) that they have not developed yet and that, as a matter of fact, they will appear later, perhaps during the advanced phase of working life. Therefore, the employer verifies not the actual economic advantages, but the perspective convenience of recruiting or maintaining a worker in terms of costs and charges.
- b) The sector of *labour market*: the subject of genetic data processing is already preminent during the phase which precedes pre-employment, and for its same reasons, i.e. during the phase of

¹¹²⁴ J. SHAO, M.I. DIAMOND, *Polyglutamine diseases: emerging concepts in pathogenesis and therapy*, in *Human Molecular Genetics*, 2007, n. 2, p. 115.

¹¹²⁵ F.O. WALKER, *Huntington’s disease*, in *Lancet*, 2007, n. 369, p. 218.

¹¹²⁶ G. MEOLA, *Clinical and genetic heterogeneity in myotonic dystrophies*, in *Muscle Nerve*, 2000, n. 23, p. 1789; T.M. WHEELER, C.A. THORNTON, *Myotonic dystrophy: RNA-mediated muscle disease*, in *Current Opinion in Neurology*, 2007, n. 20, p. 572.

¹¹²⁷ A. DÜRR, A. BRICE, *Clinical and genetic aspects of spinocerebellar degeneration*, in *Current Opinion in Neurology*, 2000, n. 13, p. 407; L. SCHÖLS, P. BAUER, T. SCHMIDT, T. SCHULTE, O. RIESS, *Autosomal dominant cerebellar ataxias: clinical features, genetics, and pathogenesis*, in *Lancet Neurology*, 2004, n. 3, p. 291; B.W. SOONG, H.L. PAULSON, *Spinocerebellar ataxias: an update*, in *Current Opinion in Neurology*, 2007, n. 20, p. 438.

¹¹²⁸ H. ADACHI, M. WAZA, M. KATSUNO, F. TANAKA, M. DOYU, G. SOBUE, *Pathogenesis and molecular targeted therapy of spinal and bulbar muscular atrophy*, in *Neuropathology and Applied Neurobiology*, 2007, n. 33, p. 135.

¹¹²⁹ M. AIMO, *Privacy*, cit., p. 90; A. BOMPIANI, *Genomica funzionale e proteomica: recenti sviluppi della ricerca nelle malattie poligeniche e considerazioni etiche*, in *Medicina e Morale*, 2003, p. 797; P. BORSELLINO, *Mappatura del genoma umano, protezione delle tracce genomiche e informazioni genetiche*, Paper presented at the Study Meeting held by the “Consiglio Superiore della Magistratura” on «Biologia, biotecnologia e diritto» (Rome, 8-10 November 2001), in *www.globius.org*, 2001; L.M. BUCCI, M. PAGANELLI, A. VENTURA, F. VENTURA, R. CELESTI, *Osservazioni etiche e implicazioni medico-legali in materia di “test genetici”*, in *Medicina e Morale*, 2005, p. 799; A. PIAZZA, *Sul progetto genoma. Implicazioni etiche e responsabilità del genetista*, in *Bioetica*, 2002, p. 651; M. PIEROTTI, *La diagnosi di predisposizioni o suscettibilità genetiche all’insorgenza dei tumori*, in *Bioetica*, 2002, p. 659. In particular, on the relationship between genetic predisposition and the worker’s exposure to carcinogenic agents, see A. ASMUNDO, D. SAPIENZA, G. SPATARI, *Aspetti etici e di liceità dell’applicazione degli screening genetici in ambito occupazionale*, in *Giornale Italiano di Medicina del Lavoro ed Ergonomia*, 2006, suppl. al n. 3.

¹¹³⁰ V. D’ANTONIO, *I dati genetici*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (edited by), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 387 ss.

research and selection of personnel, particularly when these procedures are adopted by private agencies.

c) The sector of *social security*, in which emerge the same topics as those relating to genetic data for insurance domain. In this respect we have to distinguish between:

1) public (compulsory) social security systems for *accidents at work and occupational diseases, and disablement*, for which the genetic features of a subject may substantially affect the contribution obligations, and whose amount could be related to the probability evaluation and severity of the disease, and to the predictable degree of disability and its presumable length (permanence or temporariness of the cause which reduces the physical or psychological abilities);

2) public (compulsory) social security systems for *old-age retirement*, where genetic data may affect above all and even more than the contributive obligations, the quantification of the social benefits, through the estimate of proportionality of social benefits with respect to the expected lifetime (which is of inferior amount for subjects having lesser possibilities of getting a disease and, therefore, with a superior expectation of lifetime);

3) finally, the area of *integrative social security*, in which the danger of diversification and personalization of the premium and benefits in accordance to risk are even more affected on behalf of its voluntary, optional and supplementary nature, and which is still based on private-oriented attitudes.

d) Furthermore, it should not be forgotten that, in all the above mentioned sectors, genetic data of the employee's relatives too may acquire relevance, since the same employee (or applicant) benefits facilities (i.e. permissions and leaves, social security fees, several types of assistance, etc.) relating to his or her relative's health.

3. "Threats" and "Opportunities" in using genetic information.

The subject of the use of genetic data for employment purposes, commonly focuses more on the threats rather than on the opportunities it involves¹¹³¹.

The implied *threat* is that of *genetic discrimination*: i.e. unjustified disparity in the treatment of workers, based on genetic features¹¹³².

¹¹³¹ F.M. CIRILLO, *La progressiva conoscenza del genoma umano: tutela della persona e problemi giuridici connessi con la protezione dei dati genetici*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2002, p. 2209.

¹¹³² S. ALVAREZ GONZALEZ, *Derechos fundamentales y proteccion de datos geneticos*, Dykinson, 2007; C. CASONATO, *La discriminazione genetica: una nuova frontiera nei diritti dell'uomo?*, in *I diritti fondamentali in Europa*, XV Biennial Colloquium (Messina-Taormina, 31 May – 2 June 2001), Giuffrè, Milano, 2002, p. 641; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 83; F. DI CIOMMO, *La privacy sanitaria*, in R. PARDOLESI (edited by), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2003, II, p. 295 ss.; A. GUARNERI, *Identità genetica e privacy doctrine (il modello statunitense)*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, suppl. al n. 4, p. 37; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bologna, 1995, pp. 119-120 e 202; S. RODOTÀ, *Intervista su privacy e libertà*, made by P. CONTI, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 126 ss.; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2007, sp. p. 196 ss.; G. SANTANIELLO, C. FILIPPI, *Dati genetici, genoma e privacy*, in A. LOIODICE, G. SANTANIELLO (edited by), *La tutela della riservatezza*, Cedam, Padova, 2000, p. 542; N. SMITH, *The right to genetic privacy? Are we unlocking the secrets of the human genome only to risk insurance and employment discrimination?*, in *Utah Law Review*, 2000, p. 705; M.L. SUAREZ ESPINO, *El Derecho a la Intimidad Genética*, Marcial Pons, 2008.

Actually, thanks to genetic data, the morphology of discrimination has changed. It presents, as a matter of fact, some totally new characteristics, which are not comparable to other causes of discrimination at work (sex and sexual orientation, race and ethnic origins, language, personal beliefs and opinions, age), even with respect to the more frequent forms of discrimination based on health conditions (seropositivity and AIDS, drug addiction and alcoholism, handicap)¹¹³³. In effect, for the so-called “traditional” forms of discrimination, the threat is determined by the belonging to a certain “category” or group (i.e. women, non-EU citizens, homosexuals, sieropositives, drug-addicts, alcoholists, handicap, etc.). The identification of a subject is easier if he belongs to a threatened “category”. On the contrary, it is not possible to determine a “category” of subjects who risk to be discriminated because of certain genetic features, since it is not possible to define groups to discriminate. It is, on the contrary, a discrimination based on “personal and individual conditions”, varying from subject to subject, and from case to case. Therefore, it is very complicated trying to identify possible or even actual discrimination tendencies. So, everyone can be potentially subject to a possible or actual discrimination, because of the countless various reasons connected to the extreme variability and complexity of genetic makeup. Obviously, it is absolutely not possible to distinguish between “good” and “bad” human beings for reasons of genetic differences. On the contrary, it may be possible that a subject – having certain genetic features or, even, having the same genetic features – is considered as suited in certain contexts, or fit for the execution of certain tasks, and is then discriminated in other contexts.

Nonetheless, in certain contexts, genetic discrimination can combine with other discriminating factors, such as those relating to ethnical origins. When certain genetic features are common to a number of subjects and when their diffusion is characterized by uniformity and extension, i.e. features belonging to a same territory or to a same race or biologic family. In this case, genetic discrimination can be assimilated to a “category” based discrimination, involving threats of stigmatization. From this point of view, the individual dimension is backed up by the collective dimension, even if in the same period a multiethnic and multicultural society is gaining ground¹¹³⁴.

Differently with respect to other forms of discrimination, genetic discrimination is not based on the subject’s “actual” status, already embodied and concrete at the moment of discrimination (i.e. being affected by a determined disease or impairment); rather, it is based on a purely “potential” condition, whose concretization remains uncertain.

Genetic discrimination has rather uncertain boundaries which are difficult to determine, particularly in employment. Therefore, it is surely more difficult to prevent discrimination with the traditional mechanisms of protection (in particular, gender protection), even if we try to adapt these mechanisms to a model of reference.

The *opportunities* of genetic assessment are, on the contrary, represented by the availability of another instrument for the *protection of health and safety* at work. They allow the adoption of targeted measures and behaviours aimed at limiting as much as possible the risk of onset of a

¹¹³³ On the discriminations at work see the latest, M. BARBERA (edited by), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007; S. BORELLI, *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2007; G. DE SIMONE, *Dai principi*, cit.; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005.

¹¹³⁴ L. CHIEFFI (edited by), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Paravia, Torino, 2000; L. CHIEFFI (edited by), *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, Giappichelli, Torino, 2005.

certain disease for which a subject has a predisposition, when the pathology has connections to the work environment or to the materials used at work. Furthermore, they can be of help since they facilitate the *selection of a “worker suited for a particular task”*.

Because of the characteristics of these data it is, therefore, very difficult and delicate trying to distinguish between *legitimate assessment of physical suitability* (or not), even *protection of workers' health* and, on the contrary, *forbidden discrimination*.

4. International and EU sources concerning the processing of genetic data for employment purposes.

The approach to this subject is mainly concerned with the threats connected to genetic tests, as confirmed by the prohibition of discrimination based on genetic features practically contained in the most important international and European sources [Art. 6, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, adopted on 11 November 1997; Art. 7, UNESCO International Declaration on Human Genetic Data, adopted on 16 October 2003; Point 5, Hugo Ethics Committee Statement of December 2002, on «Human Genomic Databases»; Articles 1 and 11, Convention of the Council of Europe (COE) on Human Rights and Biomedicine, adopted in Oviedo on 4 April 1997; Art. 21, Charter of Fundamental Rights of the European Union, proclaimed at Nice on 7 December 2000¹¹³⁵]¹¹³⁶.

As shown by the relevance given by the international sources, the subject concerning genetic data in employment is particularly important, together with the subject concerning health and life insurances with whom it is often put together because of their affinity¹¹³⁷. The concern is so high that the documents that specifically approach this profile are rigidly delimited, sometimes strictly closed, inspired by a prohibitionist attitude towards the processing of genetic data for employment purposes, especially if these are the results of “genetic screenings” on workers. Whereas, it is possible to notice a broader opening towards the so-called “genetic monitoring”¹¹³⁸.

It suffices to mention in this respect international sources, such as: the International Labour Organization (ILO) Code of Practice on «Protection of Workers' Personal Data» of 1997 (Par. 6.12), the ILO «Technical and Ethical Guidelines for Workers' Health Surveillance» of 1998 (Par. 3.20), and the ILO Second Global Report on «Equality at Work: Tackling the Challenges», drawn up on

¹¹³⁵ R. BIFULCO, *Dignità umana e integrità genetica nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Bioetica*, 2003, p. 443 ss. The same concern is at the basis of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) «Guidelines for Quality Assurance in Molecular Genetic Testing», adopted on 10 May 2007; about this inquiry see also the OECD Report, of October 2007, on «Genetic Testing: a Survey of Quality Assurance and Proficiency Standards». See also E. RONCHI, D. HARPER, A. TAYLOR, A.G. HASLBERGER, *Genetic Testing: Policy Issues for the New Millennium*, in *Community Genetics*, 2000, n. 3, p. 161.

¹¹³⁶ G. SANTANIELLO, C. FILIPPI, *Dati genetici*, cit.

¹¹³⁷ S. LANDINI, *Assicurazioni sanitarie e privacy genetica*, in *Diritto Pubblico*, 2003, p. 219; S. RODOTÀ, *La vita*, cit., p. 193. For a more detailed recognition of the international and EU sources concerning this subject, please admit reference to A. TROISI, *Sulla tutela*, cit.

¹¹³⁸ On the various types of genetic tests, see A. PIZZOFERRATO, *Brevetto per invenzione e biotecnologie*, Cedam, Padova, 2002, p. 64 ss.; D. SHAPIRO, *Report on Genetic Screening and Testing*, in *www.who.int*, 1994.

10 May 2007; the UNESCO International Declaration on Human Genetic Data, adopted on 16 October 2003 [Art. 14(b)]; the Resolution 2004/9 of the United Nations Economic and Social Council, adopted on 21 July 2004, on «Genetic Privacy and Non-discrimination» (Point 5); the Statement of World Health Organization (WHO) Expert Advisory Group on «Ethical Issues in Medical Genetics» (adopted on 1998); the Report by the WHO Advisory Committee on Health Research, drawn up on 2002, on «Genomics and World Health», which has inspired the World Health Assembly Resolution WHA57.13 of 22 May 2004, this too about «Genomics and World Health» (Par. 8.3.2); and the Report of WHO Expert Advisory Group on «Review of Ethical Issues in Medical Genetics», drawn up on 2003 (Part II, Par. 5.4, 5.5, 7.3, 7.4 and 8.2.6; Table 3, Point 4; Table 6, Point 5; Table 7, Point 9; Table 12, Point 6)¹¹³⁹.

Equally strict are the European sources, and in particular, as far as concerns the *Council of Europe*: the already mentioned Oviedo Convention of 1997 [Articles 12 and 26(1)]¹¹⁴⁰, the Recommendation n. R(92)3 of the COE Committee of Ministers to Member States on Genetic Testing and Screening for Health Care Purposes, adopted on 10 February 1992 [Par. 6(a,b)] and the Recommendation n. R(97)5 of the COE Committee of Ministers to Member States on the Protection of Medical Data, adopted on 13 February 1997 (Par. 4.7, 4.8, 4.9, 5.4 and 6.2)¹¹⁴¹. Whereas from the *European Union* there are: the European Parliament Resolution on «The Ethical and Legal Problems of Genetic Engineering», adopted on 16 March 1989 (from Point 13 to 18); the European Parliament Resolution on «The Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine», adopted on 20 September 1996 (Point 6); and the European Parliament Resolution on «Respect for Human Rights in the European Union», adopted on 16 March 2000 (Point 64); the Communication from the European Commission, adopted on 27 August 2001, that launched the «First Stage Consultation of Social Partners on the

¹¹³⁹ See also: the Report by the WHO Secretariat on «Cloning in Human Health», drawn up on 1 April 1999 (Art. 8); the Report by the WHO Secretariat on «Control of Genetic Diseases», drawn up on 21 April 2005 (Par. 14); and the WHO Report, drawn up on 2006, on «Medical Genetic Services in Developing Countries. The Ethical, Legal and Social Implications of Genetic Testing and Screening» [Par. 1, 2.1, 4.3.4, 4.4, 5 e 5.2(xv); Box 5, Point 2.1(j)]; the «International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects», prepared in 2002 by the Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) in collaboration with the WHO (Guideline n. 5, Point 17); the Hugo Ethics Committee Statement of February 1998, on «Dna Sampling: control and access»; the World Medical Association (WMA) Declaration of Helsinki on «Ethical Principles for Medical Research involving Human Subjects», adopted on June 1964 and more than once amended (above all, Par. 21); the WMA «Proposed International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services», adopted on 1997; and the WMA Statement on Genetics and Medicine, adopted on 2005 (Par. 19); finally, the «International Code of Ethics for Occupational Health Professionals», adopted on March 2002 by the International Commission on Occupational Health (ICOH) (Par. 12). See also, G. BERLINGUER, L. DE CASTRO, *Report of the IBC on the Possibility of Elaborating a Universal Instrument on Bioethics*, in *www.who.int*, 2003; S. RUMBALL, A. MCCALL SMITH, *Human Genetic Data: Preliminary Study by the IBC on its Collection, Processing, Storage and Use*, in *www.who.int*, 2002.

¹¹⁴⁰ A. LORETI-BEGHE, *Normativa internazionale e ricerca biomedica. Conquiste attuali e prospettive future*, in *www.academia.vita.org.*, 2001; C. PICCOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, III, p. 1301; S. RODOTÀ, *La vita*, cit., p. 175 ss.; R. SAPIENZA, *La convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1998, p. 457; E. SGRECCIA, *La Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Medicina e Morale*, 1997, p. 9.

¹¹⁴¹ See also the Recommendation of the COE Parliamentary Assembly n. 1512 of 25 April 2001, on «Protection of the Human Genome by the Council of Europe» (Par. 8); the Report by the COE Committee of Experts Health Department on «Medical Examinations preceding Employment and/or Private Insurance: a Proposal for European Guidelines», drawn up on 1996 (Par. 2, 5, 5.2, 5.3 e 6); and the Draft Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning «Human Genetics», drawn up on 27 October 1997 by the Working Party on Human Genetics of the COE Steering Committee on Bioethics (CDBI) (Chapter II, Par. I).

Protection of Workers' Personal Data» (Par. 4), and the Decision of the European Commission, adopted on 31 October 2002, that launched the «Second Stage Consultation of Social Partners on the Protection of Workers' Personal Data» [Par. 3 and 4(b,g)]¹¹⁴²; the Opinion of the European Group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission, n. 18 of 28 July 2003, on «Ethical Aspects of Genetic Testing in the Workplace»¹¹⁴³; and also the «Working Document on Genetic Data» adopted on 17 March 2004 by the EU Article 29 Data Protection Working Party (above all, Par. IV and V)¹¹⁴⁴.

5. The Italian sources. The General Authorization for the Processing of Genetic Data of 22 February 2007.

In conformity with the indications given by the international and EU sources, the Italian legal system too seems to be mainly concerned with the risk of discrimination involved by the possible usefulness of genetic tests for employment. This concern is evident in the substantial prohibition referred to the use of genetic tests for employment purposes (except for extraordinary and definite cases), stated by the “Garante per la protezione dei dati personali” [i.e. the Italian data protection supervisory Authority, hereinafter referred to as “Garante”] in the General Authorization for the Processing of Genetic Data, adopted on 22 February 2007 – which is, in Italy, the sole source of regulation concerning the processing of genetic data, further to the special delegation contained in Art. 90 of the Legislative Decree n. 196 of 30 June 2003 (the Italian «Personal Data Protection Code»)¹¹⁴⁵ – probably because of the particular delicacy of the existential values involved, and because of the absence in Italy of a specific legislative regulation on the use of genetic

¹¹⁴² About this argument, see M. FREEDLAND, *Data Protection and Employment in the European Union. An Analytical Study of the Law and Practice of Data Protection and the Employment Relationship in the EU and its Member States*, in www.europa.eu.int, 1999; S. SIMITIS, *Reconsidering the premises of labour law: prolegomena to an eu-regulation on the protection of the employees' personal data*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 1999, II, p. 1581. See also, A. BELLAVISTA, *La protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro dopo il codice della privacy*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, I, p. 319 ss. The European Commission has made further interventions on this matter, such as: the Recommendations of the European Society of Human Genetics of November 2000, on «Genetic Information and Testing in Insurance and Employment: Technical, Social and Ethical Issues», which is part of a BIOTECH program financed by the Commission (from Point 1 to 5) (about this document, see B. GODARD, S. RAEBURN, M. PEMBREY, M. BOBROW, P. FARNDON, S. AYMÉ, *Genetic information and testing in insurance and employment: technical, social and ethical issues*, in *European Journal of Human Genetics*, 2003, n. 11, suppl. 2, p. 123); the European Commission Study of 2002, on «Genetic Testing: Patients' Rights, Insurance and Employment. A Survey of Regulations in the European Union»; finally, the «25 Recommendations on the Ethical, Legal and Social Implications of Genetic Testing», adopted on 2004 by the EC Expert Group [Recommendation n. 11(a, b, c)] (on this matter, see S. GAINOTTI, A.G. SPAGNOLO, *Test genetici: a che punto siamo in Europa? A margine del Rapporto e delle Raccomandazioni della Commissione europea sugli aspetti etici, giuridici e sociali dei test genetici*, in *Medicina e Morale*, 2004, p. 737).

¹¹⁴³ V. D'ANTONIO, *I dati genetici*, cit., p. 388 ss.; S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Cedam, Padova, 2006, p. 195. The Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the Committee of the Regions and the European Economic and Social Committee of 29 June 2005, on «Life Sciences and Biotechnology – A Strategy for Europe. Third Progress Report and Future Orientations» [COM(2005)286], has confirmed, among the future priority actions concerning genetic tests, that it will promote an initiative for the protection of personal data of the employees at work, taking into account the Opinion n. 18/2003 of the European Group on Ethics in Science and New Technologies (Par. 3.4.2).

¹¹⁴⁴ A. BELLAVISTA, *La protezione*, cit., p. 326; F. MASCHIO, *Il trattamento dei dati sanitari. Regole generali e particolari trattamenti per finalità di rilevante interesse pubblico*, in G. SANTANIELLO (edited by), *La protezione dei dati personali*, Cedam, Padova, 2005, p. 502.

¹¹⁴⁵ R. ACCIAI, *I trattamenti in ambito sanitario*, in R. ACCIAI (edited by), *Il diritto alla protezione dei dati personali. La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice*, Maggioli, Rimini, 2004, p. 517 ss.; F. CAGGIA, *Il trattamento dei dati sulla salute, con particolare riferimento all'ambito sanitario*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (edited by), *Il codice del trattamento dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 437 ss.; V. D'ANTONIO, *I dati genetici*, cit., p. 355 ss.; R. DE FRANCO, *Sub art. 90*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (edited by), *La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, Cedam, Padova, 2007, II,

data for employment purposes, and differently with respect to other countries such as the United States, Austria, Finland, Swiss Confederation, Sweden, France, Portugal, the Netherlands, Greece, Denmark and Esthonia¹¹⁴⁶.

As for employment, with the aim of health protection, the Authorization is granted only to health care practitioners (Point 2) and «exclusively for the purpose of allowing the authorised entities to fulfil specific obligations and/or ensure that such obligations are fulfilled, or to discharge specific tasks set out in Community legislation, laws and/or regulations with particular regard to *prevention of occupational diseases, and rehabilitation from physical and mental disability and/or impairment*, pursuant to the law». In these cases, «the processing operations may also concern the filling out of health records, certifications and other health care documents». The Authorization is also granted if the processing of genetic data is «indispensable to fulfil specific obligations or ensure that specific obligations are fulfilled, or to discharge specific tasks as set out expressly in Community instruments, laws and/or regulations applying to *social security and welfare, occupational and/or population safety and hygiene*, also without the data subject's consent, in compliance with the limitations laid down in the Garante's General Authorization for the processing of sensitive data in the employment context (n. 1/2008, of 19 June 2008) and without prejudice to the provisions contained in the code of practice referred to in Art. 111 of the Legislative Decree n. 196/2003» (reference is made to the «Code of conduct and professional practice by public and private entities for the processing of personal data for social security purposes or in connection with management of employer-employee relationships», by now not adopted yet); in these cases, «the processing may also concern the information related to medical history and/or the data subject's family members» (Point 3).

Since genetic data may be processed only for the purposes and by the subjects mentioned by the Authorization (Point 6), for all other cases we are obliged to deduce the prohibition to use data (in effect, because of the application of the general statement in Art. 11(2), of the Legislative Decree n. 196/2003). In particular, as far as concerns the employment sector, among the «whereas», the same Authorization states that «any other processing operations concerning genetic data that are not referred to herein shall be regarded as unlawful, except for those mentioned above, including employers' activities aimed at establishing employees' and/or job candidates' professional eligibility, irrespective of whether such activities are grounded on the data subjects' consent».

Moreover, the same concern for the discriminatory potentialities of genetic tests for employment purposes had already been underlined in the Agreement signed by the Italian Minister of Health and the Permanent Conference for the relationships between State, Regions and autonomous Provinces, of 15 July 2004, and in particular in the Document containing the «Guidelines for medical genetics activities» (Annex A, Par. 4.1); and also in the Reports of the National Committee for

p. 1346; A. PARISI, *Sub art. 90*, in S. SICA, P. STANZIONE (diretto da), *La nuova disciplina della privacy. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 385; O. PELLEGRINI, *Dati genetici*, in G.P. CIRILLO (edited by), *Il codice sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 357; G. SANTANIELLO, *Genoma: le leggi che tutelano i dati ci sono*, in *Ragiusan*, 2000, n. 195, p. 458.

¹¹⁴⁶ K.A. DEYERLE, *Genetic testing*, cit.; B. GODARD, S. RAEBURN, M. PEMBREY, M. BOBROW, P. FARNDON, S. AYMÉ, *Genetic information*, cit.; F. HENDRICKX, *Protection of workers' personal data in the European Union: general issues and sensitive data*, in www.europa.eu.int, 2002, p. 62 ss.; R. LATTANZI, *Il trattamento dei dati genetici*, in C. BRESCIANI (edited by), *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di disciplina*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 297; L.M. FRANCIOSI, *Identità genetica e ricerca di forme alternative di tutela nell'esperienza statunitense*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, suppl. al n. 4, p. 43; A. GUARNERI, *Identità genetica*, cit.

Biosecurity and Biotechnology redacted for the Italian Superior Institute of Healthcare of 19 May 1998, containing the «Guidelines for genetic tests» (Par. 2.3.1, 2.3.4, 6.1, 6.1.2, 6.1.3, 6.3, 6.5 and 8), and of 19 April 2006, containing the «Guidelines for the certification of bio-banks» (Par. 5.1); finally, in the Opinion of the National Committee of Bioethics, of 19 November 1999, about «Bioethical orientations regarding genetic tests» (Par. 2, 8, 9 and 13).

6. Enforceability to the processing of genetic data of the principles and rules stated by the Italian labour law regarding the control of workers' health.

In effect, the Italian legal system has not a specific legal regulation with regard to the processing of genetic data for employment purposes.

Nonetheless, it is necessary to verify whether it is possible to enforce principles and rules already present within labour law, to genetic data. Before examining the general rules concerning the processing of personal data, it is necessary to refer with priority to the labour law system, since according to the principle of *lex specialis*, the last one – being in fact a “special regulation” – prevails on the general rules.

This subject is part of a broader argument about the limits of lawfulness in the use of information about workers' health conditions. In examining the regulations, it is possible to demonstrate that in the Italian legal system, even in absence of a specific regulation, the processing of genetic data for employment purposes is not at all lacking protection, since it is possible to refer to principles and rules, stated in general, for the protection of workers' health.

With regard to the category of workers' health data – undoubtedly one of the most delicate – the criterion of “relevance” of the workers' data aimed at the evaluation of his or her professional aptitude, fulfilment of work obligations and management of labour relations, considered as a condition of legitimacy for data processing – as expressed by Art. 8 St.lav.¹¹⁴⁷ – has a particularly strict and defensive enforcement. The law shows a tendency to “legal predetermination”, that can be considered as definite, towards all workers' health data considered as “relevant” for employment purposes, and therefore object of knowledge and processing for employment purposes, with the subsequent prohibition, sometimes expressed, but often implicit, of processing any other information whose use is not allowed by the legislator. Differently from the general laws in force concerning all other information about the worker, in this case the law directly assesses, case by case, the “relevance” of information concerning the worker's health, and its limits.

a) Following the above outlined subdivision in three sectors, with regard to the possible uses of data for employment purposes, we are going to begin with the sector of *labour relations*. At this point, it is necessary to underline that data processing can assume two forms: the exercise of a “power” by the employer, or the fulfilment of an “obligation” by the employer.

As far as concerns the employer's *power* to control workers' health conditions, the main rule of reference is Art. 5 St.lav.¹¹⁴⁸: from which it can be deduced that the sole information which is

¹¹⁴⁷ A. TROJSI, *Sfera privata del lavoratore e contratto di lavoro (artt. 5, 8 e 26 St.lav.)*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2000, n. 24, p. 196; A. TROJSI, *Statuto dei lavori e protezione della sfera privata del lavoratore*, in *Democrazia e Diritto*, 2004, n. 3-4, p. 54.

¹¹⁴⁸ A. TROJSI, *Sfera privata*, cit., p. 216 ss.

“relevant” to the employer, either during the pre-recruitment phase, either during the performance of the employment relationship, is his or her “physical and psychological fitness for work” (eventually, “infirmity because of illness or accident” of the employee). This information can be verified only by public physicians (never by the employer directly, nor by his appointed physician), who, subsequently, have the exclusive right – i.e. without involving the employer who can only decide whether and when to submit the employee to medical control – to choose the necessary sanitary controls. Anyway, these controls shall be limited to those strictly necessary to assess the fitness for work, meant as the fitness for specific duties that the worker is concretely going to perform or is actually performing (not in the abstract). Furthermore, physicians can communicate only their final judgement in terms of “physical fitness for work” or, on the contrary, “unfitness”, which, according to the regulations, is the sole datum relevant to the employer. So, physicians cannot reveal the number and type of clinical assessments, nor their results, the anamnesis and diagnosis (i.e. the worker’s pathologies or affections). These are data about which the employer cannot be informed since they are considered as not useful and, therefore, beyond the scope of a subject’s data interest.

With regard to the employer’s *obligation* to protect the employee’s health, sanitary controls are entrusted not to the employer but, rather, to a “competent physician” (Articles 25 and 38-42 of the Legislative Decree n. 81 of 9 April 2008, which has rearranged all regulations concerning health and safety protection at work in a “Unified Text”, and so confirming the fundamental contents of the preceding regulations contained in Articles 16-17 of the Legislative Decree n. 626 of 19 September 1994)¹¹⁴⁹. The above mentioned controls include precautionary examinations (at the moment of duty assignment), periodical check-ups or when changing a duty. These examinations are aimed at expressing the “judgement of fitness for a specific duty” [Art. 41(2)]. This type of judgement, in spite of the assonance, indicates other than the above mentioned “physical fitness for work” of Art. 5 St.lav., since different is the judgement’s aim which consists in assessing, from a sanitary point of view, the worker’s fitness for “specific risks”. Consequently, different is also the type of information to acquire which is intended, in case of precautionary examination, as a statement of «absence of any contra-indication to the duty that the worker is going to perform»; or, in case of periodical examination, as a check-up of the «physical and psychological integrity» of a worker assigned to a duty¹¹⁵⁰. So, it is up to the competent physician to choose the necessary examinations (which can consist of clinical and biological examinations, or diagnostic exams). Necessary, though, are to be considered only those examinations which are aimed at the evaluation of a possible specific professional “risk” involved by that particular duty [Art. 41(4)]. This determines the eventual relevance of different (and further) information with respect to that ordinarily requested for the evaluation of physical fitness for work, and eventually it determines

¹¹⁴⁹ L. FANTINI, *Il medico competente e la sorveglianza sanitaria*, in M. RUSCIANO, G. NATULLO (edited by), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, Utet, Torino, 2007, p. 337.

¹¹⁵⁰ This is, furthermore, specified by the same Legislative Decree n. 81/2008: according to which the sanitary controls consist in «all medical procedures aimed at the protection of workers’ health and safety with regard to the workplace, professional risk factors and work performance procedures» [Art. 2(1m)]. This is the reason for which, for example, it establishes also the worker’s obligation to undergo medical control at the end of a work relationship, in all cases reckoned by the laws in force [Art. 41(2e)]. On this subject see, M. DEL NEVO, A. DEL NEVO, *I limiti di legittimità dei certificati di idoneità alla mansione lavorativa*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2004, p. 379.

also the legitimacy of special sanitary controls. Moreover, the physician has to transmit to the employer, in written form, only the final judgement about the worker's "fitness", "partial fitness" ("temporary" or "permanent", with "medical orders" or "limitations"), or "unfitness" ("temporary" or "permanent"), for the specific duty [Art. 41(6,8)]. On the other hand, the examinations' results have to be preserved in a sanitary and risk file which is set up, updated and kept by the physician, under his own responsibility. This obligation is valid for each worker who has undergone controls [Art. 25(2c) and Art. 41(5)], for whom the physician is also obliged to "professional secrecy" to keep against the employer [Art. 25 (1d)]¹¹⁵¹ [and also against the responsible of risk prevention and protection and representative for the worker's safety: Art. 25(1i)]. In effect, the employer cannot be acknowledged of the worker's pathologies, eventually revealed by the examinations and which are the cause of the signaled fitness or unfitness. Neither can he be acknowledged of other possible health data contained in the file, since according to the regulations, the judgement represents all information that the employer needs in order to set up all precautionary and safety measures to protect his worker's health. Obviously, this precise aim, which has a precautionary and protective character concerning the worker's health, is the sole aim which can be attained by the employer who is therefore bound to respect only this purpose in the use of information¹¹⁵². On the other hand, the worker – who is obliged to undergo the sanitary controls determined by the physician [Art. 20(1i)] – has the right to be informed by the physician about the meaning and the results of the examinations; the physician has the duty to issue, on request, a copy of the sanitary documents [Art. 25(1g,h)] and, in any case, the judgement of fitness or unfitness for duty [Art. 41(8)]. The worker is, therefore, the sole subject, besides the competent physician, who can access the content of his sanitary and risk file [Art. 25(1e)].

In both cases, not only when the worker's health control takes the form of a "power" given to the employer, but also when it expresses one of his "obligations", the regulations ascribe only to physicians the task to effectuate sanitary controls and to choose the necessary examinations. It denies this faculty to employers and, at the same time, it obliges the physicians to single out the examination purposes: purposes that can be functional only to the necessity of evaluating the fitness for work. Furthermore, the law establishes that the employer cannot be informed of the diagnosis (the worker's diseases), nor can he be informed of the examinations the worker has undergone. He can only receive a certification of fitness or unfitness for work or for specific duties. Other information – even the clinical motivations of the judgement – is put under the physician's professional secrecy. His intermediation between employer and employee, not only accounts for reliability, competence and objectivity of the examination, but also for the use of such modalities and cautions as to respect the person's dignity and privacy. The physician represents a filter who restricts the diffusion of information regarding the worker's health to the employer.

In the end, in these cases and in those defined by the law – generally to protect the worker's interest to benefit from the advantages – the communication to the employer concerning the

¹¹⁵¹ Even for the peculiar case of workers exposed to carcinogenic, mutant, chemical or biological agents, the competent physician has to inform the employer only of the presence of an anomaly caused by this exposure, not the results of the sanitary examinations [Art. 242(4); Art. 229(6); Art. 279(3)].

¹¹⁵² This affects the possible consequences of an eventual judgement of the worker's unfitness for a specific duty. In this case the employer can only arrange the worker's removal from the exposure and, if possible, assign him to another duty considered as compatible to his health conditions [Articles 15(1m) and 42].

worker's or one of his relatives' pathologies (for example a disability) can be processed by the employer with the sole and specific aim for which information is revealed.

Regulations aim to limit as more as possible the employer's interference within the worker's privacy concerning health, so as to avoid any arbitrary, discriminatory or persecutory use of this type of information, which is eventually prejudicial to the worker's freedom and dignity. They restrict, as far as possible, the area of "juridical" relevance, in relation to work relationships, independently from what the employer really knows, by individuating, case by case, the relevant information. Such information is to be considered as sufficient to achieve the reckoned purposes, which are almost few in fact. Furthermore it defines, for each case, a legal data collection method (so as to consider as irrelevant all data collected in a different way, even if they are directly communicated to the employer), and the admitted purpose of processing, so as to implicitly forbid any other use of the worker's health data, in whatever modality obtained, and providing these provisions with criminal sanctions (see, Art. 38 St.lav.; Articles 55 and 58, Legislative Decree n. 81/2008).

By enforcing these general rules to genetic data – recently summarized by the same Garante in the «Guiding Principles Applying to the Processing of Employees' Personal Data for the Purpose of Managing Employment Relations in the Private Sector» of 23 November 2006 (Par. 3.3, 6.1, 6.2 and 6.5), and in the «Guiding Principles Applying to the Processing of Employees' Personal Data for the Purpose of Managing Employment Relations in the Public Sector» of 14 June 2007 (Par. 3.2 and 8.2), in accordance with the ILO Code of Practice of 1997 (Par. 10.8 and 10.9) and the COE Recommendation n. R(97)5 (Par. 3.2) – it is possible to affirm that the submission of a worker to genetic tests can be decided only by physicians, and therefore it cannot be ordered, nor simply suggested, by the employer. Neither can the employer receive any communication about the tests, nor can he be acknowledged of the type of tests the worker has been submitted to, or their results. It must also be added, that in any case, the submission to genetic controls is legal exclusively when they are considered as essential for the determination of the worker's fitness or unfitness for work. In any case, this proposition is generally difficult to maintain since, with regard to physical fitness for work according to Art. 5 St.lav, it is to be intended as "effective" and "actual" (not "eventual") fitness to perform a specific activity; whereas genetic tests, ordinarily, inform about a "future probability" to develop a disease, without defining a possible time of its onset. A slight relevance is given to genetic information when, on the contrary, it is aimed at the protection of the workers' health¹¹⁵³.

b) As far as concerns the processing of the workers' data within the *labour market*, being this a phase which precedes pre-recruitment, the sole purpose of which is to put into contact employment demand and supply, the regulations actually confirm a normal irrelevance of information concerning matters of health and, so, of genetic data. In effect, Article 10 of the Legislative Decree n. 276 of 10 September 2003, prescribes the prohibition – sanctioned with criminal sanctions according to Art. 38 St.lav. [Art. 18(5)] – for all employment agencies (and all other authorized or accredited public and private institutions) to effectuate whatever inquiry or even data processing,

¹¹⁵³ S. RODOTÀ, *Tecnologie*, cit., p. 221; S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2000, p. 601-602; S. RODOTÀ, *La vita*, cit., 196.

or pre-selection, based among other on “health conditions”, even with the worker’s consent; unless they refer to characteristics affecting the performance modalities or, unless they represent a fundamental and determining requisite for the performance of the work activity [Art. 10(1)]; it further specifies that these prohibitions cannot, in any case, prevent the subjects mentioned to provide specific services or target actions in order to assist disadvantaged workers who are looking for an employment [Art. 10(2)].

It is evident, from a thorough reading of the rule, that the exceptions to the general prohibition of data processing concerning workers’ health, demand either a not easy to prove evidence of its indispensability during the “recruitment” of workers, or are aimed at the acknowledgement of the worker’s right to benefit from an advantage or a preference in obtaining an employment, such as in the case of disabled person. In both cases, reference is made to the “actual” and “ascertainable” workers’ health conditions and not, for sure, to a “possible” condition registered by the genetic makeup.

c) Finally, as far as concerns the *social security* sector, the *public system* inclines towards the exclusion of any possibility to use workers’ genetic data.

In general, from the regulation concerning the benefits for *old age and survivors pension* (and also involuntarily unemployed allowances), it is possible to deduce a substantial irrelevance of the workers’ health data with reference to the amount of contributions or benefits. Ordinarily, the contribution scheme is proportioned to the remuneration, and benefits are proportioned to the contribution scheme (Art. 1, Law n. 335 of 8 August 1995).

Even in case of social benefits whose allowance depends on the physical and/or psychological condition of the worker – i.e. protection against *accidents at work and occupational diseases*, and also *disablement*, deriving or not from occupational reasons and, moreover, *illness* – the workers’ health conditions are uninfluential for the settlement of the contribution, which even in this case is proportioned to remuneration. Furthermore, only in case of insurance premium related to occupational accidents and diseases, the contribution is proportioned to the national medium risk of each insured work, to the company’s accident trend and to the respect of the regulation concerning health and safety at work (Articles 28, 40 and 41, Presidential Decree n. 1124 of 30 June 1965; Art. 3, Legislative Decree n. 38 of 23 February 2000). Health conditions are, on the contrary, relevant for the allowance of a benefit, with exclusive reference to already developed diseases, or already contracted illness, to infirmity and physical or mental evident impairment. In this case evaluation must be done of: total or partial degree of impairment; reduction percentage affecting the subject’s capacity-aptitude for work (or impairment of physical and/or mental integrity); temporariness or permanence; presence of eventual concomitant causes (already present or occurred). On the contrary, the subject’s predisposition to contract a disease has no implication on the allowance or the amount of the benefit (Articles 2, 3, 52, 68 and 74, Presidential Decree n. 1124/1965, and Articles 10 and 13, Legislative Decree n. 38/2000; Articles 1 and 2, Law n. 222 of 12 June 1984). This is valid even in case of occupational diseases, where relevance is given to the connection between the execution of a duty and the cause of the disease or its correlation with the type of work, hence the evidence of the occupational cause – by now also merely probable or possible – [Art. 3(3) Presidential Decree n. 1124/1965; Art. 10(4) Legislative Decree n. 38/2000], which can be excluded solely in case of acknowledgement of a genetic monofactorial disease.

The threat of an undue use of genetic data is more concrete in the sector of *integrative social security*, since the funds are mainly run by private agencies. In this sector there is more freedom to determinate the terms of access to this system, since the law in force (i.e. the recently issued Legislative Decree n. 252 of 5 December 2005) puts no limits or prohibitions in relation to the fixation of the benefit and of the contribution quantum [the matter has been referred to the collective agreements, with the specification that the quantum has to be indicated in fixed terms or in percentage: Art. 8(2)]. Indeed, in this case, relevance is given to the holder's health, in particular to his or her longevity, in order to determine the grants' length, the calculation of income and, even, the predictability of the possibility to «enter into collateral insurance contracts against risk of death or survival to average life expectancy» [Art. 11(5)]. Moreover, the legislation allows to build up pension funds that «cover bio-metrical risk» [Art. 7 bis(1), implemented by Art. 4 of the Legislative Decree n. 28 of 6 February 2007]; it establishes further that the individual pension schemes can be even set up with «life insurance agreements», without regulating the terms of contribution and benefit (Art. 13).

7. Confirmation and integration of workers' protection made by the general regulation on the protection of personal data (Legislative Decree n. 196/2003). Irrelevance of the workers' consent and unlawfulness of Art. 46(3), contained in the Medical Code of Practice of 16 December 2006.

The rules deduced from the labour law are, as a matter of fact, consistent with the general principles regarding the protection of personal data, as set out by the Legislative Decree n. 196/2003, which assimilates the principles contained in the Directive 95/46/CE of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data. In particular, it refers to the: principles of necessity, lawfulness, and fairness of data processing; principle of purpose; principles of accuracy and update, of proportionality (i.e. relevance, completeness and non-excessivity of data in relation to the purposes for which they are collected or subsequently processed), and of data keeping in a form which permits identification of the data subject for no longer than is necessary for the purposes for which the data were collected or subsequently processed [Articles 3 and 11(1)]. Furthermore, with specific reference to sensitive data, there is the principle of indispensability of processing with regard to the purposes sought in the individual cases [Art. 22(3,5,9)]; and, finally, the general prohibition to use personal data processed in breach of the relevant provisions concerning the processing of personal data [Art. 11(2); confirmed by Art. 22(5), concerning sensitive data].

The general ruling on the protection of personal data adds, moreover, further instruments to protect genetic data processing as allowed by special regulation: the right of the data subject, to access data, to rectify and integrate data, to erase, to transform anonymously, or to block such data that have been processed unlawfully, and to object, on legitimate grounds, to the processing of personal data (Articles from 7 to 10)¹¹⁵⁴; the obligation to information to data subject (Art. 13); the obligation to destroy data after their processing, unless data is kept or assigned to another data controller, provided they are intended for processing under terms that are compatible with the purposes for which the data have been collected, or for historical, scientific or statistical purposes (Art. 16); also, the security requirements on data processing [Articles 31 and from 33 to

¹¹⁵⁴ Among the data subject's rights the case of "update" seems to be inapplicable, since genetic data do not change or grow old, i.e. there is no risk of obsolescence and so there is no need to update.

36; and Annex B), containing the «Technical Specifications concerning Minimum Security Measures», with special reference to all measures specifically set up for sensitive data and, among these, personal data disclosing health [Art. 22(6,7); Par. 5, 17, 19, from 20 to 24, 28 and 29, Annex B]; the obligation of precautionary notification to the Garante [Art. 37(1a) and Art. 38; Garante's Decision n. 1 of 31 March 2004]; rules regarding the transfer of data abroad (Articles from 42 to 45); all rules specifically set up for sensitive data, such as the authorization expressly stated by law and the pursuit of aims having a relevant public interest, when processing is made by public subjects (Art. 20; as far as concerns employment and social security, these aims are defined by Art. 112) and, on the other hand, the subject's written consent and the Garante's Authorization, in case of data processing by private subjects [Art. 23(4) and Art. 26]; moreover, the even more specific rules concerning the processing of data disclosing health conditions, in the health care sector, i.e. health care professionals and public health care bodies [Articles from 75 to 94]; the obligation to collect sensitive data, as a rule, from the data subject [Art. 22(4)]; the prohibition to disseminate data disclosing health [Articles 22(8) and 26(5)]; the so-called "equal rank clause", according to which the processing of health data, which is necessary for carrying out the investigations by defence counsel, or else to establish or defend a legal claim, is legal only when said claim is not overridden by the data subject's claim, or else consists in a personal right or another fundamental, inviolable right or freedom [Art. 26(4c)]; administrative and alternative protection in respect to judicial protection, granted by the Garante (Articles from 141 to 151), and the special judicial protection (Art. 152); finally, the sanctions, including the civil claim for damages according to Art. 2050 c.c. (Art. 15), and also administrative (Articles from 161 to 166) and criminal sanctions (Articles from 167 to 172).

When we refer these numerous rules to the employment sector, the following indications could be of help: the two already mentioned general rules issued by the Garante, containing the "Guiding Principles" for the processing of employees' personal data in the private (in particular, with reference to workers' health data: Par. 3.3, 6 and 8.1) and public sectors (in particular: Par. 3.2, 6 and 8). The above mentioned rules, not only summarize the entire labour law scheme, but also lay down further practical rules of conduct, deduced by interpretation from the Legislative Decree n. 196/2003. Most important of all, we are waiting for the approval of a «Code of conduct and professional practice by public and private entities for the processing of personal data for social security purposes or in connection with management of employer-employee relationships», in acknowledgement of the standards contained in the Council of Europe Recommendations [Articles 12(1) and 111, Legislative Decree n. 196/2003]: i.e. Recommendation n. R(86)1 of 23 January 1986, on the Protection of Personal Data used for Social Security Purposes; and Recommendation n. R(89)2 of 18 January 1989, on the Protection of Personal Data used for Employment Purposes (above all, Par. from 10.1 to 10.6, on the processing of workers' health data).

As far as concerns the enforcement of the general law regarding the protection of personal data on labour law, it is necessary to be more precise. In particular, because of the principle of *lex specialis*, the worker's written consent – in accordance with the general rules on genetic data processing in the private sector – is not effective in order to overcome all prohibitions and limits issued by special labour laws¹¹⁵⁵. In these terms, the irrelevance of the worker's consent derives from the inviolability of his privacy, that the legislator has preserved from the parties' availability,

¹¹⁵⁵ P. CHIECO, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Cacucci, Bari, 2000, pp. 38 ss. e 158 ss.

even from the interested party, in order to protect his interests. By means of compulsory laws, following an heteronomous way, the legislator has delimited the flow of information possibly going on between employer and employee: this action is founded on the system's presumption that, in general, that of the worker is not a free manifestation of his own will¹¹⁵⁶. Such a remarkable restriction of private autonomy is, therefore, justified by the exigency to protect the weakest party. The aim is to correct the lack of balance between the parties, by limiting the employer's power so that it cannot be of prejudice to any person and to the worker's dignity and freedom, since it remains dubious whether the worker's, and moreover, the applicant's consent is really spontaneous.

Therefore, only for the cases of processing allowed by the legislator, can the health care professionals ask for the worker's consent, so forming the so-called "right to informed self-determination": since it is not possible to impose genetic tests by coercive means, with respect to Art. 32(2) Cost.

This is consistent not only with the general statement about the freedom and specificity requisites of consent [Art. 23(3), Legislative Decree n. 196/2003; Point 6 of the Garante's Authorization for the Processing of Genetic Data of 2007; Art. 6, Par. 1, UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, adopted on 19 October 2005], but also with the main issue of the Legislative Decree n. 196/2003, from which it is to be deduced that the validity of the data subject's consent is subordinate to the respect of the principle of "lawfulness" of processing [Art. 11(1a) and Art. 23]. Moreover it is consistent with the textual enunciation on the prevalence of any laws or regulations laying down more restrictive limitations or prohibitions on the processing of certain personal data [Art. 184(3)], such as those issued by labour law containing a higher protection of the workers' data.

According to the above remarks, it is therefore necessary to point out the unlawfulness, because it is in contrast with the principles and rules above mentioned, of Art. 46(3) of the Italian Medical Code of Practice of 16 December 2006 (integrated on 23 February 2007). According to this Article, «physicians shall not perform any genetic or predictive test for insurance or employment purposes, without an expressed and aware manifestation of will made by the interested citizen who is the sole recipient of information». This rule, which ascribes to the worker's consent a legitimization function that the same consent cannot contain, deserves a careful re-examination, also in consideration of the special delicacy of the role that labour law has given to physicians¹¹⁵⁷.

8. The necessity of a proper law discipline on genetic data processing for employment purposes.

Having thus established the enforceability of labour law discipline concerning workers' health, on genetic data processing (integrated, as far as possible, by the Legislative Decree n. 196/2003) –

¹¹⁵⁶ See the EU Article 29 Data Protection Working Party Opinion n. 8/2001 of 13 September 2001, on the Processing of Personal Data in the Employment Context (Par. 8 and 10). See also, A. BELLAVISTA, *Le prospettive della tutela dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, p. 43; S. RODOTÀ, *Tecnologie*, cit., 222; S. RODOTÀ, *Tra diritto*, cit., p. 602; S. RODOTÀ, *La vita*, cit., p. 196. About this subject, see M.N. BETTINI, *Il consenso del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 45 ss.

¹¹⁵⁷ C. CASONATO, *La discriminazione*, cit., p. 666. See also, M. BARNI, *Un codice deontologico di chiara sostanza medico-legale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2007, p. 543; V. DURANTE, *Salute e diritti tra fonti giuridiche e fonti deontologiche*, in *Politica del Diritto*, 2004, p. 563; G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2007, p. 551.

which has to be considered as prevailing on the Garante's Authorization on genetic data processing – there can be no doubt that a specific discipline on workers' genetic data processing, founded on the international orientation in this matter, would give more enforceability to all principles and rules regarding workers' health. The reason is to be found in the particularity of this type of information which needs a special regulation.

In this way, and first of all, the same concept of workers' "health" is going to change, as well as the meaning of "physical and psychological fitness", which does not constitute anymore a mere contingent factor, dependent on the actual conditions of the worker. On the contrary, the concept of fitness is going to be concerned also by the worker's future health conditions, which are evaluated in a future perspective, dependent on an assessment which takes into account not only the already developed pathologies but also pathologies which could probably develop in future.

An appropriate regulative proposal could be similar to that adopted by the legislator in case of AIDS (Articles 5 and 6, Law n. 135 of 5 June 1990, integrated by the additive judgement of the Italian Constitutional Court n. 218 of 2 June 1994¹¹⁵⁸), drug addiction (Articles 124 and 125, Presidential Decree n. 309 of 9 October 1990)¹¹⁵⁹ and alcoholism (Art. 15, Law n. 125 of 30 March 2001); furthermore, it could be inspired by the broad protection granted against discrimination on the grounds of disability (Legislative Decree n. 216 of 9 July 2003, implementing the Directive 2000/78/CE of 27 November 2000) and racial or ethnic origin (Legislative Decree n. 215 of 9 July 2003, implementing the Directive 2000/43/CE of 29 June 2000).

With an effort of imagination, the legislator should proceed towards a standardization of the cases concerning the very peculiar duties performed by the worker or concerning his working context, in which the use of genetic data should be considered as essential, and therefore allow the use of genetic tests either to control the worker's physical and psychological fitness, or aimed at the protection of health at work. Such cases could be, for example, the performance of activities implying third parties' safety and health risk, or those implying an elevated risk of accidents at work or occupational diseases with genetic origin (even if only partial), i.e. which could injure one's own or third parties' integrity, or when the pathology is absolutely against the worker's assignment to a certain workplace; other cases, that need to be stated, are all those duties – because of their nature or because of the context in which they are performed – for which genetic features constitute an essential and determining requirement for the their execution, since they demand determined physical or psychological qualities and aptitudes¹¹⁶⁰. In the same way, it is necessary to define a strict list of cases for which it should be allowed to use the genetic data of the worker or of his relatives, in order to grant the worker with benefits, to promote special needs or to prevent or compensate eventual disadvantages.

¹¹⁵⁸ M. AIMO, *Aids e lavoro alla luce della recente giurisprudenza italiana e comunitaria*, in *Lavoro e Diritto*, 1996, p. 347 ss.; B. CARUSO, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro: Aids e rapporto di lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1998, I, p. 105; S. NESPOR, *Divieto di discriminazione, eccezione al divieto e obbligo di discriminazione: la Consulta sulla legge n. 135/1990*, in *Corriere Giuridico*, 1994, p. 1095; A. TOPO, *Minorità psico-fisiche e lavoro: handicap, sieropositività, tossicodipendenza*, in F.A. CAPPELLETTI, L. GAETA (edited by), *Diritto lavoro alterità. Figure della diversità e modelli culturali*, Esi, Napoli, 1998, p. 251.

¹¹⁵⁹ A. ASCIONE, *Tossicodipendenza, sieropositività ed Aids conclamata: garanzie e tutela nel rapporto di lavoro*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1996, p. 308 ss.; A. TOPO, *La tutela del lavoratore tossicodipendente*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1993, I, p. 247.

¹¹⁶⁰ C. CASONATO, *La discriminazione*, cit., p. 664.

Except for these particular cases, it should be confirmed a general prohibition, with criminal sanctions, to make any inquiry or processing of the workers' or applicants' genetic data – destined not only to employers but also to all public and private subjects who process workers' information for employment or social security purposes, including health care professionals – or to make any discrimination based on such data, including the genetic features into the factor catalogue of Art. 15(2) St.lav., with the subsequent nullity of the acts or agreements made by the employer.

The entire subject should be withdrawn from the individual autonomy and from the worker's disposal, in order to resist to all commonplaces concerning the workers' consent to data processing since, for workers, it does not constitute a guarantee. From this point of view, the matter has been entirely restructured by the general regulations contained in the Legislative Decree n. 196/2003, by granting heteronomous guarantees (Articles 24 and 26).

Therefore, also in case of allowed genetic assessments, the law should propose special devices aimed at the protection of the workers' freedom, dignity and privacy. These devices are necessary because of the discriminatory potentialities and stigmatization threats concerning not only the worker's professional life (made by the employer and also by his workmates) but also, in general, affecting his or her social life. In effect, it should be precisely stated that: the use of genetic tests cannot be made after the worker's initiative, nor should it be proposed by the employer; it should be exclusively determined by physicians, always motivated by reasons of absolute inevitability of these type of exams and, therefore, limited to such exams as to provide with information strictly inherent with the specific response that is going to be issued (i.e. concerning single pathologies, better if their certain onset can be predicted or that possess a high probability degree of onset), so as to avoid wide-area surveys; moreover, such controls should be made only by physicians who are bound to their professional secrecy, with the obligation to communicate the results exclusively to the person that has undergone such examinations and with the prohibition to reveal to the employer not only the test results but also the same fact that they have been made; in any case, the employer can receive only the final certification of fitness or unfitness for work, without revealing genetic pathologies or anomalies.

Furthermore, the use of genetic examinations according to law represents an obligation for the worker, just like all cases of direct prescription by the law or, in any case, after the physician's decision. Therefore it becomes necessary to regulate the effects of an eventual refusal, expressed by the worker, to undergo any test and his subsequent opposition to data processing. Obligatoriness means not to constrain a subject against his own will; but it is also true that the worker's refusal hinders an evaluation of his or her fitness for work. This could legitimate the employer's non-recruitment during the recruitment phase and, indeed, the application of sanctions against the worker or even his or her dismissal.

In the same way, a regulation is needed concerning the consequences of an eventual judgement of total or partial unfitness for work evaluation, based on the results of genetic surveys.

In both cases, given the problem's analogy, the legislator should indicate all eventual remedies to the employees' difficulties, and the connected legal actions. In this matter, it would be reasonable to establish an obligation, for the employee and in his or her own interest, to take caution (and, eventually to submit to health care), according to medical prescription, if this actions allow to get around any risk and compensate his or her unfitness for work. If it is not possible to take this action, or if the employee does not agree with it, the employer should be entitled, at first, to

adopt a termination-of-service arrangement regarding the performance of a specific duty, accompanied by the charge to find him or her another job assignment; dismissal should be justified only if the employer demonstrates the impossibility to assign the worker to another duty¹¹⁶¹.

Without any doubt, the legislator should be concerned by the problem, peculiar to labour regulations, concerning the limitation of the power exerted on workers. It would be useful to define what information can be collected and processed, and which are the lawful aims of processing, by confirming the prohibition to use data in all cases and for all purposes other than that allowed by the law.

Furthermore, the legislator should take into account another concern, i.e. that relating to the “modalities” of data processing. It would be useful to establish guarantee procedures¹¹⁶²: the obligation for physicians to give to workers detailed preventive information about types and possible results of tests, together with an appropriate genetic counseling. It is also necessary, for the physicians, to fix the communication limits as far as concerns the workers’ genetic data, by excluding its automaticity, by referring to the worker the choice of knowledge and by requesting a clear and free expression of will on the part of the worker (the so-called “right not to know”)¹¹⁶³.

Moreover, there still remains the problem concerning rule’s effectiveness, i.e. mechanisms and instruments which can guarantee their respect, in particular during the pre-recruitment phase and with the aim of avoiding any discrimination inherent to genetic data. Besides the traditional “defensive” technique consisting of a series of prohibitions and relative sanctions, together with a special jurisdictional protection against discrimination (such as contained in Articles 4 and 5 of Legislative Decrees n. 215/2003 and n. 216/2003), it should be adopted a “promotion technique” by means of a series of “positive” sanctions and incentive measures. Examples are: social clauses containing economic benefits or the possibility to participate in public contracts addressed to the employer who acts in respect of the regulations; positive actions and reductions aimed at the recruitment of workers who carry ascertained genetic anomalies (eventually by their inclusion into the category of the so-called “disadvantaged workers”, according to a Communitarian notion which is also being absorbed by the national legal system¹¹⁶⁴), which can be borrowed from the rules concerning the right to work of disabled persons.

With regard to this matter, the trade unions could play an important supervision role in order to control that all rules are being respected. On the other hand, the collective bargaining could perform a task of rule specification, in order to better protect the worker¹¹⁶⁵. In the same way, all forms of social control could be useful, such as that exerted by consumers and, in particular, by consumers’ associations, in order to broaden the corporate social responsibility culture.

Finally, there remains the necessity to regulate the sector of integrative social security by stating the irrelevance of genetic data, since the examinations inhering the genetic status of a worker

¹¹⁶¹ A. COLONNA, *Il controllo medico dell’inidoneità sopravvenuta del lavoratore*, in *Il Diritto del Lavoro*, 2001, I, p. 24.

¹¹⁶² G. SANTANIELLO, C. FILIPPI, *Dati genetici*, cit., pp. 542-543.

¹¹⁶³ L. FIORENTINO, *La medicina predittiva e il diritto all’ignoranza nei test genetici presintomatici*, in *L’Arco di Giano*, 2002, n. 31, p. 173; S. RODOTÀ, *Tecnologie*, cit., p. 121; J. WILSON, *To Know or Not to Know? Genetic Ignorance, Autonomy and Paternalism*, in *Bioethics*, 2005, p. 492 ss.

¹¹⁶⁴ M.V. BALLESTRERO, G.G. BALANDI (edited by), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, il Mulino, Bologna, 2005.

¹¹⁶⁵ U. ROMAGNOLI, *Privacy e rapporti di lavoro*, in G. RASI (edited by), *Da costo a risorsa. La tutela dei dati personali nelle attività produttive*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2004, p. 160.

and their consequences on the amount of contributions and benefits, could discourage the workers to agree with this type of funds. This would be contrary to the actual trend of the Italian social security system, as expressed by the prospective changes in legislation (in particular, with reference to the Law n. 243 of 23 August 2004) which, rather, promote the recourse to integrative social security as an instrument of resolution of the financial crisis of the public social security system.

Massimo D'Antona e la “contrattualizzazione” del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*

Franco Carinci

1. Rileggendo “Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle ‘leggi Bassanini’”	301
2. Uno Stato “diverso” per una pubblica amministrazione riformata	302
3. Storia e cronaca: dalla legge quadro alla prima fase	303
4. Continuità e discontinuità fra la prima e la seconda fase	307
5. La “formula magica” costituita dall’art. 12, co. 4, lett. a)	310
6. Il d.lgs. n. 396/1997	312
7. Gli scritti successivi del 1998/99: un bilancio della tornata contrattuale 1998-2001	316
8. (segue) Uno sguardo retrospettivo sull’intera seconda fase: all’indomani dei d.lgs. n. 80 e n. 387 del 1998	318
9. <i>Heri dicebamus</i>	320

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 80/2008

1. Rileggendo “Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle ‘leggi Bassanini’”

Confesso a caldo di aver trovato l'intervento di Caruso molto bello, pronunciato da chi gli è stato allievo brillante, facendo apprendistato nella sua bottega; è venuto il mio turno, da collega più anziano e da amico fraterno, di parlare di Massimo, da cui più il tempo ci distanzia, più l'insegnamento ci ritorna lucido ed anticipatore. Non mi farò prendere la mano dal ricordo del lungo tratto di strada percorso assieme, con a meta la privatizzazione del pubblico impiego: Massimo mi aggregò alla Commissione ministeriale da lui presieduta, che avrebbe dovuto farsi carico della seconda fase - la stesura della decretazione delegata ex l. n. 59/1997- forse anche perché ero stato co-protagonista di tutta la prima fase; poi, mi fu *partner* nella pubblicazione della rivista “ Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni” e della seconda edizione del Commentario Giuffrè sulla riforma.

Un *flash-back*, però, sul nostro ultimo incontro, poco prima del suo assassinio, credo di potermelo permettere. Eravamo ospiti al collegio Ghislieri di Pavia, invitati da Mariella Magnani per un seminario. Dopo cena, ci ritrovammo nella sua cameretta, seduti fianco a fianco, a conversare per un paio d'ore sull'agenda futura, piena zeppa di scadenze. Due tipi profondamente diversi per età, esperienza, carattere, ambito di riferimento, ma uniti dalla stessa identica vocazione, quella di costruire e realizzare progetti, che mettessero al servizio di scelte di politica del diritto le disponibilità ideali e le capacità tecniche di molti colleghi ed allievi: valorizzare l'elaborazione collettiva, con la precisa consapevolezza della discontinuità creatasi rispetto ad un'esperienza passata irripetibile, dominata dalle grandi figure che avevano gettato le fondamenta del diritto del lavoro post-costituzionale. Una vocazione, questa, che in Massimo ha raggiunto la vera e propria eccellenza, per la sua piana e naturale predisposizione ad una *leadership*, che riusciva ad esercitare senza forzatura alcuna, con calma intelligenza e dolce ironia.

Massimo era un politico del diritto, ma nel senso vero e nobile del termine. Sapeva ben distinguere il ruolo che poteva giocare *de iure condito* e *de iure condendo*: nel primo caso, si doveva rispettare il dato legislativo, privilegiando il senso meglio rispondente al decalogo di valori deducibile dal testo costituzionale nell'ambito del più o meno ampio spettro interpretativo; nel secondo, si doveva tener fede al mandato politico ricevuto, apprestando lo strumentario tecnico al tempo stesso più corretto concettualmente e più congruo operativamente. Ne sono una testimonianza destinata a durare, da un lato, le molte opere frutto della sua straordinaria operosità scientifica ed ora consultabili nella raccolta in cinque volumi, di cui c'è da essere grati a Bruno Caruso ed a Silvana Sciarra; dall'altro, le attività di progettazione legislativa, svolte nella redazione della novella alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali e nella gestione della seconda privatizzazione del pubblico impiego.

All'interno di questa meritoria iniziativa presa dagli amici di “ Su e giù” - di una rilettura delle opere di Massimo - ho creduto di scegliere un articolo «Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle “ leggi Bassanini”» per un motivo nostalgico: quell'articolo apparve sul n. 1, di gennaio-febbraio 1998, de “Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni”, la rivista co-fondata e co-diretta da Massimo, Gaetano D'Auria ed il sottoscritto, proprio a mezzo dell'attività svolta dalla Commissione ministeriale da lui presieduta. Un motivo nostalgico, ma non solo, perché, pur essendo stato scritto all'indomani del d. lgs. n. 396/1997 ed alla vigilia dei dd. lgs. n. 80/1998 e n. 387/1998, permette di ricostruire il suo intero progetto riformatore, collocato nel graduale e faticoso processo di privatizzazione del pubblico impiego, da lui condiviso fin dall'inizio, con in mente un modello coerente ed armonico. Per tutta la prima fase, aperta dalla

legge delega n. 421/1992, rimase spettatore simpatetico, ma attento a cogliere eccessi di prudenza, ritardi, problemi irrisolti, punti ambigui; nella seconda, iniziata dalla legge delega n. 59/1997, divenne protagonista, capace di curvare il mandato politico ricevuto a misura del suo progetto, con l'utilizzo di un sofisticato *know-how*: mantenendo aperto un dialogo costante con il Ministro, i presidenti delle Commissioni parlamentari, i rappresentanti sindacali; cercando di sciogliere i nodi, superare i contrasti, allargare i consensi; contrastando i ritorni ed i rigurgiti di studiosi e magistrati contabili e amministrativi. Tutto questo, tenendo sempre la barra ben fissa sulla stella polare di una privatizzazione effettiva, idonea a realizzare la finalità perseguita di una maggiore efficienza ed efficacia dell'azione delle pubbliche amministrazioni, come parte essenziale di una nuova concezione ed organizzazione dello Stato.

2. Uno Stato "diverso" per una pubblica amministrazione riformata

Il saggio da cui prendo le mosse (*Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini*, in *LPA*, 1998, I, pp.35-64, ma qui citato da Massimo D'Antona, *Opere*, a cura di Bruno Caruso e Silvana Sciarra, IV, Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione, pp. 233-260) come dicevo è stato steso all'indomani della legge delega n. 59/1997 e del primo importante decreto delegato, n. 396/1997, che riscrive il diritto sindacale del pubblico impiego privatizzato. Da quel che considera un punto d'arrivo, se pur tutto consegnato per il futuro agli attori della riforma – organi di governo, dirigenti, organizzazioni sindacali, giudici del lavoro – D'Antona ripercorre con lo sguardo quel che battezza come il "secolo breve" di un pubblico impiego, visto, ricostruito e vissuto come ordinamento speciale, dalla riforma De Stefani del 1923 e dall'attribuzione della giurisdizione esclusiva alla magistratura amministrativa del 1924 fino alla legge delega del 1992. E di tale ordinamento enfatizza un dato essenziale, cioè il suo stretto nesso con un modello di Stato monolitico, centralizzato, autoritario, gerarchico, legalista, pre-sociale; nesso dotato di un elevato grado di sopravvivenza, tanto da essere tenuto a battesimo dallo Stato liberale pre-bellico col t. u. giolittiano del 1908, formalizzato dal regime fascista *statu nascenti* nel 1923-24 e - si potrebbe aggiungere- salvato dagli stessi padri costituenti. Anche se, a dire il vero, secondo un approccio al nostro testo fondamentale tutto "attualizzante", D'Antona non vi riconosce il continuismo amministrativo-burocratico ben evidente negli articoli dedicati alla pubblica amministrazione (97 e 98) ed alla giurisdizione amministrativa (103 e 113); ma tende a considerare la loro successiva interpretazione evolutiva - capace di dar piena legittimazione costituzionale alla privatizzazione - come quella rispondente alla lettera ed alla *ratio* originaria, ma rimasta imprigionata nei lacci e laccioli di una cultura e di una giurisprudenza amministrativa vecchia e superata.

Una rilettura dell'art. 97 cost, quale quella dovuta a Massimo Severo Giannini e ad Andrea Orsi Battaglini non sarebbe bastata. Ci voleva qualcosa di più di qualche autorevole voce per far crollare un edificio secolare di principi canonizzati, di orientamenti giurisprudenziali consolidati, di testi unici iperdettagliati, di insegnamenti dottrinali tralatici, di comportamenti sclerotizzati. Ci voleva, prima, la crescente consapevolezza della sostanziale uguaglianza del lavoro prestato al servizio altrui, fosse questa un'impresa privata o un'amministrazione pubblica, con una progressiva sindacalizzazione del settore pubblico ed un'osmosi fra regimi e trattamenti, che porterà alla formula compromissoria della legge quadro del 1983; poi, la crisi strisciante di quella formula, fatta esplodere da una congiuntura economico-finanziaria drammatica, che condurrà alla legge delega n. 421/1992; ed, infine, la prospettiva di uno Stato "diverso", che sfocerà nella legge delega n. 59/1997.

Di uno Stato “diverso” Massimo parlava già in uno scritto del 1996 (*Stato “diverso”, riforma amministrativa e sindacato*, in *RGL*, 1996, I, pp. 213-223, ma qui citato da Massimo D’Antona, *Opere*, op. cit., pp. 113-127), con lo sguardo rivolto al nuovo che si annunciava, cioè al disegno di legge del primo Governo Prodi sul decentramento amministrativo, battezzato con formula suggestiva “federalismo a costituzione invariata”: «Uno Stato “diverso” che si fa più leggero e si avvicina ai cittadini; che attua il principio di sussidiarietà e costruisce il centro in funzione della periferia, riconoscendo ampiamente l’autogoverno e l’auto-amministrazione delle comunità locali, che è decentrato e deconcentrato per quanto attiene alle funzioni amministrative finali; forte al centro quanto a capacità programatorie e di indirizzo; organizzato al proprio interno con moduli differenziati su base funzionale e secondo norme di lavoro comuni al settore privato; che non tradisce l’impegno di proteggere i cittadini dal bisogno economico e di assicurare a tutti alcuni servizi essenziali, ma che preferisce ogni volta che sia possibile agire come regolatore di soggetti privati efficienti, piuttosto che come soggetto erogatore in forma diretta» (*Stato “diverso”, cit. p. 115*). E, non per nulla, con un senso di orgoglioso compiacimento, nello scritto che ho preso a riferimento, pubblicato più di un anno dopo, fin dal titolo egli colloca la seconda privatizzazione che lo vede protagonista nell’alveo delle “leggi Bassanini” (nn. 59 e 127 del 1997): vi «viene stabilito un nesso esplicito tra il definitivo superamento della specialità del pubblico impiego e la organica riforma amministrativa che anticipa alcuni caratteri di orientamento federale della riforma della Costituzione (sui quali è emersa una certa convergenza nella Commissione bicamerale). Le deleghe contenute nelle “leggi Bassanini” impegnano il Governo ad affrontare alcuni temi cruciali delle riforme amministrative del nostro tempo. Uno è la tendenziale differenziazione organizzativa delle pubbliche amministrazioni (decentramento; deconcentrazione; frammentazione delle competenze). L’altro è la più diretta finalizzazione dell’azione amministrativa a risultati ed obiettivi (valutazione; sperimentazione). Entrambe le tendenze si rivelano obiettivamente incompatibili con il mantenimento di un ordinamento speciale del pubblico impiego, e in ciò risiede il nesso tra il completamento della privatizzazione del pubblico impiego e le riforme amministrative di orientamento federalista delle “leggi Bassanini”» (*Lavoro pubblico, cit. p. 234*).

È questo il macro-progetto in cui D’Antona colloca la privatizzazione, conferendole una rilevanza ed una dignità di cui prima era priva: da componente di un’operazione complessiva di riduzione e razionalizzazione della spesa pubblica, dettata da una drammatica emergenza e gestita da una maggioranza tecnica; a parte essenziale di una riforma proiettata verso una riscrittura federalista del tit. V parte II della Costituzione e promossa dalla prima maggioranza repubblicana che realizza la fine della *conventio ad excludendum* nei confronti della sinistra. Ma lo Stato federale *in itinere* ha bisogno di una privatizzazione meno compromissoria, tale da poter dispiegare tutta la sua carica positiva, in termini di libertà di azione delle parti sociali in sede di contrattazione collettiva, nonché delle dirigenze in sede di gestione, secondo il circolo virtuoso costituito da autonomia e responsabilità; da favorire una rottura del modello unico di organizzazione costituito da quello ministeriale, gerarchico e centralizzato, in vista di una modulazione e di una decentralizzazione rispondente alle peculiarità delle singole amministrazioni; da far da premessa indispensabile ad un passaggio di giurisdizione, dalla magistratura amministrativa all’ordinaria, radicandola non più sulla qualificazione degli atti, ma sull’esistenza di diritti soggettivi, pieni ed incondizionati.

3. Storia e cronaca: dalla legge quadro alla prima fase

C’è una caratteristica che contraddistingue fin dall’inizio la riforma italiana del lavoro nella pubblica amministrazione, di non trovare corrispondenza per estensione in nessun’altra esperienza

europea. Chi ne fu protagonista fin dalle sue prime battute, ricorda bene che in sede di Commissione mista Governo/Organizzazioni sindacali, costituita all'indomani della proposta sindacale unitaria, qualsiasi correzione limitativa dell'ambito soggettivo di applicazione suggerita dai rappresentanti governativi venne bocciata: sia quella che voleva distinguere fra amministrazioni titolari di funzioni autoritative (Ministeri, Regioni, Enti locali) e, rispettivamente, erogatrici di beni e servizi (scuola, sanità, previdenza), mantenendo fuori le prime; sia quella che intendeva separare le dirigenze dai rispettivi dipendenti, mettendo dentro solo questi ultimi. La posizione sindacale poteva sembrare dettata da una sorta di coerente radicalità, ma di fatto rispondeva sia alla situazione esistente, sia alla prospettiva coltivata. La situazione era quella di una scelta di vertice, consapevole e convinta, ma tutt'altro che condivisa da tutta la base, dove era largamente diffusa l'idea che la disciplina pubblica fosse più favorevole rispetto alla privata, sul piano sostanziale e – a maggior titolo – processuale, sicché ogni differenziazione sarebbe stata vista e vissuta come discriminatoria. La prospettiva era quella di una contrattazione collettiva dove proprio i Ministeri e le Regioni/Enti locali avrebbero giocato un ruolo guida, e, con riguardo alle varie amministrazioni, le dirigenze avrebbero fatto da referenti con riguardo ai loro sottoposti.

Questa, però, è stata la causa prossima di una privatizzazione a tutto campo, vistosa eccezione nel panorama europeo. D'Antona ne individua le cause remote, di cui la più risalente attiene proprio al DNA del modello dell'impiego pubblico come "ordinamento speciale": un modello fondato sul presupposto di un rapporto organico onnipresente ed onnipervasivo, comportante un'immedesimazione totale ed incondizionata, secondo un'opinione profondamente introiettata. Tant'è che tale modello trova eco nello stesso art. 98, co. 1, Cost. laddove si dice che «I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione», sia pur sostituendo il termine Stato o Repubblica con quello in auge nel regime precedente di "Nazione"; e viene, in seguito, considerato estendibile all'intero universo dei soggetti pubblici, in forza e ragione del loro essere tali, a prescindere dall'attività svolta, eccezion fatta per l'ipotesi in cui ne venisse meno la stessa praticabilità, come nell'ipotesi tormentata degli Enti pubblici economici.

L'eccessiva rigidità e generalizzazione del modello avrebbe creato una crescente pressione destinata a produrne la deflagrazione. Due leggi delega di respiro, quelle del 1954 e del 1970, che finiscono quasi nel nulla: sfociata, la prima nel t.u. 10 gennaio 1957, n. 3, vero e proprio perpetuatore organico del passato; e la seconda in una timida riforma della dirigenza. Una legge storica, lo Statuto dei lavoratori, figlio di una cultura e mobilitazione industrialista, che dimentica il pubblico impiego, se non l'articolo 37, che non rimette affatto in discussione il suo carattere di ordinamento speciale.

Come spesso succede, l'eccesso di pressione non viene diminuito da misure che solo in apparenza dovrebbero costituire degli sfiatatoi, ma che in realtà puntano solo a rabberciare le crepe: questo si è puntualmente verificato con la legge quadro n. 93 del 1983, che D'Antona rubrica come un' "ibridazione della contrattazione collettiva con il diritto amministrativo": a livello individuale il pubblico impiego mantiene il suo carattere di ordinamento speciale, separato ed autoreferenziale, soggetto al giudice amministrativo; a livello collettivo, il contratto viene recuperato all'interno del diritto amministrativo, cioè come "fase negoziale" di un procedimento culminante in un atto normativo, decreto presidenziale o legge regionale. Il giudizio di D'Antona è quello stesso pronunciato dal breve e tormentato periodo di sopravvivenza dell'intervento legislativo, lapidario e definitivo: «La legge-quadro, anziché trasferire nel pubblico alcune virtù del privato, accentua i

difetti strutturali del pubblico impiego. Per di più spinge la spesa per il personale pubblico fuori controllo» (*Lavoro pubblico*, p. 239).

Un giudizio *double face*, che, nel suo primo passaggio, enfatizza come il rimedio peggiori e non migliori il male costituito dall'esistente e persistente modello di un pubblico impiego come ordinamento speciale; e, nel suo secondo, anticipa implicitamente quello che sarà il motivo determinante e condizionante della prima privatizzazione, cioè il contenimento della spesa pubblica. E sembra ricollegare tale contenimento non – stando al punto di vista classico, dominante nel mondo occidentale dell'ultimo scorcio di secolo scorso – alla crescita di efficienza, in ragione di una massiccia introduzione di managerialità; bensì - seguendo un ulteriore punto vista, prevalente nell'Italia del decennio '90 – alla decelerazione della dinamica salariale, in forza di una gestione unitaria della politica retributiva di tutto l'universo del lavoro subordinato da parte delle tre confederazioni maggiori, dotate di rappresentanza universale: gestione unitaria destinata a riallineare un settore pubblico affidato al mercato politico con un settore privato rimesso al mercato economico.

Il discorso critico sulla legge quadro si congiunge con quello sulla prima privatizzazione, per un qual sorta di effetto trascinarsi. A proposito della legge quadro sottolinea come ne emergano «due tratti peculiari, che influenzeranno anche la fase successiva al superamento di questa legge. Il primo è la concentrazione nel Governo nazionale di una funzione di regolazione “centrale” dei rapporti di lavoro di tutte le amministrazioni Il secondo è una visione deformata della contrattazione collettiva, intesa non come attività libera esercitata in virtù di una generale capacità negoziale degli enti pubblici, ma come una fonte dell'ordinamento speciale pubblicistico caratterizzata essenzialmente dal necessario consenso del sindacato» (*Lavoro pubblico*, p. 238 s.). Un rilievo, questo, che ritorna quando passa a parlare della prima privatizzazione: enfatizza, quale punto nevralgico, il permanere di un “controllo centralizzato sulla contrattazione collettiva, che vede il Governo impartire direttive all'Aran ed autorizzare la stipulazione di contratti collettivi per conto di tutte le pubbliche amministrazioni, anche di quelle con autonomia costituzionalmente garantita, come Regioni, Enti locali o Università” (*Lavoro pubblico*, p. 241 s.), fra l'altro con una procedura inquinata dalla perdurante influenza pubblicistica; e questo dopo che poco sopra aveva attribuito alla “tradizione pubblicistica ... alcune vere e proprie distorsioni, generate dall'esperienza della ‘legge quadro’, fra cui *in primis* la stessa “concezione della contrattazione collettiva, come vincolo del previo consenso del sindacato, anziché come libertà negoziale delle pubbliche amministrazioni”. (*Lavoro pubblico*, p. 241).

Dell'eccesso di centralismo, come del tutto incompatibile con uno Stato “diverso”, D'Antona aveva già parlato ed avrà occasione di riparlare nel prosieguo dello scritto, costituendo per lui un punto assolutamente essenziale; ma, non meno, anzi, teoricamente più importante, è il riconoscimento agli enti pubblici di una capacità negoziale generale, che non deve essere esplicitamente attribuita, ma può solo essere esplicitamente limitata: il che vizia una elencazione delle materie contrattabili, come nella legge quadro, dove, poi, c'era l'ulteriore complicazione costituita da una lista parallela delle materie non negoziabili, con inevitabili sovrapposizioni e carenze; ma vizia, altresì, un'elencazione generica e debordante delle sole materie riservate alla legge ed alla regolamentazione amministrativa, come nella prima privatizzazione.

Da qui D'Antona trae un'importante applicazione che è occultata nel titolo del saggio, ma esplicitata in tutta la sua elaborazione: nel titolo si parla di seconda privatizzazione; ma l'espressione preferita non era questa, bensì quella -cara alla posizione sindacale- di contrattualizzazione. Se

alla fine anche lui ha creduto di doversi piegare alla denominazione con cui la riforma veniva comunemente chiamata, certo non lo ha fatto per una sorta di conversione alla diversa portata sottintesa; leggendolo, lo riesco a capire meglio di qualcun altro, perché su questo sorse e rimase un dissenso fra me e lui.

Come ebbi occasione di scrivere a suo tempo, mi sembrava preferibile battezzare la riforma con la stessa espressione usata dal suo antesignano, Massimo Severo Giannini, pur con la consapevolezza che era ideologicamente carica e tecnicamente ambigua, data l'inevitabile curvatura derivante dalla difficile convivenza fra un'amministrazione rimasta pubblica ed un personale reso privato. Essa suonava più consona alla storia ed alla portata della riforma, sia con rispetto alla fase iniziale, quando la mera e semplice contrattualizzazione, individuale e collettiva, pur se accompagnata dal rinvio al codice civile e alla legislazione del lavoro, dovette apparire dotata di una non sufficiente resistenza a fronte della ben collaudata abilità della dottrina e della giurisprudenza amministrativa a panpubblicizzare e panfunzionalizzare tutto, sì da consigliare l'aggiunta al secondo e terzo comma dell'art. 2 (sottoposizione alla legislazione giuslavoristica e contrattualizzazione), del primo comma, primo capoverso dell'art. 4 (riconduzione della gestione del personale ai poteri del privato datore di lavoro); sia con riguardo alla fase successiva, quando c'era stata un'autentica accelerazione, tradotta e realizzata tramite la sottoposizione alla disciplina privatistica della dirigenza generale e dell'organizzazione strettamente correlata alla gestione del rapporto di lavoro, la c.d. micro o bassa organizzazione.

Di quell'autentica accelerazione era promotore e gestore in prima persona proprio D'Antona. Ma - è questo il punto - per lui privatizzazione equivaleva a contrattualizzazione, espressione a cui teneva, perché, una volta ritenuta originaria e limitabile solo esplicitamente la capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, tutta l'area privatizzata era *ipso facto* assoggettabile a contrattazione; che, però, come inevitabile contropartita, diveniva facoltativa, nel senso non dell'assenza di un obbligo a trattare, ma della possibilità di recuperare una piena libertà di regolamentazione unilaterale da parte delle pubbliche amministrazioni, una volta esaurita senza successo la trattativa. Il che risulta evidente, già nella lettura da lui fatta della prima fase; poi, nella svolta realizzata nella seconda fase: la privatizzazione dell'organizzazione micro o bassa, avrebbe avuto come coerente conseguenza che, pur laddove fosse prevista solo una consultazione od un esame congiunto, potesse ben seguire un accordo collettivo, considerato *extra ordinem*, cioè non contemplato e procedimentalizzato, ma pur sempre vincolante per l'amministrazione.

Qui nasceva il dissenso. D'Antona rivelava un'assoluta coerenza teorica, perché come nel privato, così nel pubblico privatizzato, tutto il "privato" poteva essere portato su un tavolo collettivo; coerenza di per sé non compromessa dall'essere funzionale ad una politica sindacale di pancontrattualizzazione. Ma tale coerenza "esterna" era destinata a rivelarsi un'incoerenza "interna", per quella convivenza coatta fra natura pubblica del datore e qualificazione privata del rapporto di impiego che egli aveva pur presente, tanto da fargli prendere le distanze da ogni forzatura dottrinale a favore di una lettura coordinata degli artt. 39 e 97 Cost.: fosse, questa, tale da privilegiare *in toto* il primo (incostituzionalità di qualsiasi disciplina ad hoc della contrattazione collettiva) o, viceversa, il secondo (funzionalizzazione della contrattazione collettiva). E, dunque, non gli poteva sfuggire che la difesa dei c.d. *managerial rights* che, nel privato, era affidata allo stesso imprenditore, collettivo ed individuale, costretto a tener conto del mercato o almeno del pareggio economico; nel pubblico era rimessa ad un trio di protagonisti tutto da inventare: un potere politico

dotato di *self control*, una dirigenza educata a coniugare autonomia e responsabilità, una controparte sindacale non meramente rivendicativa. Un trio che era allora, e sarà poi, come avrebbe avuto tempo di sospettare, frutto di un'utopia, cioè di una rappresentazione della realtà collocata al di là della linea dell'orizzonte, visibile solo agli occhi di chi fa prevalere l'ottimismo della volontà sul pessimismo della ragione.

4. Continuità e discontinuità fra la prima e la seconda fase

Tutto questo riesce più chiaro nel prosieguo del saggio, dove D'Antona ritorna sulla prima privatizzazione, per evidenziarne continuità e discontinuità rispetto alla seconda. Si tratta di una sintesi di valutazioni adesive e critiche già sviluppate in tutta una serie di scritti precedenti, con ben altra ampiezza e ricchezza argomentativa; ma che qui acquistano una diversa rilevanza, cioè di preparazione e giustificazione delle modifiche già tradotte nella legge delega n. 59/1997 e nella successiva prima decretazione delegata. Richiamato ancora una volta lo scopo della legge delega n.421/1992, cioè di un recupero di controllo sulla spesa pubblica, tale da curvare a sua misura anche il nuovo regime del pubblico impiego, egli vi vede l'auspicata certificazione di morte dell'impiego pubblico come ordinamento speciale. Ma al di là di quell'eccesso di centralizzazione (che, nel pieno dispiegamento del suo pensiero, è rappresentato dal monismo del modello organizzativo di riferimento, cioè ministeriale, ancor prima che dal rigoroso e rigido accentramento del processo contrattuale) destinato a venir superato solo nell'ambito di uno Stato diverso; al di là di questo, c'è un duplice rilievo teorico, supporto essenziale del salto operato fra la prima e la seconda privatizzazione. Su uno, costituito dall'esistenza di una capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, originaria e limitabile solo esplicitamente e ragionevolmente, ho già avuto occasione di soffermarmi, sottolineandone la carica suggestiva, ma anche la pericolosa ricaduta operativa. Posso solo aggiungere che D'Antona non sembra farsi troppo carico della contraddizione fra l'esistenza di una capacità negoziale, che deve logicamente procedere dalla dimensione individuale a quella collettiva, sì da risultare predicabile e declinabile (prima) per l'una e (poi) per l'altra; ed una riforma che finisce per ridurre il contratto individuale a mero atto costitutivo ed elevare il contratto collettivo ad atto regolativo potenzialmente a tutto campo. Pare non aver niente da eccepire al fatto che il contratto individuale non possa derogare *in melius* il regime collettivo, come pure sarebbe deducibile dal suo approccio tutto giuslavoristico; ed, anzi, condividere l'insegnamento da subito prevalente circa significato e rilievo di quell'obbligo confuso ed equivoco posto fin dall'inizio a carico delle pubbliche amministrazioni, per cui sono tenute a garantire « ai propri dipendenti ... parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi»: un *continuum* a scalare di due principi - quello di parità e quello di osservanza dei minimi - che sembrano fare a pugni fra loro. E, neppure, pare aver da puntualizzare alcunché circa la palese discontinuità fra la sua premessa di una capacità negoziale che giustificherebbe una contrattazione collettiva divenuta facoltativa - come visto, tale da restituire alle pubbliche amministrazioni una libertà di regolamentazione unilaterale alla fine di una trattativa infruttuosa- e la riserva assoluta a pro della stessa contrattazione della materia negoziale *par excellence*, «il trattamento economico fondamentale ed accessorio».

Ritorna quanto già visto sopra a proposito del recupero del contratto collettivo *extra ordinem*, cioè un affidamento al limite del fideismo nei confronti del sindacalismo confederale che aveva il merito ed il vanto di aver promosso, patrocinato, accompagnato il processo riformatore; ma che, ormai da tempo, stava subendo un mutamento significativo nel suo *melting pot*, sì da esser sempre più rappresentativo dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e dei pensionati e sempre

meno degli occupati delle imprese. Il che aveva prodotto uno spostamento del baricentro interno di tale sindacalismo, già avanzato all'inizio del decennio '90, ma maturato pienamente nel corso di quello stesso decennio. Uno spostamento, questo, dal blocco " progressista", costituito dalle categorie industriali, che avrebbe dovuto far da traino ad una visione della riforma come riconduzione alla casa comune della legislazione giuslavoristica e della genuina contrattazione collettiva; da qui al blocco " conservatore", rappresentato *sia* dalle aree e dai comparti introdotti con la riforma, scettici se non diffidenti rispetto ad una tale visione, dipendenti com'erano da finanziarie e continue novelle legislative, tentati da nostalgie pubblicistiche e portati a chiusure corporative; *sia* dalle classi variegiate dei percettori di pensioni, redditi definiti e gestiti solo in base e forza di leggi.

Il secondo rilievo teorico è nel saggio posticipato al primo, anche se logicamente preliminare, dato che attiene alla stessa lettura dell'art. 97, co. 1 Cost., vera e propria spada di Damocle tenuta sulla testa della riforma fino alla sua piena "costituzionalizzazione" da parte del Giudice delle leggi. Il motivo è tutto interno all'uso che intendeva farne D'Antona, cioè per giustificare non più la prima privatizzazione, nella sua attribuzione alle pubbliche amministrazioni di poteri uguali a quelli dei privati imprenditori, nonché nella sua legittimazione della contrattazione collettiva; ma la rottura di quell'autentico muro di Berlino rimasto in piedi, fra una organizzazione mantenuta pubblica ed una gestione del personale resa privata, effettuata dalla seconda privatizzazione.

La lettura di D'Antona è mutuata da Andrea Orsi Battaglini. Il senso dell'art. 97, co. 1 non suonerebbe così come interpretato da tutto il dominante pensiero amministrativo, di una riserva al tempo stesso di legge e di disciplina pubblicistica, ma solo di riserva di legge, fermo restando che, poi, la disciplina potrebbe essere combinata secondo una relazione equilibrata, capace di coniugare efficienza ed imparzialità; senso, quest'ultimo, confortato da ultimo dallo stesso Giudice delle leggi. A conferma di quanto appena detto a proposito dell'intento qui perseguito da D'Antona, mi interessa sottolineare come così egli scarti in partenza la via più facile, quella di scindere, nella frase «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge» - di cui all'art. 97, co. 1 - organizzazione e gestione del personale, ritenendola scritta solo per l'organizzazione; e, a mio giudizio, la scarti perché inidonea a dar fondamento all'estensione della privatizzazione alla stessa organizzazione. E come, altresì, una volta scelta la via ben argomentata da Andrea Orsi Battaglini e confortata dal Giudice delle leggi, non la usi per la finalità da quelli perseguita, di legittimare la presenza della contrattazione collettiva in materia di trattamento economico e normativo del personale; bensì per far crollare il suo muro di Berlino: la assoluta e totale discontinuità di natura e di disciplina fra organizzazione e gestione del personale. Discontinuità, questa, che è da lui ritenuta l'eredità più pesante e condizionante lasciata dalla fase precedente alla stessa prima privatizzazione, perché tale da "immunizzare" le decisioni organizzative immediatamente a monte degli atti gestionali, con una tendenziale "ripubblicizzazione" strisciante degli stessi.

Il tutto gli sembra aggravato dal modo in cui la prima privatizzazione ha operato, unificando e definendo in negativo l'ambito copribile dalla gestione privatistica, dalla giurisdizione ordinaria e dalla contrattazione collettiva, cioè come quello residuale rispetto all'elenco delle sette materie " regolate con legge ovvero sulla base della legge e nell'ambito dei principi dalla stessa posti, con atti normativi o amministrativi", di cui all'art. 2, co.1, lett. c) della legge delega n. 421/1992. In presenza di un tale elenco, non solo esteso all'intero spazio organizzativo ed altresì a qualche significativo momento gestionale, ma anche espansivo nel suo carattere generico ed equivoco, la mera esistenza di una legge nella contestata terra di confine avrebbe portato dottrina e giustizia

amministrativa a presumere la contestuale esistenza di una disciplina pubblicistica, tale da giustificare di per sè la legittimità di regolamenti e di atti amministrativi. Con una conseguenza facile da intuire, cioè, al tempo stesso, di esclusione dell'esercizio di poteri uguali a quelli di un imprenditore, di limitazione della contrattazione collettiva, di sottrazione alla giurisdizione ordinaria.

Sullo sfondo di uno Stato "diverso" e sul presupposto di tale duplice rilievo teorico - come visto costituito dall'attribuzione alle pubbliche amministrazioni di una capacità negoziale originaria e dalla legittimazione costituzionale di una privatizzazione estesa anche all'organizzazione collocata immediatamente a monte della gestione, poi comunemente conosciuta come micro o bassa - si svolge tutto il successivo pensiero di D'Antona: ripreso, aggiornato, innovato, ma secondo un *continuum* ben percepibile. Per questo mi riesce difficile scanderne temporalmente i momenti ed i passaggi, ma facile ritrovarne nel saggio in parola il disegno anticipato da un D'Antona simpatizzante, ma critico della prima privatizzazione e realizzato da un D'Antona protagonista orgoglioso della seconda, se pur consapevole del costo pagato - in termini di concessioni, soluzioni compromissorie, forzature - per vararla.

Un pensiero, quello sintetizzato nel saggio di D'Antona, che contiene alcuni snodi essenziali. *Primo*, la configurazione della pubblica amministrazione come una datrice di lavoro fornita di tutti i relativi classici poteri direttivi e disciplinari, rinvia ad una dirigenza capace di interpretarne il ruolo: quindi autonoma rispetto ad un vertice politico o istituzionale; sottoposta tutta alla disciplina privatistica, senza distinzione fra generale e non; strutturata secondo una logica non solo gerarchica, ma anche funzionale; garantita secondo una distinzione fra stabilità del rapporto e variabilità dell'incarico; responsabilizzata in relazione non al singolo atto, ma al risultato complessivo. *Secondo*, la considerazione della contrattazione collettiva quale genuina espressione di autonomia collettiva, riporta ad una ricostruzione sostanzialmente associativa dell'ARAN, titolare di una rappresentanza legale, cui *in primis* va ricondotta la sua efficacia generalizzata la quale, a sua volta, *da una parte*, trova legittimazione politico sindacale nella rappresentatività effettiva, associativa-elettiva, delle oo.ss. trattanti e, *dall'altra*, rinvia ad una procedura liberata della sua impalcatura pubblicistica, sì da rassomigliare ad un contratto ad evidenza pubblica, dove resta ben distinto il processo formativo del volere dell'Ente pubblico, assoggettato al diritto amministrativo, dal contratto, sottoposto al diritto privato, come tale libero nello scopo, cioè non funzionalizzato.

Ma era il cambio di giurisdizione a costituire per D'Antona una specie di ossessione. Certo gli sembrava coerente che del diritto del lavoro fosse giudice quello del lavoro, con un naturale *continuum* fra regime sostanziale e processuale; però, all'inizio avrebbe anche considerato praticabile un mantenimento del giudice amministrativo, con un debito aggiornamento del bagaglio professionale e del rito. Ma fu l'ostinato e rigido conservatorismo dei Tar, trasformatosi in autentico boicottaggio, a convincerlo del contrario. Sicchè, divenuto consulente del legislatore, fece di tutto per accelerare il passaggio e per liberare il processo riformatore da qualsiasi residuo pubblicistico che potesse essere utilizzato dai Tar per sostituire surrettiziamente il loro giudizio a quello espresso in un atto privatistico, individuale e collettivo, come tale a scopo libero, non sindacabile in relazione ad un qualche presunto interesse pubblico. Come mi è successo di dimostrare altrove, se il punto del passaggio alla giurisdizione ordinaria è stato forse quello più rivisitato nel corso di tutta la seconda privatizzazione, lo si deve al suo intento di rispondere colpo su colpo a questo o a quell'intervento dei giudici amministrativi, intenti a riportare sotto il loro dominio un qualche pezzo del territorio una volta posseduto per intero: sia semplificando un processo di contratta-

zione collettiva, iperegolamentato, con un intreccio di momenti pubblicistici e privatistici; sia riformulando l'ambito riservato al giudice ordinario, fino a farlo dipendere non dalla natura dell'atto impugnato come lesivo, ma dall'esistenza stessa di un diritto pieno e perfetto.

Tutto questo è merito di quella seconda privatizzazione di cui lui scende a parlare direttamente nella parte più corposa del suo saggio, sempre tenendo la prima a termine di confronto, per enfatizzare l'autentico salto di qualità di cui può considerarsi regista; sicchè riprende non poco di quanto anticipato in apertura, con un'attenzione tutta particolare alla rimodulazione del "diritto sindacale" effettuata dal d. lgs. n. 396/1997.

5. La "formula magica" costituita dall'art. 12, co. 4, lett. a)

Il fondamento della seconda privatizzazione viene ritrovato nell'art. 12, co. 4, passaggio introduttivo e lett. a) della seconda legge delega, la n. 59/1997: *nel passaggio introduttivo*, che concede al Governo la delega ad emanare «ulteriori disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni», perché nel precisarne il fine, cioè di "conformare le disposizioni" del decreto in parola "alle disposizioni della presente legge", conferirebbe lo stretto ed inscindibile collegamento fra lo Stato "diverso" - decentralizzato, deconcentrato, semplificato - e l'ulteriore passo sul cammino della privatizzazione - considerato del tutto compatibile con gli artt. 97 e 98 cost.- di cui ai successivi principi e criteri direttivi; e, rispettivamente, *principio e criterio direttivo sub lett. a)* che delega il Governo a «completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa», perché costituirebbe una specie di principio/criterio madre, tale non solo da contenere tutti gli altri, ma da poter legittimare aggiornamenti e correttivi non esplicitamente previsti.

Il fatto è che al di là di questo principio/criterio madre, buono per tutti gli usi, la delega si interessa esplicitamente quasi solo della figura del dirigente, della contrattazione collettiva e della giurisdizione: della prima - figura del dirigente - nel passo introduttivo (riaffermazione del ««principio di separazione tra compiti e responsabilità di direzione politica e compiti e responsabilità di direzione dell'amministrazione»)e nelle successive lett. a) e b) (estensione del regime di diritto privato ai dirigenti generali ed equiparati e, rispettivamente, istituzione di un ruolo unico interministeriale presso la presidenza del Consiglio); della seconda - contrattazione collettiva- nelle lett. c), d), e), f) e h) (rivisitazione dell'Aran, introduzione di una disciplina distinta per le tipologie professionali, costituzione di autonomi livelli di contrattazione integrativa, riforma della procedura di contrattazione, nonché previsione di una consultazione sindacale sugli "atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro"); della terza - giurisdizione - nella lett. g) (attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario entro il 30 giugno 1998).

Dunque, D'Antona proprio quel principio/criterio direttivo deve richiamare per dedurne quello che dal suo punto di vista costituisce il passaggio essenziale dalla prima alla seconda privatizzazione, cioè «la riconduzione ad unità, nella categoria generale della capacità di diritto privato, di organizzare i mezzi e il personale necessario al funzionamento degli apparati», con a referente prossimo l'ente pubblico economico. E, consapevole del supporto generico offerto in proposito dal legislatore delegante, tende a tradurlo in un vincolo per il legislatore delegato: «Sarà inevitabile che la legislazione delegata provveda alla riformulazione delle disposizioni del d. lgs. n. 29 del

1993 sulle fonti e sull'organizzazione, dando atto della separazione ormai consumata tra la configurazione strutturale degli apparati – sempre riservata, sulla base della legge, a regolamenti o ad atti organizzativi in regime pubblicistico, i quali dovranno stabilire il modello organizzativo e i principi fondamentali di organizzazione degli uffici, individuare gli uffici di maggiore rilevanza, le competenze per gli atti di natura provvedimentale e le dotazioni organiche complessive – e le determinazioni riguardanti il funzionamento degli uffici che saranno assunte dai dirigenti responsabili della gestione con la capacità di diritto privato, entro lo spazio adeguato che la configurazione organizzativa stabilita mediante le fonti unilaterali dovrà lasciare alla loro responsabilità» (*Lavoro pubblico*, p. 257).

C'è qui, scritto a chiare lettere, il superamento dell'elenco di cui all'art. 2, co. 1, lett. c) della prima legge delega, peraltro portato avanti senza esplicitarlo chiaramente, sì da dar vita a quello da me battezzato a suo tempo come "il giallo delle sette materie". D'Antona procede senza altro appiglio che quello costituito dal visto art. 12, co. 1, lett. a) della seconda legge delega, generale e generico, seppur confortato da un passo di Corte cost. n. 309/1997, secondo cui "l'organizzazione debba essere conservata pubblica limitatamente al suo nucleo essenziale"; e procede, nel corso della decretazione attuativa della seconda legge delega, col sopprimere sistematicamente il preesistente rinvio a quell'elenco, come limite posto all'esercizio dei poteri datoriali, alla contrattazione collettiva, alla giurisdizione del giudice del lavoro. E, così, l'art. 2, co. 1 del d. lgs. n. 29/1993 (novellato dall'art. 2 del d. lgs. n. 80/1998, successivo allo scritto qui commentato) stabilirà che "Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza; determinano le dotazioni organiche complessive".

È fin troppo facile accorgersi come la penna sia la stessa: quanto anticipato in questo suo saggio, viene dallo stesso D'Antona tradotto nel successivo decreto delegato. Attenzione, però, non si tratta di un mero ridimensionamento dell'originario elenco, tale da far parlare di una risalita a monte della privatizzazione, sicché, una volta ristretta alla sola gestione del personale, sia ora estesa alla stessa organizzazione, con una parte, micro o bassa, che diventa privata ed una parte, macro od alta, che resta pubblica. Perché, se con riguardo all'esercizio dei poteri datoriali ci sarà un esplicito richiamo a tale nuovo limite (tant'è che l'art. 4, co.2 del d.lgs. n. 29/1993 - novellato dall'art. 2 del d. lgs. n. 80/1998 - dice testualmente che «Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, co. 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato imprenditore»); invece, con rispetto alla contrattazione collettiva ed alla giurisdizione ordinaria, tale esplicito richiamo mancherà del tutto. A dire il vero, l'ambito della contrattazione collettiva è già ridefinito al momento di questo saggio di D'Antona, nei termini di cui all'art. 45, d. lgs. n. 29/1993 - come novellato dall'art. 1, d. lgs. n. 396/1997- co. 1 («La contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni industriali»); e, rispettivamente, co. 2 («Gli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro formano oggetto delle procedure di informazione e di esame regolate dall'art. 10 e dai contratti collettivi», dove l'art. 10 dello stesso d. lgs. n. 29 / 1993 non rimarrà quello originario, ma diverrà quello riscritto dall'art. 6 del successivo d. lgs. n. 80/1998, per cui «I contratti collettivi disciplinano i rapporti sindacali e gli istituti di partecipazione anche con riferimento agli atti interni

di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro»). Mentre, a sua volta, l'ambito della giurisdizione ordinaria verrà rimodulato in prosieguo, nei termini di cui all'art. 68, co. 1 d. lgs. n. 29/1993 - come novellato dagli artt. 29, d. lgs. n. 80/1998 e 19, d. lgs. n. 387/1998 («Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro ..., incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti»).

A ben guardare, si parte dalle "materie" coperte; ma queste sono dotate di una particolare capacità espansiva, perché sono individuate *per relationem* e non sono accompagnate da alcuna limitazione esplicita. Come appena visto, nel caso della contrattazione collettiva, ne sono oggetto «tutte le materie *relative* al rapporto di lavoro e alle relazioni industriali», cioè tutte quelle in cui si possano avere ricadute sulle condizioni di lavoro o sulle relazioni fra le parti, tanto da ricomprendersi surrettiziamente, gli "atti interni di organizzazione", in ragione dei loro "riflessi sul rapporto di lavoro", a prescindere dal loro essere atti privati o pubblici; surrettiziamente – mi è venuto da dire – perché, laddove la contrattazione collettiva formale sembrerebbe doversi fermare, scattano quelle "procedure di informazione e di esame", lasciate alla libera determinazione della stessa contrattazione collettiva, con a possibile sbocco accordi classificabili come *extra-ordinem*. E, a sua volta, nel caso della giurisdizione del giudice del lavoro, ne costituiscono contenuto «tutte le controversie *relative* ai rapporti di lavoro»: cioè tutte quelle in cui siano rivendicati diritti soggettivi, che preesistono e resistono anche a fronte di atti pubblici lesivi; tanto da includervi esplicitamente le controversie circa i conferimenti d'incarico, veri e propri provvedimenti amministrativi, anche se, poi declassati dalla Corte di Cassazione ad atti privatistici, con un evidente ed ingiustificata forzatura.

6. Il d.lgs. n. 396/1997

Tutto questo costituirà lo sviluppo legislativo del pensiero di D'Antona, peraltro chiaramente delineato ed anticipato nel saggio in esame. Ma qui c'è già il commento relativo al primo pezzo, il d. lgs. n. 396/1997, dedicato al nuovo "diritto sindacale" dell'impiego pubblico privatizzato, che l'autore considera come "Prime prove della legislazione delegata", avendo in mente l'ulteriore percorso, poi concretizzatosi nei dd.lgs. nn. 80 e 387 del 1998. Un pezzo assolutamente essenziale per lui, che, come ho già avuto modo di dire, vedeva la privatizzazione come contrattualizzazione, data la parte assolutamente prioritaria assegnata a quest'ultima nell'uniformizzazione della disciplina del settore pubblico a quella del settore privato, nella crescita di efficienza, nella decongestione di una struttura centralistica e monolitica. Dal che non può che derivarne un'unica riforma della riforma, cioè una contrattazione più ampia, più incisiva, più resistente rispetto ad ogni possibile *revanche* pubblicistica. *Prima*, enfatizza nuovamente la base teorica della sua argomentazione, cioè la capacità negoziale collettiva delle pubbliche amministrazioni, che, ora, giudica esplicitamente fondarsi «come ha chiarito la Corte costituzionale, nella generale autonomia collettiva garantita ai datori di lavoro in base all'art. 39 primo comma Cost.; *poi*, interpreta il "nuovo" diritto sindacale, smorzandone la specialità - residuata dall'attenta ed ampia potatura da lui stesso curata nel redigere il d.lgs. n. 396/1997 – sì da renderla del tutto compatibile con la configurazione della contrattazione collettiva come libertà negoziale e non come potere normativo», di per sé esercitabile anche nell'area di autodeterminazione organizzativa da parte delle pubbliche amministrazioni. Questo è affermato col consueto rigore logico e stilistico nel passo seguente: «Il fatto

che l'agire delle pubbliche amministrazioni nella negoziazione, formazione e applicazione dei contratti collettivi sia inquadrato in una cornice legale *ad hoc*, che fissa le regole di azione, non giustifica la conclusione che il contratto collettivo pubblico è una fonte normativa in senso tecnico, sia pure di tipo consensuale. E, neppure, sotto l'altro profilo, che in quanto fonte normativa consensuale, esso è logicamente alternativo al potere di autodeterminazione organizzativa della pubblica amministrazione, che sarebbe invece riservato al regime unilaterale delle fonti pubblicistiche» (*Lavoro pubblico*, p. 258).

I punti toccati sono sostanzialmente tre: Aran e procedura negoziale; struttura, estensione ed efficacia della contrattazione; rappresentatività sindacale. Una volta elevata a postulato la capacità negoziale originaria delle singole amministrazioni, tanto da ritenere che sarebbe esercitabile anche in assenza della cornice legale, D'Antona ne ricava la piena coerenza di una sua rivisitazione. L'Aran è vista e ricostruita come un'associazione di associazioni, che si esprimono attraverso i rispettivi Comitati di settore, dotati di poteri di indirizzo per le trattative e di concerto sulle ipotesi di accordo. Il tutto con un elevato tasso di de-pubblicizzazione, perché «viene meno la fase pubblicistica dell'autorizzazione governativa, punto critico del sistema precedente, e si assegna rilevanza diretta, ai medesimi fini, all'espressione volontaria degli interessi collettivi delle amministrazioni» (*Lavoro pubblico*, p.248). Col venir meno della fase pubblicistica dell'autorizzazione governativa, è tagliata l'erba sotto i piedi a quei Tar che ne avevano fatto l'occasione per sindacare nel merito i contratti collettivi sottoscritti ed autorizzati; ma, cosa ovvia per D'Antona, questo non basta ad eliminare tutta la specificità richiesta dalla natura pubblica delle amministrazioni. Solo che, da un lato – come visto- la confina nella procedura interna di formazione della volontà delle amministrazioni (sul tipo dei contratti ad evidenza pubblica) e su quella di verifica preventiva e successiva dei costi; dall'altro, la ammortizza nella rappresentanza legale, esercitata dall'Aran in base alla legge: la rappresentanza legale risponde alla necessità di una gestione coordinata e tendenzialmente uniforme dell'intero universo dell'impiego pubblico privatizzato; ma, al tempo stesso, proprio perché riempita dall'attività condizionante dei Comitati di settore, riesce del tutto conciliabile con l'impostazione privatistica.

Una operazione del tutto simile vale per la struttura della contrattazione collettiva: «Una diversa dislocazione della legge rispetto all'autonomia collettiva si ha anche con riguardo alla struttura contrattuale. A parte il riconoscimento dei due livelli contrattuali (“in coerenza con il settore privato”, come prescritto dalla legge delega) tutte le opzioni concernenti l'articolazione contrattuale (suddivisione in comparti; definizione delle aree dirigenziali; individuazione di sezioni specifiche per tipologie contrattuali; rapporti tra livello nazionale e livelli decentrati) sono rimesse alla stessa contrattazione collettiva» (*Lavoro pubblico*, p. 248). Ma c'è una variante, costituita dalla subordinazione al contratto nazionale di quello decentrato, riconoscendogli un'efficacia reale, cioè sanzionata con la nullità della clausola difforme, priva di riscontro nel settore privato. Una variante, però, giustificabile, perché tale da compensare un decentramento altrimenti foriero di rischi assolutamente inaccettabili nel settore pubblico: di alimentare differenziali retributivi scollegati dalla produttività, sacrificando l'uguaglianza senza promuovere l'efficienza; e di rendere incontrollabili i costi complessivi, con effetti negativi sul deficit e, quindi, sul vincolo derivante dall'ingresso nell'euro. Non solo giustificabile, ma anche conciliabile con l'opzione privatistica, perché «Così facendo, al di là di ogni apparenza, la legge non antepone, alle opzioni autonome della contrattazione collettiva un modello eteronomo; prescrive piuttosto a ciascun soggetto pubblico, nella fase di applicazione del contratto collettivo forte di vincolo di coerenza con le scelte fatte

autonomamente a livello nazionale. Da questo punto di vista, la legge si disloca, non prima, ma dopo le libere scelte dell'autonomia collettiva» (*Lavoro pubblico*, p. 248 s.).

L'estensione della contrattazione collettiva, vista quale parte di una complessiva risalita a monte della privatizzazione verso l'organizzazione degli uffici è già stata ampiamente considerata sopra, quale effetto dell'eliminazione dell'elenco delle sette materie di cui all'art. 2, co. 1, lett. c); anzi, si è aggiunto, che nell'ipotesi della contrattazione collettiva e della giurisdizione tale risalita a monte pare prescindere dalla natura privata degli atti in questione, tanto da finire per riguardare anche "gli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro" e, rispettivamente, provvedimenti amministrativi come i conferimenti di incarichi. Estensione, questa, che D'Antona considera essenziale, tanto da ritornarvi a conclusione del saggio: «È agevole cogliere la strumentalità 'virtuosa' che si può realizzare tra contrattazione collettiva e autonomia organizzativa delle pubbliche amministrazioni, una volta che la prima sia intesa correttamente come libertà negoziale e non come potere normativo» e continua col dire che «La si coglie chiaramente sotto due profili legati all'innovazione organizzativa: quello dell'adeguamento delle normative di lavoro e quello della composizione dei conflitti generati dall'innovazione» (*Lavoro pubblico*, p. 259 e s.), cioè laddove, per necessità giuridica o per convenienza operativa, bisogna contare sulla disponibilità dei dipendenti.

A riguardo dell'efficacia D'Antona fa propria l'argomentazione di Corte cost. n. 396/1997, che - per dirla con una espressione popolaristica di grande capacità suggestiva- salva 'capra e cavoli': la capra dell'efficacia generalizzata ed i cavoli della natura privatistica. Qui, per la Corte, si trattava di conciliare la consolidata ritrosia a dar via libera ad una diretta trasgressione dell'art. 39, co. 2 e ss. cost. con la dichiarata simpatia per la privatizzazione, così forte ed evidente da farle rovesciare la precedente lettura dell'art. 97, co. 1 cost. La via di uscita è costituita da una distinzione sofista: l'efficacia *erga omnes* di cui all'art. 39, co. 4 è "intrinseca", cioè prodotta direttamente ed immediatamente dal contratto, in quanto partorito da quel particolare procedimento ivi previsto; mentre l'efficacia generalizzata di cui alla riforma è "estrinseca", vale a dire ricollegata dall'esterno al contratto, in forza di un obbligo legale di osservarlo imposto alle amministrazioni. Verrebbe da commentare - con un'altra dose di saggezza popolare- che "se non è zuppa è pan bagnato" - perché è pur sempre un'efficacia estesa *urbi et orbi*; ed estesa in forza e ragione del fatto che il contratto sia stato figliato secondo un ben preciso e dettagliato concepimento, gestazione e parto.

Il fatto è che l'efficacia generalizzata era una scelta obbligata per un pubblico impiego privatizzato, ma considerato ancora nel cono d'ombra dell'art. 97, co. 1, con riguardo ad un trattamento generale ed uniforme, fra l'altro ritenuto del tutto necessario per poterlo governare finanziariamente. *Hic Rhodus, hic salta*, solo che la Corte, lungi dal saltarlo, lo guarda, accettando di bagnarsi i piedi; e a D'Antona non rimane che seguirla, se pur con l'uso pudico del condizionale e con l'avvertimento che trattasi di un comportamento già tenuto dal Giudice delle leggi: nota come «L'efficacia generale sarebbe l'effetto indiretto dell'obbligo legale gravante sulle pubbliche amministrazioni di osservare i contratti collettivi, non un effetto diretto della fonte contrattuale, la cui natura giuridica sarebbe quindi quella di contratto collettivo di diritto comune»; ed osserva, sia pure *en passant*, che «La distinzione tra natura del contratto collettivo e regime legale dei suoi effetti» sia ormai «sperimentata nella giurisprudenza della Corte relativa alla compatibilità, con l'art. 39 quarto comma Cost., delle molteplici figure di contratti collettivi con effetti legali» (*Lavoro pubblico*, p. 250 e s.)

È interessante notare come traspaia qui il coinvolgimento di D'Antona, perché parla esplicitamente di contratto collettivo di diritto comune: ora, questo nome è stato inventato a misura di un figlio di N.N., cioè un contratto non battezzato dalla legge, ma ospitato e fatto crescere dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ambito anonimo ed impersonale del libro IV del codice civile; mentre il contratto collettivo di comparto nasce iper-legittimato ed iper-regolato. Ne parla per sottolineare come il frutto, quello di cui lui ha cercato di assottigliare il guscio legislativo, con il d. lgs. n. 396/1997 e con un processo interpretativo all'insegna del diritto privato, è sempre lo stesso: un atto di autonomia collettiva, rispetto a cui la interferenza legislativa dev'essere quella minima dettata da una ragione giustificabile alla luce della Carta costituzionale. Coinvolgimento che lo porta a recepire la distinzione sofista della Corte costituzionale, accompagnandola con una rilettura forzata della sua precedente giurisprudenza, perchè, se è vero che precedentemente aveva distinto fra "natura del contratto e regime legale dei suoi effetti" (come nel caso dell'efficacia generalizzata riconosciuta alla scelta dei criteri di messa in cassa integrazione e nel caso della individuazione delle prestazioni indispensabili e delle misure idonee ad assicurarle in presenza di scioperi nei servizi pubblici essenziali), lo aveva fatto attraverso la mediazione costituita dall'auto-regolamentazione dei poteri imprenditoriali.

Casamai sorprende che D'Antona non aggiunga *ad adiuvandum* lo strumento a suo tempo ritenuto quello principe per spiegare l'efficacia generale, cioè la rappresentanza legale attribuita all'Aran. Ma c'è da sospettare che vi sia stato indotto dalla stessa ragione sottesa alla scelta esclusiva della stessa Corte a favore dell'obbligo costituito *ex lege* a capo delle amministrazioni; cioè dall'aver quest'ultimo portata omnicomprensiva, cioè non limitata alla contrattazione nazionale, ma estesa anche a quella decentrata. Di fatti per la prima, ma non per la seconda è chiamata in causa l'Aran; cosa, questa, assai rilevante per uno come lui che intendeva valorizzare proprio la contrattazione decentrata.

Rimaneva, però, una contropartita logicamente coerente e praticamente indispensabile, dell'efficacia generale, quella di un'effettiva misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali chiamate a trattare; a sottoscrivere i contratti; a garantire la tenuta di una struttura contrattuale tutta all'insegna di una centralizzazione non rigida, ma coordinata ed articolata; a lucrare la rendita promozionale costituita dai diritti sindacali. Una volta deciso di lasciarsi alle spalle qualsiasi soluzione comportante un'interferenza pubblica e constatato la impraticabilità della disciplina di un art. 19 dello Statuto, così come resa monca dal referendum abrogativo ormai del tutto avvitata su se stessa; una volta deciso e verificato tutto questo, opta nettamente per una rappresentatività (non per una maggiore rappresentatività) quantificata in un 5%, frutto di una media fra associati ed elettori nelle consultazioni per le Rsu. A prescindere dal numero, che, certo risente al ribasso dell'inevitabile compromesso politico-sindacale, c'è in questa opzione tutta una politica del diritto radicata profondamente nella sua cultura e nella sua formazione: la necessità di legittimare le organizzazioni sindacali, chiamate a trattare per l'intero universo del pubblico privatizzato; la opportunità di conciliare la preferenza 'cislina' per il dato associativo (come espressivo di un associazionismo volontario) con quella 'cigiellina' per il dato elettorale (come meglio rispondente ad un sindacalismo tendenzialmente universale, ricordato allo stesso *status* di dipendente); la simpatia per una istanza di base come le Rsu, che pur continuando a convivere con le Rsa, vengono privilegiate ed incentivate. E tale rappresentatività verrà a costituire nel d. lgs. n. 396/1997, il perno di un sistema complesso, da lui sintetizzato in modo che non può essere riassunto, ma solo riprodotto: «La rappresentatività sindacale, valutata in base alla nuova unità di

misura, assume poi un triplice rilievo: come rappresentatività sufficiente per l'ammissione alle trattative nazionali, e, in via derivata, per l'esercizio dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro; come rappresentatività complessiva, per la verifica del consenso necessario alla valida sottoscrizione dei contratti collettivi nazionali; e, infine, come rappresentatività comparata per la ripartizione delle prerogative sindacali espresse in ore (permessi o aspettative sindacali)» (*Lavoro pubblico*, p. 252).

A tirare le somme, una battaglia tutta all'insegna di una riformulazione e reinterpretazione contrattualista della riforma, con l'attenzione rivolta al pluridecennale *acquis* della legislazione, della dottrina, della giurisprudenza cui si doveva quel diritto sindacale vivente, nato e cresciuto nel vuoto dovuto alla mancata attuazione dell'art. 39, co. 2 e ss. cost.; ma condotta con la precisa consapevolezza che quella stessa riforma era dotata di forza espansiva: il nuovo diritto sindacale dell'impiego pubblico privatizzato che tanto doveva al classico diritto sindacale dell'impiego privato, ora avrebbe potuto restituirglielo. Nell'elenco delle caratteristiche della seconda privatizzazione, cita, come ultima, una estremamente significativa, la transattività della riforma: «Su alcuni importanti temi, come la rappresentatività sindacale o le forme di risoluzione delle controversie di lavoro, il fatto che le pubbliche amministrazioni costituiscano un sistema dotato di una forte omogeneità; o che il comportamento dei datori di lavoro pubblici si possa orientare secondo norme di azione, oltreché attraverso disposizioni incidenti sui rapporti di lavoro; o che la rappresentanza contrattuale della parte pubblica sia unificata; o infine che la generale osservanza dei contratti collettivi pubblici sia garantita dalla legge sono altrettanti elementi di contesto che fanno della seconda privatizzazione un terreno avanzato di sperimentazione di alcune riforme della legislazione del lavoro che, nel settore privato sono discusse da tempo ma stentano a decollare o sono surrogate dalla contrattazione collettiva ed hanno quindi una applicazione disomogenea. Il lavoro pubblico, come è avvenuto in altri momenti, anziché limitarsi ad importare i modelli del diritto del lavoro privatistico, funziona da fattore propulsivo della evoluzione di questo» (*Lavoro pubblico*, p. 246 e s.).

Non per nulla al primo posto c'è la rappresentatività sindacale, funzionale a quella generale osservanza dei contratti collettivi pubblici garantita *ex lege*. Trovare la possibilità di esportare questa inscindibile accoppiata nel settore privato, a Costituzione invariata, con un'interpretazione sostanzialista dell'art. 39, ult. comma, costituirà l'ultima fatica di D'Antona: anche qui splendido tecnico al servizio di una splendida utopia (*Il quarto comma dell'art. 39 della costituzione, oggi*, in *GDLRI*, 1998, 665-698 e in Massimo D'Antona *Opere*, a cura di Bruno Caruso e Silvana Sciarra, II, Scritti sul diritto sindacale, pp. 399-438). Meglio, l'ultima lezione, quella che termina con la toga abbandonata sulla cattedra: una lezione animata da un'idea resa con una logica ineguagliabile e con una passione forte, anche se tenuta sotto traccia. Ragione e cuore, anzi cuore e ragione: più lungo e faticoso è il cammino percorso, più vero ritorna il famoso passo di Pascal: "Le coeur a ses raisons, que la raison ne connaît point".

7. Gli scritti successivi del 1998/99: un bilancio della tornata contrattuale 1998-2001

Il compito che mi ero prefisso - conformemente all'incarico ricevuto- era di rileggere un saggio, a scelta, di Massimo D'Antona. Ma non posso ignorare che in seguito egli ebbe a scriverne altri tre: i primi due relativi alla tornata contrattuale post-seconda privatizzazione, svoltasi all'indomani del varo del d.lgs. n. 80/1998, apparsi entrambi ne "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", uno nel 1998 e l'altro - inviato qualche giorno avanti al suo assassinio - nel 1999; il terzo, a commento

di due sentenze della Suprema Corte in tema di giurisdizione, ma che, steso e pubblicato su il Foro italiano del 1999, dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 387/1998, costituisce una specie di aggiornamento del suo pensiero alla luce dei tre decreti legislativi da lui stesso curati. Credo, dunque, di doverne far cenno, per cogliere nell'indubbio *continuum*, prima, il giudizio sulla tornata contrattuale stessa, vero e proprio banco di prova dell'effettività ed efficacia della riforma; poi, un bilancio dell'intera seconda privatizzazione, consegnato idealmente all'estensore di quel testo unico da lui prefigurato come un vero e proprio codice dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ma realizzato dopo la sua morte solo *pro forma*: di fatto il d. lgs. n. 165/2001 risulterà un testo meramente riproduttivo del d.lgs. n. 29/1993, così come modificato nel corso del predente decennio.

Ne "Il rinnovo dei contratti collettivi delle pubbliche amministrazioni 1998-2001: verso l'Europa a più velocità"(qui citato da Massimo D'Antona, Opere, op. cit., pp. 261-270), egli constata con soddisfazione come l'avvio del rinnovo dei contratti collettivi delle pubbliche amministrazioni per il biennio economico 1998-1999 e per il quadriennio normativo 1998-2001 sia avvenuto nel pieno rispetto di quanto previsto dal "nuovo" diritto sindacale: sintonico rispetto all'avvio di uno Stato "diverso"; liberato dal precedente sovraccarico pubblicistico; caratterizzato da un duplice livello, con l'integrativo legittimato ad utilizzare risorse aggiuntive a quelle determinate globalmente nella legge finanziaria; funzionale riguardo al varo di un modello organizzativo diverso per il ruolo assegnato ai dirigenti nella gestione e per il regime giuridico della micro-organizzazione; idoneo a far da apri-pista al settore privato in tema di rappresentanza sindacale e di contrattazione collettiva. E trova largamente condivisibile le tematiche affrontate, in parte riguardanti il superamento di un vecchio retaggio, come per l'inquadramento professionale, il trattamento di fine rapporto, i fondi per la previdenza integrativa nel settore pubblico; in parte attinenti all'aggiornamento del modello organizzativo, come l'accento posto sulle componenti retributive accessorie variabili.

Vi è qui un'enfasi tutta particolare sulla contrattazione integrativa, vista come la strumentazione elettiva per una modifica consensuale dell'organizzazione, onde rendere la base più coinvolta e più disponibile all'innovazione. Del che egli vede le Rsu co-protagoniste, legittimate e rese responsabili proprio dal fatto di essere elette da tutti i lavoratori; sì da prefigurarsi con piacere le consultazioni su liste sindacali, previste per la fine di novembre di quello stesso 1998, con la potenziale partecipazione di tre milioni di dipendenti. Maggiore opportunità, anche maggiori rischi, tanto che egli conclude col porsi la domanda cruciale, «sopravviverà la pubblica amministrazione italiana alla contrattazione collettiva integrativa?». E trova la possibile risposta al di fuori della riforma, con la precisa consapevolezza che essa necessita una cultura ed una politica coerente: «Solo nel quadro di un grande progetto nazionale di rivalutazione del lavoro pubblico, la scommessa incentrata sull'autonomia delle amministrazioni, sul decentramento del sistema contrattuale e sulla rivalutazione delle relazioni sindacali a livello di amministrazione, che costituisce il fattore di novità, il rischio e insieme l'opportunità del ciclo contrattuale del quadriennio 1998-2001, potrà offrire chance a molti e non a pochi». (*Il rinnovo*, da Massimo D'Antona, Opere, op. cit., p. 270).

Né meno positivo e compiaciuto è il bilancio che egli trae a rinnovo avvenuto dei principali contratti collettivi dei comparti pubblici nell'articolo "Contratti nuovi e contraenti vecchi. Riflessioni dopo il rinnovo dei contratti collettivi pubblici" del 1999 (qui citato da Massimo D'Antona, Opere,

pp.271-276). Il *mix* fra cornice legale e contrattazione collettiva realizzato dalla seconda privatizzazione ha funzionato, permettendo di rivedere gli inquadramenti professionali, se pur secondo un duplice modello, di cui uno più conservatore e l'altro più innovativo, nonché di riservare risorse finanziarie per i livelli decentrati; anche se il processo di smobilitazione del precedente *corpus* normativo - costituito da leggi, regolamenti, decreti presidenziali incorporanti accordi ai sensi della legge quadro del 1983- non è stato portato avanti come dovevasi da quegli stessi contratti collettivi cui era stato delegato.

Anche qui, però, ritorna il dubbio che tortura il giurista al termine del suo lavoro, quando, scritto il copione, deve lasciare la scena a coloro che lo devono recitare: «Contratti nuovi per contraenti vecchi: il discorso vale anche per i sindacati del pubblico impiego, i quali dopo il bagno di democrazia della elezione delle Rsu, sembrano ansiosi di tornare alle vecchie conosciute pratiche... Attenzione ai tempi delle altre parti delle riforme, dunque. Se fosse una vecchia amministrazione e un vecchio sindacato ad applicare i nuovi contratti, di nuovo resterebbe ben poco» (*Contratti nuovi*, da Massimo D'Antona, Opere, op. cit., p.276)

8. (segue) Uno sguardo retrospettivo sull'intera seconda fase: all'indomani dei d.lgs. n. 80 e n. 387 del 1998

Ecco, però, nel terzo scritto, "Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la 'seconda privatizzazione' del pubblico impiego (Osservazioni sui d. lgs. n. 396 del 1997, n. 80 del 1998 e n. 387 del 1998)" del 1999 (qui citato da Massimo D'Antona, Opere, op. cit., pp. 271-303), D'Antona riprende il tono sicuro di chi fa da guida in un percorso perfettamente conosciuto. Nato come commento adesivo a due sentenze della Suprema Corte, sezioni unite, che risolvono conflitti di giurisdizione - insorti con riguardo ad altrettante decisioni di Tar in tema di ammissione dei sindacati alle trattative con l'Aran - attribuendola *in toto* al giudice ordinario; lo scritto acquisisce via via il rilievo e lo spessore di un saggio ricognitivo dell'intera sequenza di decreti delegati che hanno dato attuazione alla seconda fase della riforma.

A premessa del suo giudizio fortemente critico nei confronti dei giudici amministrativi, D'Antona enfatizza il fatto che proprio in ragione delle modifiche apportate in forza della l. delega n. 59/1997, questo problema non si sarebbe neppure presentato, visto che l'art. 68, co. 3 d. lgs. n. 29/1993, come novellato dall'art. 29 d. lgs. n. 80, era venuto a risolverlo *in apicibus*: «Sono devolute al giudice ordinario, in funzione del giudice del lavoro, le controversie relative a comportamenti antisindacali ai sensi dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e le controversie promosse da organizzazioni sindacali, dall'Aran o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva di cui all'art. 45 e seguenti del presente decreto». Un auto-apprezzamento che parte da qui, anche se poi è esteso all'intero percorso riformatore da lui gestito; parte da qui non per caso, perché D'Antona ha sempre considerato il giudice amministrativo il nemico numero uno della privatizzazione, capace di sfruttare ogni vuoto ed ogni equivoco per recuperare il terreno perduto, sì da vedersi condannato ad inseguirlo o a precederlo, sfrondando il testo del d. lgs. di ogni appiglio pubblicistico fino ed oltre il limite del possibile.

Intanto gli occorre parare una critica, che alla fin fine un semplificatore - come lui pretendeva di essere - avesse contribuito alla creazione di un diritto sindacale iperegolato; certo, ammette c'è un profluvio di regole, ma - premesso che il superamento del diritto speciale dell'impiego pubblico - «non si risolve nella delegificazione e nell'estensione del diritto comune», sostiene con forza esser «proprio l'emancipazione dal diritto speciale del soggetto pubblico (il diritto speciale

dell'autorità e del vincolo di scopo) e la riduzione della pubblica amministrazione alla posizione formalmente paritaria, a sollecitare la produzione di regole *ad hoc*, il cui scopo è garantire che gli istituti fondamentali del diritto del lavoro comune operino senza distorsioni nelle condizioni specifiche delle pubbliche amministrazioni, che agiscono come datori di lavoro privati, ma in assenza di mercato, senza fini di lucro e senza il vincolo della missione pubblica in funzione della quale sono state istituite» (*Contratto collettivo*, p. 284). Di fatto questo passo confrontato con l'entusiasmo demolitore coltivato all'inizio della privatizzazione, ci dice come D'Antona sia venuto accorgendosi, una volta passato da spettatore a protagonista, come un certo sovraccarico regolativo fosse necessario proprio al fine che perseguiva, col risultato di diversificare e non omogeneizzare i due regimi, del pubblico impiego privatizzato e dell'impiego privato. Ma l'importante per lui è mantenere la barra sulla direzione giusta, cioè quella di una ricostruzione in chiave privatista/contrattualista. Esempio è la "riclassificazione" del contratto collettivo, una volta che la seconda privatizzazione lo abbia caricato di una disciplina che costituisce «una vistosa deviazione dai principi consolidati dei contratti collettivi di diritto comune. Ai contratti collettivi nazionali stipulati dall'Aran, e a quelli soltanto, è espressamente riservato il trattamento proprio degli atti normativi: a) l'istituto della pubblicazione legale (ai fini della conoscenza, dato che l'efficacia si produce al momento della sottoscrizione: art. 45, 5 comma, d. lgs. n. 29 del 1993 modificato e 44, 6 comma, d. lgs. n. 80 del 1998); b) l'ammissibilità del ricorso per cassazione per violazione e falsa applicazione di norme collettive (art. 68, 6 comma, d. lgs. n. 29 del 1993 modificato); e infine c) l'accertamento in via pregiudiziale dell'interpretazione, validità ed efficacia delle norme contrattuali come questione di diritto, soggetta al particolare procedimento di impugnazione diretta in Cassazione (art. 68 bis d. lgs. n. 29 modificato)» (*Contratto collettivo*, p.288). Ma, questo appare pienamente giustificato alla luce del peculiare carattere del datore pubblico, riflettendosi non sulla natura, ma sulla disciplina del contratto collettivo, che, però, deve ammettere, proprio perché previsto e regolato non può più essere considerato di "diritto comune", pur restando atto di autonomia privata: «Qui si coglie il tratto massimo della riforma: i contratti collettivi delle pubbliche amministrazioni sono contratti privatistici ma "nominati", e non "di diritto comune", poiché la legge ne disciplina soggetti, modalità di formazione ed effetti giuridici» (*Contratto collettivo*, p. 286). Non sarebbe sopravvissuto abbastanza per vedere come la generalizzazione del ricorso per Cassazione ai contratti collettivi del settore privato (per effetto dell'art. 420 *bis* c.p.c., così come introdotto dal d.lgs. n. 40 del 2006) gli avrebbe dato una qualche ragione: da un lato, perché non avrebbe mutato il giudizio largamente maggioritario circa il fatto che i contratti collettivi sono atti privati; dall'altro, perché avrebbe segnato l'unico punto a vantaggio dell'auspicato influsso di ritorno, dal settore pubblico, in quanto privatizzato, restituito ad un ruolo guida. L'unico e neppure il principale, perché resterà lettera morta il recepimento da parte del settore privato del sistema basato sullo scambio fra efficacia *erga omnes* e rappresentatività effettiva, associativa-elettorale: scambio che, come già accennato, egli aveva cercato di liberare dall'ipoteca dell'art. 39, co. 2 e ss. con l'ultimo suo saggio, modello esemplare di come un giurista può cercare di curare un testo al bisogno dei tempi, rispettandone il principio ispiratore ed adeguandone la lettera con un gioco logico sfavillante.

Di fatto molto dell'*aliquid novi* era stato previsto in ragione di un pericolo, tanto enfatizzato al momento dell'effettivo passaggio di giurisdizione, quanto svuotato completamente dal successivo corso degli eventi. Ed è proprio a tale nodo centrale che egli ritorna, per sottolineare come in forza delle modifiche apportate dal d. lgs. n. 80/1998, tale passaggio sarà pieno, blindato rispetto ad un eventuale tentativo di esproprio da parte del giudice amministrativo: «L'elemento

cardine del nuovo assetto processuale è naturalmente la scelta, finalmente non equivoca, di fare del giudice ordinario il giudice esclusivo dei rapporti pubblici 'privatizzati', esclusivo nel significato 'chiovendiano' che l'attore può ottenere dal giudice ordinario, anche quando una delle parti è la pubblica amministrazione, 'tutto quello e proprio quello' è necessario per soddisfare la domanda di tutela» (*Contratto collettivo*, p.291). Questo rinvia all'altro elemento cardine, quello del nuovo sistema sostanziale, costituito dal pieno riconoscimento ai dirigenti di una autonomia gestionale esercitabile con una capacità di diritto privato fino alla c.d. micro o bassa organizzazione.

Di più non è il caso di dire, se non è che proprio da qui prende lo spunto per ritornare approfonditamente sulla nuova disciplina dettata in materia di controversie collettive, cioè sulla repressione della condotta sindacale, sulla censurabilità in Cassazione della violazione di norme collettive, sul procedimento incidentale per l'accertamento in via 'pregiudiziale' delle questioni di interpretazione, validità o efficacia delle norme collettive, sull'interpretazione autentica. Siamo alle ultime pagine della sua vita di studioso e di uomo, che ancora impressionano per lucidità ed attualità; e commuovono perché quasi certamente sono passate anche per quella borsa, trovata accanto al suo corpo insanguinato: un'umile compagna di tanto camminare e viaggiare, inanimata ma fedele fino alla morte.

9. Heri dicebamus

Ho battezzato Massimo come un tecnico al servizio di un'utopia; e ho parlato dell'utopia come di qualcosa collocata al di là della linea dell'orizzonte, visibile solo agli occhi di chi fa prevalere l'ottimismo della volontà sul pessimismo della ragione. Ma voleva essere un apprezzamento, perché solo oggi sappiamo, ad un decennio della morte, che era un'utopia; ma attenzione, un'utopia della ragione pratica, cioè meta proposta all'operare, non isola felice partorita dall'immaginazione. Sicché la domanda vera da farsi non è se sia stata un'utopia, come credo secondo la definizione offertane; ma quanto sia servita esserlo, per trovare una parziale, ma rilevante attuazione, con una prospettiva di ulteriore crescita, come una casa completata solo per un paio di piani, ma con i fili di acciaio spuntanti dal tetto provvisorio, destinati domani a far da supporto per sopraelevazioni. Quel domani non pare proprio essere oggi, a fronte del disegno di legge delega predisposto dal "ciclone" Brunetta, che punta a riscrivere il d.lgs. n. 165/2001, cioè il consolidato della prima e seconda privatizzazione, attraverso di cocktail micidiale di ripubblicizzazione e di aziendalizzazione, predispostogli da un *brain-trust* costituito da cultori di diritto amministrativo - magistrati e professori- e da conoscitori della gestione aziendale: coi primi a scrivere lo spartito ed i secondi ad inserirvi qualche assolo strumentale. Ma se un passo indietro è possibile, tenuto conto che in tempo di crisi tutto tende ad essere riportato sotto il cono d'ombra di quel centro romano che conosce assai più e meglio il linguaggio pubblicistico che quello privatistico; se questo è possibile, non è assolutamente possibile un ritorno alle origini. E quanto più il sistema verrà squilibrato, tanto prima sarà destinato a collassare, tenendo presente quanto insegnatoci da D'Antona che Stato "diverso" e modernizzazione delle pubbliche amministrazioni debbono andare di pari passo, cosa ben lungi dall'aver avuto luogo; e che ogni riforma ha bisogno, per camminare, delle gambe degli uomini, cosa questa affidata alla crescita culturale e professionale di quanti vi sono interessati, tale da richiedere a volte ad un cambio di generazione.

A chiusura, un grazie obbligato, ma sincero agli amici di "Su e giù"- in particolare a Paolo Pascucci ospite impareggiabile- per avermi dato occasione di riprendere a dieci anni dalla sua morte un "dialogo" con Massimo: col suo pensiero, certo, ma rivissuto come se fosse non quello freddo ed

impersonale congelato in uno scritto, ma quello vivo, tranquillo nel tono ma serrato nel ragionamento, che dipanava con uno sguardo acuto ed un volto pensoso, ma a tratti illuminato da un sorriso fra l'ingenuo ed il sornione. Di tanto in tanto, il gracidare proveniente da una pozza fangosa sotto la mia finestra diveniva assordante; mi toccava alzarmi per chiuderla, ritornando poi al mio computer, con un senso di colpa per l'interruzione. Sicchè, a mo' di scusa, mi dicevo, come se lui mi ascoltasse: sono cresciuto pigmeo in un mondo di giganti, mi ritrovo, al momento del congedo, gigante in un mondo di pigmei; dovrei inorgogliarmi, ma, a dire il vero, sono rimasto quello di sempre, alto un metro ed ottanta, anzi, per effetto degli anni, qualche centimetro in meno. Ma al mio dire ritornava solo il silenzio; ed il silenzio dei morti è assai meno sopportabile di quello di Dio, perché di loro abbiamo conosciuto la voce.

Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la “buona” amministrazione*

Gabriella Nicosia

Premessa. La dirigenza amministrativa rivisitata: pluralismo e nuovo vincolo di scopo delle P.A.	323
Sez. I: Il pluralismo.	327
1. Il pluralismo amministrativo ed il polimorfismo della figura dirigenziale.	327
2. Una proposta di raggruppamento delle dirigenze per area funzionale.	331
3. Dalla funzione indietro all'organizzazione: uno sguardo al modello di organizzazione delle amministrazioni italiane.	333
4. I principi e le regole generali unificanti sottesi alle discipline delle diverse dirigenze.	335
5. Le regole specifiche: cenni sugli effetti del polimorfismo negli enti locali.	338
5.1. segue...cenni sugli effetti del polimorfismo nelle amministrazioni sanitarie.	341
5.2 segue...cenni sugli effetti del polimorfismo nelle amministrazioni statali.	344
Sezione II: la riconsiderazione del vincolo di scopo nelle p.a. e la rilettura costituzionale: un nuovo paradigma nello studio delle dirigenze pubbliche.	345
6. Lo scenario europeo: esperienze a confronto.	345
7. I valori di fondo sottesi al polimorfismo delle dirigenze: la Costituzione ritrovata ed il passaggio dal paradigma bipolare al paradigma personalistico.	349
7.1 Nuove prospettive per il vincolo di scopo dell'amministrazione italiana: le ricadute sul rapporto di lavoro delle dirigenze.	354
7.2 La responsabilità sociale delle amministrazioni ed i riflessi sull'organizzazione.	358
8. Verso una responsabilità sociale delle dirigenze?	360
Bibliografia.	361

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 81/2008

Premessa. La dirigenza amministrativa rivisitata: pluralismo e nuovo vincolo di scopo delle P.A.

Negli anni 1997-98 Massimo D'Antona¹¹⁶⁶ avviava il processo di completa integrazione fra lavoro pubblico e lavoro privato, noto ai più come "seconda privatizzazione" dell'impiego pubblico, ponendo al centro del complessivo ripensamento organizzativo il rapporto di lavoro della dirigenza pubblica.

Ciò sulla scorta di una nuova lettura¹¹⁶⁷ della Carta Costituzionale a fronte della quale, la trasposizione della disciplina del pubblico impiego sotto l'egida del regime privatistico, appariva del tutto compatibile con le disposizioni di cui all'art. 97 della Costituzione medesima.

L'insigne dottrina prospettava l'ormai noto ragionamento in base al quale il rapporto di lavoro, *stricto sensu* considerato, non è funzionalizzato al raggiungimento del pubblico interesse, del vincolo di scopo¹¹⁶⁸, e, quindi, non necessita di un regime pubblicistico; al contrario, laddove sussiste un'attività caratterizzata dall'autonomia¹¹⁶⁹, e non invece dalla discrezionalità, dove si compongono interessi di parte e sono creati diritti e obblighi attraverso il reciproco consenso, in quell'ambito, appunto, si è al cospetto di un'attività libera nel fine, e cioè libera dal vincolo di scopo.

È possibile sin d'ora osservare - ma sul punto si tornerà *amplius* nel prosieguo di questo lavoro - come l'intera attività di gestione dirigenziale appaia ricompresa nella sfera del dominio della autonomia di scelta del dirigente, a causa del venir meno della funzionalizzazione di ogni singola determinazione dirigenziale.

Il dirigente pone in essere, infatti, una gestione amministrativa che pur non essendo funzionalizzata al raggiungimento del vincolo di scopo, sotto il profilo dei singoli atti che la esprimono, nondimeno, appare finalizzata al medesimo, se la si considera nel suo complesso.

In qualsiasi modo, il dirigente fa muovere l'amministrazione anche nel contesto sociale ed è per tale ragione che fra gli scopi cui è finalizzato (e non funzionalizzato) il proprio operato sempre più è avvertito il bisogno di annoverare valori altri da quelli tradizionalmente ravvisati nella efficienza ed efficacia dell'agire pubblico.

Si vuole, cioè affermare, e quindi dimostrare, che l'azione e la correlata responsabilità del dirigente si spingono, oggi, sino a contemplare e coinvolgere ambiti diversi da quelli del mero perseguimento del progetto della efficienza pubblica, ambiti in cui trovano, viceversa, posto pure la persona umana e la propria dignità, e ciò tanto dentro quanto fuori delle amministrazioni medesime.

¹¹⁶⁶ Il percorso di analisi e studio avviato dall'illustre dottrina, per delineare i contorni delle ragioni giustificatrici del traghettamento del lavoro pubblico nell'alveo del dominio dello *ius privatorum*, può essere agevolmente rintracciato in D'Antona 1996 oggi 2000; Id 1997a oggi 2000; Id 1997b oggi 2000; Id 1997c oggi 2000; Id 1997d oggi 2000; Id 1998a oggi 2000; Id 1998b oggi 2000; Id 1998c oggi 2000; Id 1999a oggi 2000; Id 1999b oggi 2000.

¹¹⁶⁷ Riconducibile agli studi di Orsi Battaglini 1988; Id 1990a; Id 1990b; Id 1993; Orsi Battaglini, Corpaci, 1999.

¹¹⁶⁸ Sulla concezione classica che indica nel vincolo di scopo il centro del diritto amministrativo Benvenuti 1987; Orsi Battaglini 1988.

¹¹⁶⁹ "Autonomia intesa, a questi effetti, come assenza di ogni predeterminazione esterna dei fini, come irrilevanza delle modalità di gestione dei rispettivi interessi e, dunque, come base di un meccanismo di produzione giuridica fondato sul reciproco consenso; discrezionalità intesa come attività orientata dal riferimento ad un interesse esterno, etero e pre-determinato, e, dunque (necessariamente), idonea a produrre unilateralmente i suoi effetti", Orsi Battaglini 1990a, p. 44; in posizione divergente alla lettura interpretativa prospettata da Orsi Battaglini si pone Rusciano 2008; sul tema pure Zoli 1998.

Al fine di dimostrare la plausibilità di una tale ricostruzione, si intende procedere proprio attraverso la rilettura dei principi costituzionali, anche alla luce dei nuovi dettami provenienti dall'ordinamento sovranazionale, in modo da verificare se sia possibile farvi discendere una riconsiderazione del rapporto di lavoro dirigenziale in chiave personalistica.

Il rapporto di lavoro dirigenziale, nelle sue poliedriche sfaccettature, esprime questa nuova prospettiva giuridica dispiegandosi nell'ambito del diritto privato, o più correttamente, del diritto dei privati; e questo sia che il dirigente interpreti il ruolo datoriale, sia che indossi le vesti del prestatore di lavoro.

Una precisazione terminologica si rende, a questo punto, opportuna.

Sino ad ora si è fatto ricorso alla locuzione dirigenza al singolare ma, nel prosieguo di questo lavoro, si avrà modo di declinare la medesima al plurale¹¹⁷⁰, e questo dopo aver dimostrato che non esiste un modello unico di dirigenza, della cui disintegrazione è ormai inevitabile prendere atto, né, tantomeno, è ravvisabile una unità multipla del modello medesimo.

Si proverà, infatti, a dimostrare che esiste, invece, solo uno zoccolo duro di principi, ma pure di regole, comuni alle diverse dirigenze delle variegate amministrazioni in cui si esprime il nostro ordinamento.

Non sarà, tuttavia, solo questa la prospettiva di indagine, dovendosi, infatti, tenere conto pure del fatto che non esiste solo una diversificazione fra le dirigenze, correlata alle diversità riscontrabili fra le varie amministrazioni italiane, bensì pure una diversificazione morfologica interna alla medesima figura dirigenziale.

La dirigenza pubblica è, infatti, una figura organizzativa scissa, a funzione doppia. Essa non può considerarsi soltanto l'alter ego del datore di lavoro, e per questo non sono facilmente trasferibili e utilizzabili gli assunti teorici e concettuali degli studi sulla dirigenza privata. Non la si può considerare tale, perché essa stessa, o almeno una parte di essa, "incarna l'ego": la sua intrinseca funzione nell'organizzazione amministrativa, la rilevanza positiva che assume nella legge, fanno di essa, per molti aspetti, il datore di lavoro, o comunque il soggetto che assume fondamentali compiti di gestione e responsabilità in un contesto particolare, che solo figurativamente, e per analogia, può essere accostato al contesto dell'impresa che opera nel mercato.

Da questo snodo teorico fondamentale si ricava l'inferenza, abbastanza acquisita negli studi in materia, che la dirigenza è datore di lavoro (un manager nella vulgata più recente) e si relaziona secondo moduli normativi - alcuni dei quali direttamente dettati da norme di legge (per esempio il principio della separazione) - ad un imprenditore particolare, la pubblica amministrazione, comprensiva dei suoi organi di direzione e amministrazione politica¹¹⁷¹, che opera nel mercato della politica, e talvolta dei servizi, e che svolge pure una funzione di interesse pubblico e generale.

Il dirigente pubblico è, però, al contempo, pure un lavoratore subordinato il cui rapporto di lavoro è soggetto ad una regolazione speciale e differenziata.

¹¹⁷⁰ In questo senso già Carinci F. 2004a, spec. p. 844 ss; Rusciano 1998 spec. p. 392 ss.

¹¹⁷¹ Sul ruolo imprenditoriale del vertice politico v. da ultimo Ales 2007, spec. il cap. primo, in cui viene prospettata la tesi della individuazione della sfera imprenditoriale delle pubbliche amministrazioni per distinzione da quella datoriale.

La libertà di autodeterminazione, cui sopra si è fatto cenno, risulta, infatti, limitata laddove esistono regole già predisposte che finiscono per esautorare il dirigente/datore trasformandolo in esecutore di scelte assunte altrove; in questo caso, appunto, il dirigente tenderà ad appiattirsi sulla posizione di mero lavoratore subordinato.

Per tale ragione, ferma restando la tradizionale assimilazione alla figura mitologica di Giano bifronte, in molti casi i due aspetti del medesimo rapporto di lavoro finiscono per collocarsi in una peculiare posizione di circolarità e co-implicazione.

Tanto nella veste datoriale, quanto in quella di lavoratore subordinato, la principale obbligazione cui sono finalizzati i comportamenti dirigenziali è ravvisabile nella “buona” amministrazione, ove il termine buona è intriso di numerosi e variegati significati, molti dei quali intrecciati con le aspettative dei fruitori dell’agire pubblico.

Com’è ampiamente acquisito, è proprio da questa dualità di ruoli, dalla natura doppia della condizione giuridica del dirigente dentro la pubblica amministrazione – che, diversamente dal settore privato, è normativamente fissata e, dunque, immediatamente rilevabile - che derivano questioni interpretative di non poco momento, talvolta risolte dalla giurisprudenza ma più spesso lasciate alla multiforme e variegata, e direi pure, in molti casi, singolare attività della prassi applicativa.

Tanto più che, a seconda dell’amministrazione in cui si trovi ad esplicare la propria attività gestionale, varia il modo di atteggiarsi della dirigenza e l’equilibrio fra i due ruoli che essa è chiamata a svolgere.

L’impianto normativo e organizzativo concepito dal legislatore della seconda privatizzazione avrebbe dovuto soddisfare, fra gli altri, pure il bisogno di efficienza dell’azione amministrativa e di responsabilizzazione - ma è forse più corretto parlare di etica - dei comportamenti dei dipendenti pubblici e dei dirigenti in particolare.

Il dibattito è ancora vivace proprio attorno a temi quali la difficoltà nel tradurre gli strumenti messi a disposizione da norme e prassi applicative (ma ancor più giurisprudenziali) in una “buona” amministrazione.

È storia nota come tutto questo abbia costituito il vero *punctum crucis* della fase applicativa della seconda privatizzazione.

Ci troviamo dinanzi ad un assetto ordinamentale tale per cui, di certo, è possibile sostenere che l’interpretazione pan amministrativistica, in auge sino agli anni 90, non si sia rivelata efficace ai fini della “buona” amministrazione ed allo stesso modo la teoria pan privatistica, prospettata a partire dalla seconda privatizzazione, non abbia sortito in eguale misura gli effetti sperati¹¹⁷².

È sotto gli occhi tanto degli studiosi di diritto del lavoro, come pure degli amministrativisti, la sostanziale inattuazione¹¹⁷³ di parte essenziale del progetto della seconda privatizzazione: la parte riguardante il monitoraggio delle prestazioni dirigenziali; vale a dire la parte di progetto cui

¹¹⁷² Su questi aspetti v. chiaramente Caruso 2008b.

¹¹⁷³ In argomento, da ultimo, v. Zoppi L. 2008; Id 2007.

in realtà erano state demandate l'efficacia ed effettività dell'intero impianto della riforma del lavoro pubblico.

Questa è la ragione del rinnovato interesse, in senso riformista, dell'attuale legislatore e, probabilmente, dei tentativi di ricondurre sotto l'egida della funzionalizzazione anche le parti del sistema tipiche della gestione privatistica, come la contrattazione collettiva¹¹⁷⁴.

In questo scritto, prendendo le mosse proprio dall'analisi del rapporto di lavoro dirigenziale, nella propria duplice conformazione, si proverà a coniugare l'assetto della nostra amministrazione con il diverso modo delle varie dirigenze di interpretare la propria doppia funzione allo scopo di individuare, se esiste, una terza via per l'attuazione del progetto di efficienza amministrativa.

Si farà questo, tenendo sullo sfondo il modello prospettato dal legislatore della seconda privatizzazione ed il paradigma efficientista in esso declinato, ed al contempo provando a verificare il mutamento di prospettiva, attraverso la rilettura dei principi costituzionali, da cui osservare i cambiamenti della nostra amministrazione e delle relative dirigenze.

Si intende, appunto, dimostrare come l'asse del dibattito, ma pure del sistema nel suo complesso, si sia lentamente spostato dalla organizzazione alla persona; dalla efficienza degli apparati al bisogno di qualità diffusa delle prestazioni e delle prestazioni dirigenziali in particolare.

Laddove, infatti, prima si poneva attenzione alle prassi, agli strumenti, alle funzioni, oggi si mostra più interesse a quello che la persona – dentro le amministrazioni (la dirigenza) e fuori delle amministrazioni (i consociati, gli *stakeholders*) - è in grado di fare, ed è obbligata a fare, nelle (e verso le) amministrazioni pubbliche.

Nell'ultimo ventennio è stata la ricerca dell'efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa a guidare la mano del legislatore riformista, oggi, al contrario, è la "caccia ai fannulloni"¹¹⁷⁵, e quindi ai comportamenti moralmente deprecabili, oltre che disciplinarmente perseguibili, dei dipendenti pubblici, la motivazione principale sottesa ai tentativi di rinnovare le regole poste a presidio del buon funzionamento delle amministrazioni italiane.

Prendendo a prestito l'uomo di Vitruvio, di Leonardiana¹¹⁷⁶ memoria, si può dire che al centro dell'*agere* pubblico, all'interno e verso l'esterno degli uffici, sia più opportuno, oggi, collocare la persona, tanto nella condizione di lavoratore pubblico quanto nella componente di fruitore dell'azione amministrativa.

Di modo che la "buona" amministrazione non appare più solo quella meramente efficiente, ma anche quella in grado di erogare prestazioni *friendly*¹¹⁷⁷ dentro e fuori dei propri apparati.

Da qui la succedanea verifica della sussistenza di obblighi eventualmente esigibili soprattutto in capo ai dirigenti, in grado non solo di esprimere le tradizionali categorie della buona fede e correttezza comportamentale, derivanti dal contratto di lavoro; ma pure tipologie obbligatorie meno

¹¹⁷⁴ Cfr. le norme in materia di contrattazione collettiva contenute nella l. 133/2008.

¹¹⁷⁵ Ovvero ai "nullafacenti" secondo la ben nota definizione utilizzata da Ichino 2006.

¹¹⁷⁶ La celebre immagine di Leonardo da Vinci disegnata nel 1490, oggi conservata nel Gabinetto dei Disegni e delle Stampe delle Gallerie dell'Accademia di Venezia, esprime proprio la centralità della persona umana.

¹¹⁷⁷ Sul concetto di "*friendly administration*" vedi infra § 7.

concrete sotto il profilo giuridico, dai contorni sfumati ed evocative più di ambiti vicini alla sfera morale che a quelli del diritto *stricto sensu* considerato.

A tal fine, si proverà, nella prima sezione di questo lavoro, a sperimentare la ragionevolezza dell'affermazione giusta la quale le dirigenze sono ormai diversificate e disciplinate secondo un sistema poliedrico che prevede uno zoccolo duro di regole generali e principi comuni cui occorre, poi, di volta in volta, accostare le regole specifiche previste per ciascuna delle dirigenze ravvisabili nella nostra amministrazione. Si proverà, altresì, ad accennare al diverso modo di atteggiarsi del vincolo di scopo nelle diverse amministrazioni ed alla relativa capacità di finalizzare la gestione dirigenziale.

Nella seconda sezione di questo lavoro, si proverà specificamente a dimostrare come, per ciascuna delle dirigenze contemplate, sia possibile individuare un nuovo paradigma comportamentale che affonda le proprie radici nell'ordinamento sovranazionale e nei principi costituzionali e che appare, per questa via, orientato da una nuova concezione di vincolo di scopo dell'azione pubblica. In questo modo, si cercherà di confermare l'assunto, tratteggiato nella prima sezione, in base al quale il vincolo di scopo, cui guarda in lontananza l'azione dirigenziale, si colora di nuovi significati in grado di determinare nuove tipologie di responsabilità.

Sez. I: Il pluralismo.

1. Il pluralismo amministrativo ed il polimorfismo della figura dirigenziale.

La prima questione che pare opportuno esaminare, a fronte del quadro prospettato in premessa, riguarda il variegato modo di atteggiarsi della dirigenza pubblica all'interno delle diverse amministrazioni.

È ampiamente acquisito come sia tramontata l'idea di un modello unico di dirigente pubblico (Carinci 2004; Zoli 2005, 286; Rusciano 1998); allo stesso modo, è ormai pacifico che sussistono tante dirigenze almeno quante sono le diverse tipologie di amministrazioni che compongono il nostro assetto ordinamentale. In effetti, ciascuna amministrazione presenta peculiari caratteristiche strutturali, organizzative e funzionali che si riverberano, conformandoli, sui modelli applicativi ed esplicativi dell'attività dirigenziale.

Ciò che sembra opportuno porre in rilievo, è il fatto che la dirigenza può vedere amplificato ora il ruolo datoriale ora quello di prestatore di lavoro subordinato, a seconda dell'amministrazione in cui si trovi ad espletare la propria attività gestionale e delle relative peculiarità.

In alcune amministrazioni, il rapporto di lavoro dirigenziale si atteggia in modo da rendere più evidenti le attitudini manageriali, la *leadership* della dirigenza medesima, in altre, viceversa, il contesto organizzativo, come pure le funzioni espletate, appaiono tali da relegare il dirigente al mero ruolo di esecutore di una prestazione lavorativa ancorché ad alta qualificazione tecnico-professionale.

Non costituisce oggetto specifico di questo studio l'analisi della riforma della struttura ammini-

strativa italiana, talché vi si farà marginalmente riferimento nel prosieguo di questo lavoro, rinviando l'approfondimento del tema alla copiosa letteratura esistente in materia¹¹⁷⁸, oltre che, ovviamente, ai futuri interventi normativi annunciati dal legislatore¹¹⁷⁹.

Saranno evidenziate, piuttosto, le diversificazioni funzionali riscontrabili fra le diverse amministrazioni ed i possibili riflessi sul modo di atteggiarsi del rapporto di lavoro dirigenziale.

Ed in effetti, non si può di certo dire che sia soltanto la diversità nella organizzazione delle varie amministrazioni ad influire sulla diversificazione delle dirigenze quanto, piuttosto, la pluralità di funzioni svolte dalle varie amministrazioni.

Si potrebbe affermare, in estrema sintesi, che il polimorfismo della dirigenza sia il precipitato, posto che ne esprime l'essenza, del "pluralismo" e della "polifunzionalità" tipiche della nostra amministrazione¹¹⁸⁰.

In effetti, pare ormai abbastanza acclarata la diversificazione in senso orizzontale, come pure verticale, delle amministrazioni pubbliche nonché la contestuale variegata distribuzione, fra le medesime, delle diverse funzioni.

Il punto di osservazione privilegiato, ai fini di questo lavoro, scivolerà, allora, in avanti: dalla struttura alla funzione¹¹⁸¹; di modo che le stesse amministrazioni saranno raggruppate non in base alla tradizionale prospettiva che ne analizza la compagine, quanto, piuttosto, avendo riguardo alle attività concretamente poste in essere dai diversi apparati¹¹⁸².

Appare doverosa, a fronte di questa affermazione, una precisazione: in tale assetto plurale¹¹⁸³ non è completamente perduto un momento unificante nel sistema; al contrario, esso è ravvisabile nella necessità, costituzionalmente garantita¹¹⁸⁴, di assicurare un esercizio unitario della funzione e cioè di mettere in campo, con la medesima cura, tutte le azioni necessarie per il conseguimento dell'interesse pubblico cui è preposta la nostra amministrazione.

¹¹⁷⁸ Pizzetti 2001b; Id 2003, che osserva come oggi si pone al centro del sistema "l'esaltazione della pluralità e della differenziazione dell'ordinamento legate alla molteplicità dei livelli decisionali"; Romboli 2001; Corpaci 2001; Pinelli 2001; Giupponi 2002; Leotta 2007; per gli aspetti propriamente lavoristici v. D'Auria 2005; Carinci F. 2003; Zoppoli L. 2002.

¹¹⁷⁹ Si veda a tal proposito il piano industriale divulgato dal Ministro Brunetta su www.funzionepubblica.it, oltre al disegno di legge delega cui seguirà una decretazione delegata che promette di rinnovare profondamente l'organizzazione amministrativa. È possibile consultare il ddl A. C. n. 2031 (A.S. n. 847), nella recente versione emendata, su <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlmess&leg=16&id=333637>; il ddl in questione propone il seguente titolo: "Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti".

¹¹⁸⁰ Su questi temi v. Pizzetti, 2001a.

¹¹⁸¹ Si mutua l'espressione dalla nota raccolta di scritti di Bobbio 1977, per il quale il mutamento di prospettiva comporta uno spostamento di attenzione dallo studio della struttura a quello della funzione del diritto, elemento essenziale quest'ultimo che gli consente di adeguare la teoria generale del diritto "alle trasformazioni della società contemporanea e alla crescita dello stato sociale o amministrativo".

¹¹⁸² Del resto, pure la più accreditata dottrina afferma che "senza un esame delle funzioni, le amministrazioni sembrerebbero fuori del tempo", Cassese 1989, p.85.

¹¹⁸³ Sul pluralismo giuridico cfr. l'analisi di Corsale 1983; nonché il classico Bobbio 1977, p. 165 ss, con particolare riguardo all'approfondimento teorico della dottrina di Santi Romano.

¹¹⁸⁴ Cfr. l'art. 118 della Costituzione. In dottrina v. Duret 2004.

Questo significa che la discrezionalità nella scelta dei mezzi di azione amministrativa (macro organizzazione) - nonché la libertà della scelta degli strumenti di gestione (micro organizzazione) - guardano, con differente intensità di obblighi, il vincolo di scopo posto a valle del sistema, che - esso sì - è uguale per tutte.

L'una, la macro organizzazione, ne fa il proprio peculiare fine unico nell'immediatezza della relativa azione; l'altra, la micro organizzazione, ne fa, invece, l'orizzonte posto a valle della gestione ultimata. L'una attività è, come noto, "funzionalizzata", l'altra, invece, è "finalizzata", nel suo complesso, al medesimo interesse pubblico¹¹⁸⁵.

Le dinamiche relazionali, vale a dire il modo di atteggiarsi del rapporto di lavoro dirigenziale e l'equilibrio fra i due ruoli (datore/lavoratore), in un contesto siffatto, mutano, pertanto, a seconda della particolare connotazione funzionale che l'amministrazione assume storicamente, vuoi in ragione degli interessi perseguiti, nonché dei servizi erogati, vuoi anche in relazione all'ambito territoriale in cui l'amministrazione medesima opera.

La variabile, e variegata, geometria del rapporto di lavoro dirigenziale - ora perché è attribuito rilievo al ruolo manageriale ora perché appare privilegiato quello di lavoratore subordinato - non è riconducibile, infatti, solo alle diversità endogene riferibili a questa o a quell'amministrazione, ma pure a fattori esogeni alle medesime.

Vale a dire alle diverse utenze ed ai differenti titolari di interessi (d'ora in poi *stakeholders*) che entrano in contatto con le amministrazioni medesime e le relative dirigenze.

Un conto sono, infatti, le amministrazioni che esercitano funzioni autoritative e di regolazione, un altro le amministrazioni che erogano servizi. Ciò perché queste si misurano pure con le aspettative della collettività.

Queste ultime soltanto prospettano, infatti, una funzione per così dire mimetica rispetto al mercato.

Esse presentano, appunto, una struttura organizzativa e funzionale tale da essere compatibile con logiche come quelle della misurazione e valutazione delle prestazioni manageriali.

L'amministrazione ministeriale della giustizia ed i propri dirigenti non possono, infatti, essere posti sullo stesso piano, neppure dal punto di vista della configurazione regolativa della responsabilità, di un direttore generale di una grande ASL, di un preside o di un direttore generale di un grande comune.

Proprio la pluralità di contesti e interessi nel nostro assetto ordinamentale ha determinato l'emersione sul piano giuridico del principio di sussidiarietà (su cui Carinci F. 2006)¹¹⁸⁶ ed il contestuale riassetto costituzionale in funzione valorizzatrice della persona.

¹¹⁸⁵ Riprendo il noto insegnamento di Massimo D'Antona 1997 oggi 2000, p. 171, costruito a partire dalle originali tesi di Orsi Battaglini 1993; in posizione contraria alla diversificazione fra funzionalizzazione e finalizzazione v. di recente Sgroi 2006, p. 69 ss; sul tema, ma con particolare riguardo alla contrattazione collettiva, cfr. la ricostruzione di Marazza (2005).

¹¹⁸⁶ Si rammenta che il principio di sussidiarietà verticale è contenuto nel primo comma dell'art. 118 della Costituzione e contempla un criterio di distribuzione delle funzioni ai diversi livelli istituzionali pubblici; il principio di sussidiarietà orizzontale è, invece, conte-

Il polimorfismo delle dirigenze non deriva solo dalla polifunzionalità e dal pluralismo amministrativo ma anche dalla pluralità di fonti che insistono sulla disciplina della dirigenza e che, in qualche misura, il principio di sussidiarietà ha contribuito a rilanciare¹¹⁸⁷.

Proprio avendo riguardo al processo di affermazione di tale principio, è possibile osservare il variegato modo di atteggiarsi dell'esercizio della funzione amministrativa e di quella gestionale tipiche della dirigenza pubblica.

Nel mutare prospettiva e nell'analizzare il rapporto di lavoro delle dirigenze, adottando questa volta il punto di osservazione del sistema delle fonti, è possibile svolgere le considerazioni di seguito prospettate.

Volendo anticipare alcune delle conclusioni cui si riterrà di poter pervenire nel prosieguo di questa trattazione, è possibile sin d'ora affermare che le dirigenze non possono essere ricostruite unitariamente se non soltanto in relazione ad alcuni principi, nonché regole, di fondo. Principi per lo più deducibili dalle ragioni sottese alla seconda privatizzazione del lavoro pubblico, contemplate nel d.lgs 165/2001, ma ricavabili, poi, sostanzialmente dalla Costituzione.

È indubitabile, infatti, che si debba fare i conti, rispetto al rapporto di lavoro dirigenziale, con una pluralità di centri di produzione normativa (Stato, regioni ma pure comuni, province, università etc.) primaria e sub primaria che esprimono la stessa pluralità amministrativa.

Si pensi, solo per fare un esempio, alla materia del conferimento e della revoca dell'incarico di funzione dirigenziale in un'amministrazione comunale ed alla congerie di fonti che potenzialmente sono in grado di regolarla (leggi, decreti legislativi, statuti e regolamenti nonché fonti negoziali).

L'interpretazione giurisprudenziale, del resto, si è mostrata all'altezza del gravoso compito di tenere in considerazione, contemperandole fra loro, le diverse fonti normative che insistono sulla medesima fattispecie.

Quello che unifica la dirigenza pubblica sono, allora, alcuni principi fondamentali, e alcune consequenziali regole generali, una sorta di *ius commune*, se si vuole, mentre sul piano della regolazione di dettaglio anche profonda, bisogna prendere atto, pure legislativamente, della differenziazione legata ai processi di autonomia funzionale, amministrativa e territoriale che coinvolgono le nostre amministrazioni.

Di tutto questo già aveva in parte preso coscienza il legislatore della seconda privatizzazione ladove disponeva che "Le regioni a statuto ordinario, nell'esercizio della propria potestà statutaria,

nuto nel secondo comma dell'art. 118 in questione il quale dispone che "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà". La letteratura che si è occupata del tema è ampia, tuttavia, fra gli scritti significativi si vedano almeno quelli di G. U. Rescigno 2002; Albanese 2002; Duret 2004; Arena 2004a; Id 2005b, Id 2006.

¹¹⁸⁷ Il principio di sussidiarietà, declinato in senso orizzontale come pure verticale, registra, e per molti versi giustifica, il pluralismo amministrativo. Si pensi, per l'appunto, alle possibili diversificazioni che l'applicazione del principio di sussidiarietà - nelle due accezioni, verticale e orizzontale - consacrato nell'art. 118 della Costituzione, è in grado di determinare nel sistema. Il principio di sussidiarietà verticale (art. 118 comma 1) determina una differenziazione sul piano funzionale ed organizzativo a fronte della diversa allocazione di funzioni ai vari livelli, a seconda del tipo di funzioni da svolgere e di esigenze da soddisfare. Il principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 comma 4), per altro verso, sarà foriero di differenziazioni fra amministrazioni a seconda delle "infinite combinazioni possibili fra le risorse di cui esse dispongono e quelle introdotte nel sistema amministrativo dai cittadini attivi" Arena 2006, p. 103.

legislativa e regolamentare, e le altre pubbliche amministrazioni, nell'esercizio della propria potestà statutaria e regolamentare, adeguano ai principi dell'articolo 4 e del presente capo i propri ordinamenti, tenendo conto delle relative peculiarità. Gli enti pubblici non economici nazionali si adeguano, anche in deroga alle speciali disposizioni di legge che li disciplinano, adottando appositi regolamenti di organizzazione” (cfr. art. 27 del d.lgs 165/2001, nuovo testo).

Tale disposizione esprimeva, appunto, la percezione del legislatore delegato dell'opportunità di non costringere le polimorfe figure dirigenziali sotto l'egida di un'unica regolamentazione normativa.

In nuce a questa disposizione normativa già appariva, assai chiara, la volontà di consacrare e valorizzare le differenze concernenti le varie dirigenze.

Il limite di questa, seppure assai pionieristica, previsione è ravvisabile, però, nell'aver trascurato il fatto che le possibili differenziazioni fra le varie dirigenze non sono riconducibili solo agli eventuali interventi di normazione subprimaria delle varie amministrazioni, ma pure alle molte altre variabili (funzioni, tipologie di *stakeholders* etc., ma soprattutto l'*output* delle diverse amministrazioni che implica logiche manageriali differenziate) che si è cercato, e si cercherà ancora, di evidenziare nel corso di questo studio.

2. Una proposta di raggruppamento delle dirigenze per area funzionale.

Nel voler provare a tracciare verosimili tratti di diversificazione e aggregazione fra le varie dirigenze, in grado di esprimere le specifiche caratteristiche di ciascuna amministrazione, è possibile avviare un ragionamento partendo dall'analisi di seguito prospettata.

Come sopra si accennava, prendendo spunto dagli studi di scienza dell'amministrazione, pare possibile effettuare una differenziazione delle amministrazioni partendo proprio dalle eterogenee attività/funzioni alle medesime riconducibili.

Del resto, il sistema pare muoversi nella direzione di valorizzare l'aspetto propriamente funzionale degli apparati amministrativi¹¹⁸⁸.

Così procedendo, emergono almeno tre macro insiemi di funzioni espletate dalle amministrazioni che ricomprendono variamente funzioni di regolazione, di pianificazione, di programmazione e di produzione di beni e servizi.

Le funzioni di tipo regolativo contraddistinguono innanzi tutto le amministrazioni dei ministeri (ma pure le regioni, gli enti pubblici e le *authorities*).

Le funzioni di programmazione e di pianificazione connotano, soprattutto le regioni (e poi i livelli ministeriale e locale).

Le funzioni di produzione ed erogazione di servizi sono, infine, tipiche delle amministrazioni su

¹¹⁸⁸ Il recente piano industriale presentato dal Ministro Brunetta e consultabile alla pagina web www.funzionepubblica.it, prospetta la necessità di riorganizzare le amministrazioni valorizzando le funzioni poste in essere dalle diverse P.A.; ciò nella prospettiva di avviare un processo di riallocazione delle medesime anche tra livelli di governo centrale e locale e tra amministrazione e privati.

base locale (comuni, aziende sanitarie, istituzioni scolastiche)¹¹⁸⁹. In sintesi, le amministrazioni più vicine all'utenza, quelle, cioè, in grado di armonizzarsi con le aspettative dei cittadini, sia per collocazione geografica sia per destinazione funzionale. Si tratta appunto delle funzioni rivolte al soddisfacimento delle domande che provengono dal territorio e si basano sui canoni della qualità del servizio, della tempestività della erogazione nonché del grado di innovazione tecnologica e delle modalità di distribuzione.

Nel contesto appena descritto si innesta il modo di atteggiarsi delle dirigenze, variabile a seconda che le medesime siano osservate nell'ambito di un'amministrazione connotata dalla funzione di programmazione, piuttosto che in quello di un'amministrazione caratterizzata in misura prevalente dalla funzione di erogazione di servizi alla collettività o, infine, di regolazione.

Tre modelli di dirigenze che afferiscono a tre diversi modelli organizzativi e a tre diverse tipologie di funzioni; sebbene ciò non escluda che sia possibile ravvisarne degli altri.

Nell'ambito di questa trilogia, ci si concentrerà sui modelli che contemplano l'erogazione di servizi (enti locali e amministrazioni sanitarie) e su quelli che prevedono le funzioni di regolazione e programmazione (ministeri) tralasciando quello che implica le funzioni di programmazione e pianificazione (regioni) perché per molti versi ricalca il modello regolativo ministeriale.

Saranno, infatti, osservate per un verso le amministrazioni in cui si compiono soprattutto attività di regolazione, e in questo ambito sarà presa in considerazione l'amministrazione ministeriale in quanto destinataria privilegiata della normativa fondamentale in materia, racchiusa nel d.lgs 165/2001 e, per l'altro, le amministrazioni in cui si erogano servizi alla collettività.

Fra queste, come prima si osservava, saranno presi in considerazione i comuni e le aziende sanitarie, cioè le amministrazioni che nell'immaginario collettivo sono quelle più significative in quanto a servizi erogati ai consociati.

Nell'ambito di quest'ultimo modello (quello relativo alla erogazione di servizi), rappresentato dal settore sanitario e dagli enti locali, è possibile osservare una tipologia di dirigenza che mima il modello disegnato per le amministrazioni statali (e cioè quello relativo alle funzioni di regolazione e programmazione) e che, poi, a fronte delle diverse funzioni, dei diversi *stakeholders* e di altri fattori, su cui ci si soffermerà nel prosieguo della trattazione, assume tratti fisiognomici del tutto peculiari.

Tutte queste tipologie di amministrazioni, se osservate insieme, consentono di prospettare un quadro sufficientemente completo della variegata capacità e possibilità del dirigente di interpretare e coniugare il compito datoriale con quello di lavoratore subordinato.

Un conto sarà allora osservare il dirigente datore/lavoratore nell'amministrazione ministeriale, altro conto nell'amministrazione locale, altro ancora in quella sanitaria; ed ancora, un conto sarà

¹¹⁸⁹ Ma non si può affermare che siano completamente estranei gli enti pubblici non economici e le agenzie amministrative. Su tutti questi aspetti si veda l'analisi di Capano Gualmini 2006, p. 18 ss; gli Autori, per la verità, enucleano anche i tratti caratteristici di ulteriori nuove attività che hanno iniziato a caratterizzare le amministrazioni e cioè le attività di d'indirizzo, informazione e consulenza riconducibili agli enti pubblici, alle agenzie regionali e statali, alle *authorities*; le attività sanzionatorie e di aggiudicazione dei conflitti riferibili alle autorità indipendenti; e le attività promozionali riguardanti gli enti pubblici, ma anche le regioni e i governi locali. Di queste non ci si occuperà nel corso di questo studio, essendo sufficiente, per tratteggiare il polimorfismo dirigenziale, considerare la tripartizione funzionale prospettata nel paragrafo.

osservare lo stesso dirigente in un'amministrazione sanitaria di livello nazionale, altro ancora osservarlo nella medesima amministrazione ma di livello locale, e gli esempi potrebbero moltiplicarsi almeno per quanti raggruppamenti di amministrazioni simili sono ravvisabili nel nostro ordinamento e per quanti livelli finiscono per caratterizzarle.

3. Dalla funzione indietro all'organizzazione: uno sguardo al modello di organizzazione delle amministrazioni italiane.

Gli studiosi di scienza dell'amministrazione (Natalini 2006; Gualmini 2003; Id 2001) e la dottrina giusamministravistica (Cassese 2001a; Pioggia 2002; Cammelli 2004; D'Alessio 2005; Merloni, Pioggia, Segatori, 2007), sostengono che l'assetto amministrativo in Italia è profondamente mutato, in ragione di penetranti riforme attuate nell'ultimo quindicennio.

Ci troviamo, in effetti, di fronte ad uno scenario caratterizzato dalla pluralità e polifunzionalità cui prima si accennava e, ormai, anche in ragione dell'entrata a regime prima della riforma amministrativa a costituzione invariata, e poi della stessa riforma costituzionale, da un ulteriore accenno al policentrismo.

La prospettiva delle funzioni – quale criterio discretivo per individuare i diversi modelli di dirigenza che emergono entro i vari contesti amministrativi – costituisce un punto di osservazione che potremmo definire esterno, in quanto si proietta al di fuori degli apparati amministrativi giungendo ad abbracciare anche le ricadute dell'agire pubblico nel contesto sociale. D'altra parte, non si può sottacere come la visione tradizionale interna, attenta invece ai profili organizzativi, costituisca un classico focus del quale pare utile tener conto, sia pure brevemente.

Si ritiene opportuno osservare i percorsi evolutivi della organizzazione amministrativa, in quanto la medesima costituisce pur sempre un *prius* dal quale si dipana l'aspetto funzionale degli apparati ed in grado, pertanto, anch'essa, di determinare implicazioni nelle sfere giuridiche soggettive dei cittadini¹¹⁹⁰.

Si proverà solo ad accennare agli aspetti più importanti di tale prospettiva organizzativa, a meri fini di completezza, rimanendo l'approccio funzionale il punto di osservazione principale di questo lavoro. Ciò perché, ma si avrà modo di verificarlo più avanti, l'approccio funzionale consente di osservare pure il "fuori" dell'amministrazione e dunque il rapporto con gli utenti dell'agire pubblico.

In primo luogo, non può sottacersi il fatto che le nostre amministrazioni abbiano subito profondi mutamenti organizzativi correlati per lo più a fenomeni quali il decentramento amministrativo (consacrato con l. 59/1997), il federalismo regionale (contenuto nella riforma del titolo V della Costituzione ed in particolare nelle disposizioni degli art. 117 e 118 Cost., nuovo testo¹¹⁹¹) e un'autonomia amministrativa su base locale sempre più spinta (artt. 114 comma 2 e 117 comma 6

¹¹⁹⁰ Cassese 1989, p. 105, afferma che anche le decisioni organizzative possono produrre effetti nei rapporti con i cittadini laddove incidono sulla individuazione della giurisdizione competente.

¹¹⁹¹ Si pensi, alle vicende correlate al federalismo regionale ed al fatto che l'articolazione di funzioni fra le varie amministrazioni trovi la sua massima espressione nei rapporti centro/periferia e nella individuazione di matrice costituzionale (art. 117 e 118) delle competenze funzionali da incardinare nell'una o nell'altra branca amministrativa. Ciò appare pacifico per la giurisprudenza amministrativa. Si veda per esempio, *ex aliis*, Cons. Stato, sez IV, 14 dicembre 1982, n. 852, in Cons. St., 1982, I, p. 1531 che afferma come il principio di articolazione è diretta espressione di quello di imparzialità sancito nell'art. 97 cost., poiché la ripartizione delle funzioni tra uffici differenti è una garanzia per l'azione imparziale della pubblica amministrazione.

Cost., nuovo testo).

La modernizzazione dei nostri apparati, avviata già a partire dai primi anni novanta, mira, infatti, per un verso alla strategia del decentramento e cioè all'attuazione di un processo di progressivo trasferimento di sempre maggiori responsabilità politiche e amministrative dal centro del sistema ai governi regionali e locali.

Ciò ha determinato il configurarsi di più centri di potere (policentrismo).

Il policentrismo è figlio di una precisa opzione organizzativa che mira all'adozione di un modello reticolare (Predieri, Morisi 2000; Cassese 2003); di un modello che, diversamente da quello gerarchico e statalista, favorisce l'interazione delle amministrazioni pubbliche con la dinamica dei cambiamenti sociali ed economici ed alimenta un rapporto collaborativo fra le medesime.

Per altro verso, senza addentrarsi nella complessa tematica del pluralismo delle fonti¹¹⁹², che esorbita dal tema specifico di questo lavoro, la modernizzazione dei nostri apparati ha inaugurato pure la tendenza, confortata sul piano legislativo ma pure negoziale, ad affidare ampie fette di regolazione dei rapporti di lavoro alle fonti sub primarie (statutarie e regolamentari) delle amministrazioni periferiche¹¹⁹³.

La gran parte delle amministrazioni dotate di potere normativo sub primario si è mossa proprio in questa direzione, e questo con importanti ricadute sul piano dei rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici e della diversa prevalenza ora dell'aspetto manageriale ora di quello di lavoratore subordinato dei dirigenti pubblici.

Vicenda questa che contribuisce, in misura rilevante, a rilanciare le differenze fra le varie amministrazioni e, consequenzialmente, fra le varie dirigenze¹¹⁹⁴.

La dottrina ha potuto, appunto, affermare che “perduta la funzione centrale della legge, occorre recuperare alla riflessione il problema, ridefinendo al plurale i luoghi della mediazione ed individuando sistemi di sintesi normativa che, assicurando le necessarie garanzie, non appaiano lasciati all'arbitrio” (Cafaggi 2001, p. 549).

Nell'osservare, poi, dall'interno i processi di evoluzione organizzativa dei nostri apparati, si assiste, contestualmente al processo di destrutturazione cui sopra si è fatto cenno, pure al progressivo abbandono delle rigide strutture gerarchiche a vantaggio di configurazioni amministrative più flessibili e più vicine all'esperienza delle imprese private.

¹¹⁹² Uso il termine “pluralismo” per indicare la molteplicità di fonti regolative del settore pubblico poiché in questo ambito annovero pure la contrattazione collettiva. Nell'indicare, infatti, solo le fonti legislative primarie e sub primarie forse sarebbe stato più opportuno il riferimento alla “pluralità” di fonti, visto che esiste un rapporto non di parità fra le medesime ma di subordinazione delle seconde rispetto alle prime.

¹¹⁹³ Ciò ha indotto la dottrina ad affermare che a fronte della parificazione e separazione del legislatore, la sola fonte interna in grado di svolgere una funzione aggregante appare oggi la Costituzione, di modo che “da un lato [...] si può certamente continuare a parlare di un unico sistema di fonti, unificato appunto dalla Costituzione nella quale tutte le fonti continuano a trovare il loro radicamento comune. Da un altro lato, però, da ora in poi in materia di fonti si dovrà davvero parlare di una pluralità di sistemi, fra loro separati e facenti capo a soggetti diversi e distinti”, Pizzetti 2001a, p. 19-20.

¹¹⁹⁴ Per una disamina delle ricadute di tale tendenza sulla diversificazione fra dirigenza regionale e locale v., da ultimo, Trojsi 2008a.

Un esempio, riferito allo studio diacronico della dirigenza pubblica in Italia, lo conferma: una struttura organizzativa fortemente dominata dall'unilateralità delle scelte e dai meccanismi rigidi del diritto amministrativo è inevitabile che privilegi la gerarchia dei rapporti ed i controlli sui singoli atti; i dirigenti inseriti in questo contesto, vedranno prioritario il proprio ruolo di prestatori di lavoro, di meri esecutori, subordinati, di scelte assunte altrove e incanalate rigidamente nel procedimento amministrativo, di cui risultano essere meri segmenti.

Quest'ultima, sarebbe null'altro che la visione tradizionalmente dicotomica della pubblica amministrazione, risalente alle tradizioni del pensiero giusamministrativistico che trova nel paradigma bipolare di Santi Romano (Santi Romano, 1930)¹¹⁹⁵ la principale espressione.

Tale paradigma, è opportuno rammentarlo, evidenzia la supremazia speciale dell'organizzazione amministrativa rispetto alle sfere contrapposte dei privati; privati che, dal canto proprio, in un contesto siffatto, al cospetto dell'*agere* pubblico si atteggiano al pari di sudditi.

Una struttura organizzativa, invece, che sposa le logiche più snelle del contratto e quindi dell'assunzione di scelte consensuali (si pensi, ad esempio, agli accordi di programma, alle conferenze di servizi, ma pure, e soprattutto, alla gestione negoziale dei rapporti di lavoro) che si sposta dalla struttura gerarchica a quella per direzione, che promuove il controllo dei risultati e, quindi, a valle del processo, vedrà privilegiato il coinvolgimento attivo e di conseguenza valorizzati i compiti datoriali (manageriali) della dirigenza medesima.

Le nostre amministrazioni appaiono, quindi, come organizzazioni complesse, differenziate dal punto di vista strutturale in quanto in esse "coesistono diverse combinazioni dei principi di divisione del lavoro e di integrazione" (pluralità) (Capano, Gualmini 2006, p. 12) ed in cui vengono svolti compiti tra loro molto diversi (polifunzionalità).

Il connubio pluralismo/polifunzionalità delle amministrazioni, riveste, allora, un ruolo di non poco momento potendo incidere sulla prevalenza ora dell'una, ora dell'altra, delle due facce del medesimo rapporto dirigenziale: quella datoriale e quella di prestatore di lavoro subordinato.

4. I principi e le regole generali unificanti sottesi alle discipline delle diverse dirigenze.

Dalla ricostruzione prospettata nei paragrafi precedenti discendono alcuni importanti corollari verificabili sul piano dei principi e delle regole generali che possono rappresentare lo zoccolo duro - ed uniforme - sotteso alla variegata congerie di discipline riconducibili alle diverse dirigenze.

Prima di procedere, però, all'enunciazione di queste regole, è opportuno anticipare alcune delle considerazioni che formeranno oggetto specifico dell'analisi che sarà sviluppata nella seconda sezione di questo scritto.

Si è fatto cenno, in premessa, al fatto che la persona umana costituisce un valore che sempre più pare condizionare l'agire pubblico, dentro e fuori delle amministrazioni, tanto che, come si avrà modo di osservare, è possibile teorizzare il progressivo affermarsi di un nuovo paradigma personalistico in grado di orientare tutta l'azione amministrativa subentrando al paradigma bipolare

¹¹⁹⁵ Per una recente rivisitazione dell'argomento Cassese 2001b, p. 602. La chiara dottrina sottolinea il fatto che "Lo stato ed il diritto pubblico sono dominati dal conflitto Stato- cittadino, due poli irriducibili e in contrasto tra di loro. Questo paradigma si è formato lentamente nel passaggio da ordini, come quello europeo medievale o quelli extra-europei, dominati da un potere in cui non c'è differenziazione tra stato e società civile, a un ordine, quali quelli in cui viviamo, fondati sulla separazione tra Stato e comunità".

stato/suddito.

La persona, in tale accezione, appare un “valore” che si insinua nei principi costituzionali divenendo, poi, regola per l’agire pubblico.

Di seguito si proverà a delineare i contorni di alcuni principi generali sottesi alla disciplina delle polimorfe dirigenze, rinviando alla seconda sezione la rilettura dei medesimi principi in filigrana col paradigma personalistico.

Fra i principi generali sottostanti la disciplina delle differenti dirigenze è possibile innanzitutto ascrivere il principio della “buona amministrazione” - intesa come si vedrà più avanti, non solo nell’accezione tradizionale di amministrazione efficiente, oltre che imparziale, espressa dagli artt. 97 e 98 della Costituzione, ma pure nella nuova concezione - ricavabile dall’art. 54 Cost. che valorizza il profilo relativo al rapporto con le persone - di amministrazione attenta ai bisogni dei cittadini, intesi pure come bisogni di etica comportamentale.

È opportuno anticipare, infatti, sebbene sul punto ci si soffermerà *amplius* nella seconda sezione di questo lavoro, che l’art. 54 della Costituzione prevede che “[...] I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore [...]”.

Di certo fra i principi che permeano di sé l’azione amministrativa, e che sono di chiara matrice costituzionale, è possibile, poi, annoverare la proiezione di tutto l’agire pubblico al soddisfacimento del vincolo di scopo, l’interesse pubblico, quale vincolo posto a monte (nelle sembianze delle norme attributive del potere amministrativo) e a valle (quale verifica di regolarità dell’azione amministrativa), *rectius* fuori, della gestione privatistica della dirigenza.

Tuttavia, fra i principi non di matrice *stricto sensu* costituzionale, ma più propriamente di derivazione costituzionale¹¹⁹⁶ - e certamente capaci di interessare trasversalmente, e quindi conformare, la disciplina di tutte le dirigenze - è ravvisabile pure quello relativo alla distinzione/separazione dell’indirizzo politico dalla gestione amministrativa.

È questo un principio che si può considerare per un verso diretta promanazione¹¹⁹⁷ del principio di buona amministrazione, intesa non solo nella nuova accezione sopra prospettata, ma anche in quella tradizionale espressa negli artt. 97, I comma, e 98 della Costituzione¹¹⁹⁸ e, per l’altro verso, un principio strettamente intrecciato con quello della necessaria autonomia degli organi preposti

¹¹⁹⁶ La Corte costituzionale più volte si è espressa nel senso che “[...] gli artt. 97 e 98 Cost. sono corollari dell’imparzialità, in cui si esprime la distinzione tra politica e amministrazione, tra l’azione del governo – normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l’azione dell’amministrazione, che, «nell’attuazione dell’indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbligate dall’ordinamento». E in questa prospettiva, «collegata allo stesso impianto costituzionale del potere amministrativo nel quadro di una democrazia pluralista», si spiega come «il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resti il metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione»; cfr. da ultimo Corte Cost. 104 del 1997, in LPA 2007, p. 497; per il relativo commento sia consentito il rinvio a Nicosia 2007. Analoghe considerazioni sono rinvenibili nella pronuncia della Corte Cost. n. 103 del 1997. In dottrina, nella medesima direzione, cfr. Troisi 2008a, p. 345-346; Id 2008b. La Corte Costituzionale in entrambe le occasioni, pare essersi collocata nel solco tracciato dalle precedenti pronunce n. 333 del 1993 e 453 del 1990, che si ricollegavano alle relazioni dei nostri Padri Costituenti.

¹¹⁹⁷ Con riguardo alla configurazione della distinzione fra indirizzo politico e gestione quale principio e sulla compatibilità con i principi contenuti negli artt. 95 comma 2, 97 e 98 della Costituzione v. Merloni 1999, p. 1086.; Id 2006 p. 129-141. Sul tema v. pure Boscati 2006; Gardini 2003; Zoppoli A. 2000, p. 235 ss.

¹¹⁹⁸ Si intende far riferimento ai principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, contenuti nell’art. 97 Cost. ed al principio per cui i pubblici dipendenti sono al servizio esclusivo della nazione contenuto invece nell’art. 98.

alla gestione prevista negli artt. 28 e 97 II comma Cost., contrapposto alla responsabilità collegiale ed individuale dei ministri (art. 95 comma II Cost.).

Tanto l'art. 28, quanto il II comma dell'art. 97 della Costituzione, si preoccupano, infatti, di prevedere una diretta responsabilità dei dipendenti pubblici (dirigenti) oltre che un'autonomia di competenze e funzioni cui fa da contraltare l'uguale responsabilità personale (o collegiale) dei ministri, di cui all'art. 95 comma II Cost.

È di tutta evidenza come non possa sussistere responsabilità diretta dei dirigenti preposti alla gestione in assenza della contestuale attuazione del principio di separazione.

Dai principi di chiara matrice costituzionale, sopra enunciati, e da quello della separazione/distinzione, discendono alcune regole generali che possono, di certo, essere considerate trasversali alla disciplina di tutte le dirigenze.

È possibile, civilisticamente ragionando, configurare quale regola generale - seppure non sia possibile soffermarsi dettagliatamente su questo aspetto - il dovere di agire secondo i canoni della buona fede e correttezza comportamentale.

Altra regola generale, che discende direttamente dai principi costituzionali (primo fra tutti l'imparzialità di cui all'art. 97 Cost.), oltre ad essere di espressa previsione costituzionale, è quella relativa all'accesso solo tramite concorso alla qualifica dirigenziale; come pure di diretta derivazione dal principio costituzionale di cui all'art. 54 Cost., relativo all'adempimento delle proprie funzioni con onore, è la regola generale volta a prevedere specifici doveri di comportamento dei dirigenti e dei soggetti con incarico fiduciario.

Allo stesso modo, può considerarsi regola generale, discendente dai principi costituzionali, quella suggerita pure dal progetto D'Alessio¹¹⁹⁹ che riguarda l'assegnazione degli incarichi dirigenziali unicamente sulla base di criteri predeterminati di valutazione delle competenze professionali; e cioè la regola che esprime il principio del merito.

Accanto a queste regole è, poi, possibile enumerare almeno quelle - che non hanno addentellati diretti con le norme costituzionali - relative al management per obiettivi, all'introduzione della nuova tipologia di responsabilità dirigenziale, alla riconduzione del piano della gestione dei rapporti di lavoro sotto l'egida del diritto privato, al riconoscimento in capo al giudice del lavoro della competenza a conoscere delle controversie in materia di rapporto di lavoro dirigenziale in tutte le relative componenti, ivi compreso l'addebito di responsabilità e la revoca dell'incarico.

Last but non least una regola che coinvolge tutte le amministrazioni è di certo quella relativa alla

¹¹⁹⁹ Già nell'ambito della scorsa legislatura, era stato presentato un progetto di riforma della dirigenza curato da Gianfranco D'Alessio che pareva muoversi lungo questo crinale. La proposta conteneva, infatti, l'enunciazione di uno zoccolo duro di principi trasversali a tutte le dirigenze costituiti essenzialmente da: *a)* distinzione tra funzioni di indirizzo politico e compiti di gestione amministrativa; *b)* adeguata considerazione della natura professionale o fiduciaria dell'incarico; *c)* accesso per concorso pubblico alla dirigenza professionale; *d)* assegnazione degli incarichi dirigenziali unicamente sulla base di criteri predeterminati di valutazione delle competenze professionali; *e)* valutazione della dirigenza sulla base di procedure trasparenti e di parametri oggettivi idonei a evidenziarne la capacità professionale e il raggiungimento dei risultati; *f)* disciplina per legge o per atto normativo di diritto pubblico dei doveri di comportamento dei dirigenti e dei soggetti con incarico fiduciario; *g)* disciplina per legge del regime delle incompatibilità. Cfr. progetto Nicolais, Giovannelli, n. 950, in <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/31022.htm>.

sottoposizione della gestione dirigenziale ad un sistema di monitoraggio e valutazione delle relative prestazioni¹²⁰⁰.

Si tratta, evidentemente, di una elencazione meramente esemplificativa suscettibile di ampliamento a seconda della lettura contestualizzata dei principi costituzionali.

Per il resto, l'analisi condotta settore per settore appare un percorso imprescindibile per delineare i tratti caratteristici delle discipline di ciascuna dirigenza.

5. Le regole specifiche: cenni sugli effetti del polimorfismo negli enti locali.

L'auspicabile affermazione del paradigma personalistico e, quindi, della centralità della persona, come pure della proiezione alla "buona amministrazione" intesa, se osservata nei comportamenti delle persone, anche come etica, dovrebbe determinare un mutamento di prospettiva riguardo all'analisi del rapporto di lavoro dirigenziale, e ciò rispetto alla duplice anima che lo contraddistingue: quella datoriale e quella di lavoratore subordinato.

Il dirigente nella veste di datore di lavoro si troverebbe, così, a dover collocare al centro della propria gestione non più, o meglio non soltanto, l'efficienza dell'agire pubblico ma pure il benessere degli *stakeholders* (oltre a quello dei dipendenti appartenenti al proprio gruppo di lavoro).

In un'amministrazione che rientra nel novero di quelle che svolgono funzioni di erogazione di servizi alla collettività, ciò acquisisce un'importanza di non poco momento.

Al contempo, il dirigente/lavoratore pretenderà di essere considerato "persona" dalla propria amministrazione, con tutto quello che ne consegue in termini di comportamenti *friendly* nei propri confronti, da parte dell'amministrazione medesima.

È possibile, e si proverà a dimostrarlo, che le dirigenze interpretino in maniera differente il proprio doppio ruolo a seconda della tipologia e del livello di amministrazione in cui si trovino ad operare.

Sulla scorta di quanto sin qui detto si proverà, pertanto, a delineare alcune delle differenze più significative riscontrabili nel diverso modo di atteggiarsi, ora nel senso manageriale ora nel senso di lavoratore subordinato, delle dirigenze in seno alle amministrazioni locali, sanitarie e statali.

Non è possibile, tuttavia, in questa sede, affrontare compiutamente l'analisi di tutti gli aspetti caratteristici delle dirigenze prese in considerazione, ci si limiterà, pertanto, ad indicare sinteticamente i tratti salienti di ciascuna dirigenza, quelli, cioè, che consentono di mettere a fuoco la ragione, esposta in questo studio, che giustifica una frantumazione del modello unico di dirigenza.

Nel prendere le mosse dall'analisi del rapporto di lavoro dirigenziale nelle amministrazioni locali, è possibile osservare come in questo ambito la figura dirigenziale¹²⁰¹ presenti una sorta di equilibrio e commistione, quasi circolare, fra la componente datoriale e quella di lavoratore subordinato, con l'unica eccezione della figura del direttore generale, sulla quale si dirà più avanti. Del

¹²⁰⁰ Su cui v. *amplius* Zoppoli L. in questo volume.

¹²⁰¹ Sulla dirigenza locale, nell'ampia letteratura esistente in materia, v. almeno Gardini 2003; le sempre valide considerazioni di Romano Tassone 1995; Viscomi 1998; Trojsi 2008a; sia consentito, altresì, il rinvio a Nicosia 2004.

resto, il fatto che le amministrazioni locali siano amministrazioni compatte con scarsa differenziazione funzionale può costituire adeguata spiegazione del fitto intreccio fra tali diverse espressioni del rapporto di lavoro del dirigente locale.

Le norme che consentono di prospettare siffatta argomentazione sono quelle contenute nel d.lgs 267/2000¹²⁰², in combinato disposto con la disciplina della contrattazione collettiva¹²⁰³, le quali declinano i compiti dirigenziali e si collocano espressamente nella direzione di riconoscere al dirigente il ruolo di gestore delle risorse umane nel comune, nonché il potere di esercitare sul personale tutti i tipici poteri del datore di lavoro, quali lo *ius variandi*, i poteri di incentivazione correlati per esempio al conferimento delle posizioni organizzative, i poteri anche sanzionatori e così via.

Di certo un argomento forte a sostegno del ruolo datoriale della dirigenza è ravvisabile nel sistema delle relazioni sindacali disegnato dalle parti negoziali per il comparto enti locali. In questo specifico ambito, infatti, contestualmente alla esclusione del vertice politico dalla delegazione trattante di parte pubblica in sede decentrata, è stato assegnato al dirigente il delicato compito di gestire le relazioni sindacali, e ciò sia rispetto al contratto integrativo decentrato, sia alle altre forme di partecipazione quali la concertazione.

Parallelamente al ruolo datoriale, il dirigente negli enti locali svolge, come si accennava, pure la propria attività di prestatore di lavoro subordinato rispetto alla quale, se si vuole, i compiti sono meno scanditi ma egualmente deducibili dalla normativa legislativa e contrattuale. Si pensi, solo per fare un esempio, al caso di una mera autenticazione, ove il dirigente si limita a verificare la compatibilità dell'atto con la normativa esistente e a ratificarne l'autenticità.

In questo caso, appunto, il dirigente degli enti locali svolge un'attività già incardinata altrove, rispetto alla quale non vi sono particolari attitudini manageriali da porre in campo.

Fatta questa premessa, è necessario porre in evidenza il fatto che la dirigenza degli enti locali si caratterizza essenzialmente per l'appartenenza ad amministrazioni che erogano per lo più servizi alla collettività. Questa è la dirigenza, come del resto quella sanitaria, maggiormente esposta alle istanze degli utenti. In tale ambito è particolarmente avvertito il bisogno di consenso della collettività, vuoi per il sistema dell'elezione diretta del sindaco, vuoi per la particolare vicinanza al cittadino, ed è per tale ragione che in questo peculiare contesto amministrativo è ipotizzabile e quindi attuabile una strategia di verifica del soddisfacimento dei consociati.

La stretta contiguità con la collettività di consociati consente verosimilmente di attuare, proprio in questo ambito, la verifica, del grado di soddisfazione dell'utenza (*customer satisfaction*) rispetto alla qualità della gestione amministrativa. È questo il settore amministrativo in cui è più

¹²⁰² Cfr. art. 107 del d.lgs 267/2000; in argomento v. pure l'analisi di Ruffini 2005.

¹²⁰³ Ad esempio l'art. 10 del CCNL 1998/2001, per il comparto, stipulato l'1.04.1999, che individua i dirigenti come unici titolari del potere di rappresentare l'amministrazione locale in sede di delegazione trattante di parte pubblica, ovvero l'art. 9 del CCNL 1998/2001, stipulato il 31.03.1999, per il comparto, che individua il dirigente come titolare del potere di conferimento e revoca delle posizioni organizzative.

agevole attuare un circuito virtuoso di “correzione spontanea dei modelli di azione”¹²⁰⁴ dirigenziale, anche sulla scorta degli impulsi provenienti dalla collettività dei consociati¹²⁰⁵, cui si farà riferimento *infra* nel paragrafo 7.2.

Tenendo sullo sfondo questa considerazione, apparirà di tutta evidenza l'importanza di una gestione dirigenziale volta a mettere al centro la persona, tanto gli *stakeholders* quanto i propri dipendenti, nella misura in cui l'azione non solo efficiente ma pure *friendly* è in grado di rendere l'ambiente di lavoro del comune “attraente” (Ruffini 2005); e ciò perché le persone che vi lavorano si mostrano soddisfatte e motivate.

Il dirigente che abbia lasciato inappagate le aspettative della collettività, ma pure dei propri collaboratori, dovrebbe pagare in termini di retribuzione di risultato la propria incapacità manageriale.

Per ragioni di completezza, è opportuno, altresì, brevemente accennare alle differenze che caratterizzano la dirigenza delle amministrazioni locali e che sono correlate più agli aspetti strutturali che a quelli funzionali.

In effetti, altro tratto distintivo della dirigenza in questione, accanto a quello relativo alla commistione di ruoli (datoriale nonché di prestatore di lavoro subordinato), è di certo l'assenza di un ruolo dirigenziale, come pure della suddivisione in fasce eventuali, tipica, invece, della dirigenza statale. La differenziazione fra i vari dirigenti è piuttosto determinata, come più sopra si accennava, dalle caratteristiche dell'amministrazione cui i medesimi appartengono.

Solo per fare un esempio, più grande è il comune, più evidente appare la diversificazione di funzioni della relativa amministrazione e, quindi, delle competenze distribuite fra i dirigenti come pure la relativa differenziazione dei medesimi su più livelli.

Basti ricordare che nei comuni con più di 15.000 abitanti è possibile nominare un super dirigente, il direttore generale, che è collocato in posizione di sovra ordinazione direzionale rispetto a tutti gli altri dirigenti.

In casi come questo appena menzionato, la funzione datoriale apparirà proporzionalmente più pregnante rispetto a quella di lavoratore subordinato man mano che si sale di livello. Il direttore generale esprime compiutamente questa prevalenza del ruolo datoriale su quello di lavoratore subordinato.

Nei piccoli comuni¹²⁰⁶, viceversa, la dirigenza esprime quel mix di ruoli cui sopra si accennava che

¹²⁰⁴ Mutuo l'espressione di Del Punta 2006, p. 46.

¹²⁰⁵ Se un'amministrazione comunale a vocazione esclusivamente agricola decidesse, ad esempio, di cedere il proprio territorio per l'estrazione del petrolio ed il passaggio del relativo oleodotto in cambio di fruttuose *royalties* da spendere, poi, in miglioramenti dei servizi da dispensare alla comunità, non è detto che tale azione si accompagni al consenso degli *stakeholder* interessati. Penso al caso relativo al comune di Viaggiano, in Basilicata, ed alla forte opposizione dei cittadini interessati alla decisione in senso positivo della propria amministrazione. Cfr. i dati in www.legambiente.eu/documenti/2002/0617valdagri/dossier_valdagri.pdf. Questi ultimi ben potrebbero, infatti, essere più interessati ad un comportamento improntato ai canoni della responsabilità sociale, sulla quale v. *infra*, che non dell'efficienza *stricto sensu* intesa.

¹²⁰⁶ Non si fa riferimento ai comuni polverosi, e cioè ai comuni privi di dirigenza, ma solo a quei comuni ove sono previste una o al più due posizioni dirigenziali.

rende quasi circolare il binomio datore di lavoro/lavoratore subordinato più volte menzionato.

5.1. segue...cenni sugli effetti del polimorfismo nelle amministrazioni sanitarie.

La dirigenza sanitaria¹²⁰⁷, fra quelle scelte ai fini di questo studio, è di certo quella che meglio evidenzia peculiarità e specificità che confermano il polimorfismo qui teorizzato. Le differenze si colgono non soltanto sul piano orizzontale rispetto alla disciplina contenuta nel d.lgs 165/2001, e dettata per la dirigenza statale, ma anche, e soprattutto, sul piano verticale dei diversi livelli in cui si snoda l'amministrazione sanitaria, l'ultimo dei quali è rappresentato dalla ASL (e cioè le aziende sanitarie che costituiscono i terminali operativi sul territorio).

La disciplina che insiste sul rapporto di lavoro dei dirigenti sanitari è quella racchiusa nel d.lgs 502/1992, che per molti versi evoca i contenuti del capo II del d.lgs 165/2001, come novellato dalla successiva riforma Bindi contenuta nel d.lgs n. 229/1999, nonché dalla contrattazione per l'area interessata¹²⁰⁸.

Rispetto ai principi di fondo sottesi al rapporto di lavoro di tutte le dirigenze, e più sopra enucleati, si può affermare per la dirigenza sanitaria nonostante i dubbi sulla configurabilità fisiologica del principio cardine di tutta la disciplina della dirigenza pubblica, e cioè il principio di separazione fra indirizzo politico e gestione amministrativa, la questione possa essere risolta collocando la sede delle scelte politiche nella regione¹²⁰⁹.

Questo perché il luogo che avrebbe potuto essere deputato alle scelte politiche¹²¹⁰ è, invece, quello in cui siede un soggetto, di derivazione politica sì, ma preposto allo svolgimento essenzialmente di compiti gestionali: il direttore generale.

Esistono diversi indici rivelatori della plausibilità di una tale ricostruzione, fra i molti, basti rammentare quello che proviene dalla disciplina negoziale.

Entrambi i contratti d'area per il settore sanità riconoscono, infatti, nel direttore generale il principale componente della delegazione trattante di parte pubblica¹²¹¹.

Dall'insieme delle fonti sopra citate è possibile trarre le coordinate che differenziano la dirigenza sanitaria dalle altre dirigenze, ma per cogliere la diversità sui differenti livelli della medesima amministrazione sanitaria è necessario porre attenzione pure all'atto aziendale di cui all'art. 15 bis del d.lgs 502/1992.

L'atto aziendale relativo alle Asl è, infatti, l'atto di diritto privato con il quale, nel quadro della disciplina statale e regionale, viene indicato il *quantum* dei poteri gestionali da riconoscere ai

¹²⁰⁷ Sulla dirigenza sanitaria v. l'ampio studio di Pioggia 2008; nonché Carinci F., Mainardi 2005.

¹²⁰⁸ In questo ambito la contrattazione avviene per l'area III nei riguardi della dirigenza dei ruoli sanitario non medico, professionale, tecnico e amministrativo; per l'area IV rispetto alla dirigenza sanitaria medica (medici, veterinari, odontoiatri). I due contratti pur riferendosi a due diverse tipologie di dirigenza sanitaria sono sostanzialmente omogenei nella disciplina degli istituti.

¹²⁰⁹ Nel senso che il principio di separazione appare realizzato nella dinamica dei rapporti fra governo regionale e direzione delle aziende sanitarie v. Pioggia 2008, p. 7; Merloni 2007; Lanotte 2003, p. 24-28.

¹²¹⁰ Fermo restando che il luogo della programmazione sanitaria generale è quello regionale, la sede del direttore generale resta, in qualche misura, quella preposta a definire le coordinate organizzative attuative della singola amministrazione sanitaria.

¹²¹¹ Cfr. art. 10 CCNL 1998/2001 dirigenza area IV; art. 10 CCNL 1998/2001 dirigenza area III.

dirigenti di struttura¹²¹².

Per tale ragione, a livello di amministrazione di azienda (la ASL), ci si confronta con una varietà di atti aziendali - costruiti dai diversi direttori generali, cioè il top management¹²¹³ della struttura - tale da determinare una differenziazione nella distribuzione dei poteri fra direttore medesimo e dirigenti di siffatta entità che il modo di atteggiarsi di questi ultimi varia a seconda della azienda sanitaria in cui i medesimi si trovino a svolgere la propria prestazione dirigenziale.

La dirigenza sanitaria, al pari di quella statale, e diversamente da quella locale, si caratterizza, allora, per una eterogeneità delle figure dirigenziali tale da poter essere idealmente collocata in una scala alla cui sommità possono essere collocate le figure dirigenziali che svolgono principalmente un ruolo datoriale, manageriale, ed alla cui base si trovano, viceversa, le figure dirigenziali che appaiono piuttosto appiattite su una posizione di mera esecuzione di una prestazione di lavoro subordinato¹²¹⁴ ancorché di elevato contenuto tecnico-professionale.

La caratteristica di questa peculiare tipologia di dirigenza risiede nel fatto che essa gode di un'ampia autonomia professionale che, tuttavia, si coniuga con una autonomia gestionale che affievolisce, sino a scomparire, via via che si scendono i gradini della scala ideale appena menzionata.

Il settore sanitario è, infatti, quello in cui meglio si coglie l'oscillazione fra le due componenti, datoriale e di lavoratore subordinato, che esprimono la peculiarità della figura del dirigente pubblico, cui si è fatto più volte cenno nel corso di questo studio. Per tale ragione, all'interno della medesima azienda è possibile individuare dirigenti (come il dirigente di struttura complessa), che eseguono per lo più prestazioni datoriali, e dirigenti (come i dirigenti cui sono affidati compiti "professionali" ex art. 15 comma IV del d.lgs 502/1992) che appaiono, sotto il profilo dei compiti manageriali, meri esecutori, subordinati, di scelte assunte altrove. Sotto il profilo puramente tecnico, essi si presentano, tuttavia, come portatori di un sapere specialistico e attori di compiti di alta professionalità, cui sono "abilitati" dalla legislazione speciale, che ne giustifica l'inquadramento nella categoria dirigenziale.

Non potendo addentrarci, in questa sede, nello studio capillare di tutti gli aspetti di diversificazione e assimilazione fra la dirigenza sanitaria e le altre dirigenze prese a modello in questo lavoro, basti qui prospettare almeno un'ultima considerazione di carattere generale in chiave di riconsiderazione del rapporto di lavoro dirigenziale alla luce del paradigma personalistico, sul quale si rinvia infra al § 7.

Le amministrazioni sanitarie ancor più di quelle locali appaiono quali amministrazioni di produzione ed erogazione di servizi alla collettività, e ciò soprattutto avendo riguardo ai terminali operativi delle aziende sanitarie.

¹²¹² Cfr. la ricostruzione di Pioggia 2008.

¹²¹³ La legislazione di riforma del sistema sanitario ha investito molto sul ruolo del direttore generale che costituisce la figura di vertice di tutta l'amministrazione aziendale, sul tema si rinvia a Pioggia 2008 ove copiosa bibliografia; ma v. pure Jorio E., Jorio F., 2000.

¹²¹⁴ Assimilabile in alcuni casi alla figura del dirigente minore, e cioè del dirigente che diversamente dallo pseudo dirigente, prospetta una qualificazione dirigenziale non solo formale ma pure sostanziale, sebbene di portata più limitata rispetto al top manager. Da ultimo cfr. Cass. Sez. un., n. 7880, 30 marzo 2007, in LPA, 2007, p. 541 ss; ed in altri casi a quella di pseudo-dirigente, delineata nel settore privato in sede giurisprudenziale, e cioè del dirigente che svolge la propria attività sotto il controllo dell'imprenditore o di un dirigente, con poteri di iniziativa circoscritti; così ex aliis Cassazione 22 dicembre 2006, n. 27464, in RGL, 2007, II, p. 394.

Per la relativa dirigenza, allora, vale a maggior ragione l'assunto della espansione delle obbligazioni esigibili in funzione dell'allargamento della nozione di interesse pubblico, di vincolo di scopo, cui è finalizzata, e si badi bene non funzionalizzata, la gestione dirigenziale nel suo complesso.

Il dirigente sanitario potrebbe non essere adempiente solo curando bene i propri pazienti e riducendo i rischi di mortalità del proprio reparto, ma anche attuando un comportamento etico, verso quanti si accostano al godimento del servizio sottoposto alla propria organizzazione gestionale (Caruso 2008b). La questione interpretativa che si dipana agli occhi dell'interprete riguarda, casomai, il tipo di responsabilità eventualmente configurabile in capo al dirigente che non si sia comportato oltre che "efficientemente" pure "eticamente". Il quesito giuridico, cui è opportuno dare risposta, è ravvisabile nel dubbio se i comportamenti moralmente deprecabili siano riconducibili sotto l'egida della sanzione per responsabilità dirigenziale o siano, piuttosto, sanzionabili attraverso tipologie diverse di responsabilità.

Un conto è osservare il dirigente medico nella veste di manager dell'azienda sanitaria, in quanto è certo che, a fronte dell'errore gestionale, sconterà una sanzione per responsabilità dirigenziale; altro conto è considerare il dirigente medico nei rapporti con l'utenza verso cui, come si osservava nei primi paragrafi di questo lavoro, non sussiste un vincolo giuridico equiparabile a quello scaturente dal rapporto di lavoro.

Il sistema sanitario proprio per tale ragione prevede un doppio livello di imputazione: l'uno per responsabilità manageriale correlata alla gestione *stricto sensu* considerata, l'altro per responsabilità professionale correlata specificamente alla erogazione della propria prestazione medica all'utenza.

Proprio per le caratteristiche peculiari di questa tipologia di dirigenza, in questo ambito è fortemente avvertito il bisogno di dar corpo alle istanze di "buona amministrazione" provenienti dalla collettività.

Ciò è tanto vero che la giurisprudenza, nel tempo, ha provato a risolvere la *vexata quaestio* della natura giuridica della responsabilità del dirigente-medico rispetto al paziente, raffigurandola nei termini di una responsabilità contrattuale da "contatto sociale". E cioè di un contatto sociale qualificato al punto da determinare un vincolo obbligatorio tra medico e paziente.

Proprio questa lettura interpretativa appare un punto di partenza per rendere concreta la *liaison* dirigenza/*stakeholders* cui si è cercato, e si cercherà ancora, di dare consistenza nel corso di questa analisi.

L'elaborazione giurisprudenziale¹²¹⁵ ha costruito, infatti, un ponte tra cittadino e amministrazione in modo che il primo possa avere azione nei confronti dell'inefficienza gestionale della dirigenza medica e ciò anche in assenza di un vincolo giuridico legittimante come quello (il rapporto di lavoro) che consente, viceversa, all'amministrazione sanitaria di agire contro il dirigente attraverso il circuito della responsabilità per cattiva gestione.

La giurisprudenza ha configurato, in queste ipotesi, in capo all'utenza e al dirigente, un vincolo che possiede una pregnanza giuridica di non poco momento, addirittura di matrice contrattuale; e ciò con tutto quello che ne consegue in termini di onere della prova ma pure di prescrizione

¹²¹⁵ Da ultimo v. Cassazione civile, S.U., sent. 11 gennaio 2008, n. 577.

della relativa azione (molto più ampia rispetto alla prescrizione di un'azione per responsabilità extra contrattuale).

Il “contatto sociale” genera quel flusso di consenso e affidamento, di buona fede e correttezza comportamentale, di etica che accompagna in generale il negozio contratto.

Tale nuova tipologia di responsabilità si aggiunge, allora, alla responsabilità disciplinare, amministrativo contabile, penale e pure dirigenziale del dirigente nel settore sanitario; sebbene ciò non escluda che essa possa influenzare la valutazione tesa a verificare le capacità manageriali del dirigente medesimo e, quindi, l'eventuale addebito per responsabilità dirigenziale.

5.2 segue...cenni sugli effetti del polimorfismo nelle amministrazioni statali.

Il modello disegnato per la dirigenza statale e ministeriale è quello contemplato nel capo II del d.lgs 165/2001, nel testo novellato dai successivi interventi del legislatore. Tale modello per molti versi appare, tuttavia, arricchito, se non addirittura messo sotto tensione, dalla contrattazione collettiva dell'area I¹²¹⁶.

La disciplina ricavabile da tali norme incorpora perfettamente il nucleo dei principi e delle regole di fondo sottesi alla disciplina di tutte le dirigenze e prospettato *supra* nel § 4.

Il principio di separazione, l'accesso per concorso, il monitoraggio e la valutazione, la responsabilizzazione al conseguimento dei risultati, la giurisdizione ordinaria, sono tutte regole che la dirigenza statale ha conosciuto e sperimentato ancor prima di altre dirigenze¹²¹⁷.

Si tratta di un modello tratteggiato per amministrazioni disaggregate, e cioè costituite da molti addetti e con una rigida partizione del lavoro, per lo più deputate a svolgere funzioni di tipo regolativo e di programmazione.

Le peculiarità di queste amministrazioni si riflettono, come più volte osservato, sullo stesso modo di atteggiarsi della relativa dirigenza.

Diversamente dalla dirigenza delle amministrazioni locali la dirigenza delle amministrazioni statali e ministeriali, proprio a fronte della consistente differenziazione funzionale tipica di queste P.A., cui sopra si accennava, si mostra suddivisa in alta dirigenza (segretario generale di ministeri, direzione di strutture articolate la loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente), dirigenza intermedia (direzioni di uffici di dirigenziali di livello generale) e dirigenza di base (direzioni di uffici di livello dirigenziale). La diversificazione dell'incarico dirigenziale, e quindi delle funzioni cui è chiamato il dirigente che vi è destinato, è espressa pure dalla diversità di modalità di accesso prevista per i diversi livelli di incarico.

A parte la diversa tipologia di investitura, l'appartenenza all'una o all'altra tipologia di dirigenza (alta, intermedia, di base) comporta un diverso modo di interpretare le componenti datoriale/lavoratore subordinato che connotano variamente la figura dirigenziale nelle differenti p.a.

Via via che si scende di livello dirigenziale, l'aspetto propriamente manageriale si affievolisce e si

¹²¹⁶ Sia consentito rinviare alle considerazioni sui rapporti legge /contratto espresse in Nicosia 2003.

¹²¹⁷ Eccezion fatta per la dirigenza locale che, viceversa, ha sperimentato il principio di separazione fra indirizzo politico e gestione amministrativa, come pure la tensione al raggiungimento dei risultati, a partire già dalla legge 142 del 1990, oggi confluita nel d.lgs 267/2000, il testo unico per gli enti locali.

amplifica, contestualmente, quello di mero prestatore di lavoro subordinato.

Le norme che individuano, infatti, le funzioni dirigenziali sono chiare nell'attribuire alla dirigenza generale capacità tipicamente manageriali (cfr. art. 16 d.lgs 165/2001, nuovo testo) che si esprimono, fra le altre, nell'attività di organizzazione degli uffici non di livello generale, ivi compresa l'attribuzione degli incarichi di funzione dirigenziale non generale e la definizione dei relativi obiettivi nonché l'assegnazione delle risorse umane, finanziarie e materiali necessarie per attuarli; viceversa, alla dirigenza di base rimangono compiti più di tipo esecutivo, come previsto dall'art. 17 del d.lgs 165/2001, che appunto, enuclea per tali dirigenti funzioni meramente di attuazione dei progetti assegnati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali¹²¹⁸.

Non è possibile, tuttavia, in questa sede, enunciare compiutamente le corrispondenze e le diversità riscontrabili tra la dirigenza statale e le altre dirigenze assunte a modello del pluralismo teorizzato nel corso di questo lavoro; ed allora, in maniera speculare al percorso seguito per la dirigenza sanitaria, si procederà prospettando un'ultima considerazione di carattere generale.

Nonostante la dirigenza statale operi in un'amministrazione – eccezion fatta per le ramificazioni territoriali - per lo più preposta allo svolgimento di funzioni di regolazione e programmazione e nonostante questo renda meno percepibile l'influenza del cittadino utente e quindi del bisogno di un'etica comportamentale rivolta pure all'esterno, rimane questo il modello pilota cui far riferimento per la comprensione dello sviluppo della doppia funzione dirigenziale (datoriale e di prestatore di lavoro subordinato) nell'ambito delle amministrazioni pubbliche. Ciò con particolare riguardo alle regole poste a presidio della responsabilizzazione della gestione dirigenziale rispetto all'attuazione della buona amministrazione.

Sezione II: la riconsiderazione del vincolo di scopo nelle p.a. e la rilettura costituzionale: un nuovo paradigma nello studio delle dirigenze pubbliche.

6. Lo scenario europeo: esperienze a confronto.

Dopo avere illustrato il contesto in cui il polimorfismo delle dirigenze italiane si è dispiegato ed affermato, pare opportuno occuparsi dell'altra prospettiva di indagine, cui si è fatto cenno nei paragrafi precedenti; e cioè la prospettiva che valorizza il paradigma personalistico e considera tramontata l'idea di una pubblica amministrazione proiettata solo al conseguimento della efficienza della propria azione.

A questo fine, per meglio comprendere il processo di affermazione nel nostro ordinamento del valore "persona" nell'ambito della pubblica amministrazione, può apparire euristicamente utile osservare, sia pure brevemente, i contestuali processi di ammodernamento di alcuni paesi europei.

Pare che lo scopo cui mirano tutti i tentativi, più o meno riusciti, di riforma sia quello di far funzionare bene l'amministrazione in modo da soddisfare le istanze della collettività¹²¹⁹. Chi più chi

¹²¹⁸ Cfr. la ricostruzione della problematica prospettata in Boscati 2006, p. 210-216; nel senso di uno spazio di determinazioni autonome quasi inesistente in capo alla dirigenza di base v. Talamo 2000; Tullini 2000; Battini 2000; contra Boscati 2006 p. 210.

¹²¹⁹ Per l'analisi delle trasformazioni Cassese 2001a, p. 83.

meno pone, infatti, al centro del proprio intervento riformatore la collettività dei consociati e le relative aspettative.

L'ultima delle riforme avviate in Italia dal nuovo governo¹²²⁰ risponde proprio alla medesima esigenza di coniugare economicità ed efficienza dell'agire pubblico con le aspettative di correttezza comportamentale manifestate dai fruitori dell'azione amministrativa.

In effetti, ma sul punto ci si soffermerà più avanti, proprio in Italia diviene via via più visibile un nuovo dato che connota i tentativi di riforma amministrativa, e cioè un bisogno diffuso di moralizzazione dei comportamenti che si fa diritto.

Con riguardo alle realtà amministrative dei diversi paesi europei, è possibile osservare che, pur sottendendo lo stesso minimo comune denominatore, le riforme (Cfr. Cassese 2001a; D'Alessio 2005; Sassi 2007, p. 33 ss) in essi avviate propongono scenari organizzativi differenti¹²²¹. Non è possibile prendere in esame in maniera approfondita la riforma amministrativa di ciascuno dei paesi dell'UE, ci si limiterà, pertanto, ai fini specifici di questo studio, a porre in evidenza le caratteristiche generali dei diversi percorsi di ammodernamento in essi riscontrabili. Questo al fine di evidenziare, se esiste, un sottile filo di collegamento fra i principi posti alla base (un *prius*) dell'azione amministrativa dei diversi paesi europei ed il tipo di riforma attuato nella corrispondente amministrazione.

A seconda dell'impostazione che i Governi europei hanno inteso dare alla propria azione amministrativa, è stato possibile osservare diverse tendenze riformatrici, ciascuna con proprie peculiari caratteristiche.

Sembra opportuno rammentare, sia pur brevemente, che il percorso di analisi delle riforme amministrative classificato come *New Public Management*¹²²² propone meccanismi di ammodernamento finalizzati essenzialmente al raggiungimento della efficienza ed economicità dell'azione amministrativa; ciò ponendo alla base della strategia complessiva di miglioramento la trasposizione delle tecniche della gestione aziendale nel settore pubblico.

La teoria della *Governance*,¹²²³ viceversa, presuppone il raggiungimento non dell'efficienza ed efficacia ad ogni costo, quanto, piuttosto, della legittimità e responsabilità dell'agire pubblico in funzione dell'erogazione equitativa dei servizi alla collettività dei consociati.

¹²²⁰ Le relative indicazioni programmatiche possono essere lette nel dossier reperibile all'indirizzo http://www.funpub.it/ministro/pdf_home/Lavoro_publico_e_contrattazione_collettiva.pdf.

¹²²¹ In Germania si è parlato appunto di *Neue Steuerungsmodell* dal 1978, nel Regno unito di *New public management* dal 1979, in Francia di *Renouveau du service public* dal 1989, in Spagna di *Modernización* dal 1992. La stessa terminologia usata per enunciarle è significativa delle aspettative di ampio respiro nutrite dai governi che se ne sono fatti promotori. Volendo individuare, però, le ragioni sottese a tutte queste riforme, è verosimile affermare che le spinte al rinnovamento siano determinate essenzialmente dai seguenti fattori: a) nel bisogno di porre rimedio allo squilibrio nelle spese esistente nelle amministrazioni dei paesi membri dell'UE; b) nella più o meno diffusa insoddisfazione per la *performance* del settore pubblico; c) nella internazionalizzazione delle amministrazioni, talché ciascun sistema amministrativo è obbligato ad adattarsi agli sviluppi delle altre amministrazioni per scongiurare il pericolo di condizioni di svantaggio per i propri utenti. In questo senso, Cassese 2001a.

¹²²² Su cui v., *ex aliis*, gli scritti di Hodd 1991; Cassese 2001a; più di recente Sassi 2007; Gualmini 2003.

¹²²³ Che in buona misura costituisce una sorta di risposta europea al managerialismo americano facendo leva sui valori dell'equità e della partecipazione quali obiettivi strategici di una qualunque riforma del settore pubblico. Il vantaggio dell'approccio della *governance* sta proprio nella possibilità di avviare strategia di partecipazione dei cittadini e di controllo sull'azione amministrativa. Nell'ampia letteratura consultata almeno Mayntz 1999; Gualmini 2003.

La caratteristica che rende particolarmente interessante, ai fini dello studio che si sta conducendo, l'approccio posto alla base della *Governance Theory* è ravvisabile proprio nella "reinterpretazione dell'assetto strutturale della pubblica amministrazione, che non viene più raffigurata come una gerarchia, ma come un reticolo di sotto-unità organizzative in costante interscambio con l'ambiente" (Gualmini 2003, p. 17). Questa proiezione all'esterno consente di contemplare pure il "fuori" dell'amministrazione e quindi l'impatto sulla collettività dei consociati.

Accanto alle due teorie appena esposte, si è di recente affermata una nuova prospettiva di analisi delle riforme amministrative denominata *neo-istituzionale* che esamina la stretta connessione fra le caratteristiche delle riforme amministrative ed i vincoli e condizionamenti determinati dal contesto politico circostante.

Proprio all'interno di quest'ultimo nuovo approccio di analisi sono state osservate, nella propria evoluzione, tre diverse "traiettorie" (Gualmini 2001) di riforma delle amministrazioni dei paesi dell'UE.

Una traiettoria che si potrebbe definire del mercato, una traiettoria della modernizzazione ed una della *user democracy* corrispondente al modello democratico/partecipativo (Gualmini 2001).

Sotto l'egida della prima traiettoria è possibile accomunare i paesi più radicali nell'attuazione delle riforme (la Gran Bretagna innanzitutto la cui esperienza è simile a quella della Nuova Zelanda, Australia e Stati Uniti); nell'alveo della seconda è possibile ricondurre i paesi dell'Europa continentale (Francia, Germania, Spagna e, in larga misura, per quello che qui ci riguarda, pure Italia); nell'ambito della terza traiettoria di riforma, infine, è possibile sussumere i paesi dell'area scandinava e l'Olanda.

In questo lavoro ci si occupa della riforma delle amministrazioni italiane e delle relative dirigenze e, quindi, del percorso definito, entro l'alveo dell'approccio neo-istituzionale, di modernizzazione.

Tuttavia, l'emergere nel nostro ordinamento di nuovi principi e paradigmi che coinvolgono e condizionano le nostre amministrazioni, induce ad osservare con attenzione pure i paesi della traiettoria della *user democracy*.

In tali paesi, infatti, sono germinati e radicati principi come la centralità della persona ed il relativo benessere rispetto all'azione amministrativa, nonché l'equità e legittimità dell'agire pubblico ancor prima della efficienza.

Dalla traiettoria della *user democracy*, ma pure dall'approccio più generale della *Governance Theory*, è possibile trarre proficui spunti per evidenziare possibili spazi di adattamento del nostro sistema.

Volendo provare ad individuare elementi di assonanza nell'ambito delle esperienze dei paesi accomunati sotto l'egida del modello di modernizzazione, è possibile rilevare almeno le caratteristiche di seguito descritte.

In tutti, infatti, si può osservare la sussistenza di una riorganizzazione della gerarchia a livello ministeriale; la valorizzazione degli organismi di coordinamento orizzontale, cioè i dipartimenti; un rafforzamento del decentramento territoriale sotto il profilo funzionale ed un contestuale allentamento dei controlli dal centro alla periferia.

Con riguardo specifico alla micro organizzazione, cioè al piano gestionale dei rapporti di lavoro, in tutti i paesi menzionati è possibile osservare, il potenziamento della flessibilità del personale; il rafforzamento dell'autonomia e della responsabilizzazione della dirigenza; l'importazione, soprattutto in alcuni ordinamenti, come il nostro ad esempio, di modelli di formazione manageriale provenienti dal privato; un parziale rafforzamento delle forme di controllo e di valutazione. In Italia, è opportuno ricordarlo, tutto questo è avvenuto in maniera originale attraverso una privatizzazione per così dire "spinta" del rapporto di lavoro pubblico, e dirigenziale in particolare, che non incontra similari in altre esperienze dei modelli accomunati sotto la medesima traiettoria.

Nella traiettoria della modernizzazione è possibile ravvisare comunque una continuità con l'assetto strutturale amministrativo, proprio per le radici storiche dei paesi in essa contemplati.

In posizione diversa si collocano i paesi sussunti sotto l'egida della traiettoria della *user democracy*.

Questi ultimi, infatti, hanno privilegiato, sotto il profilo delle scelte di macro organizzazione, aspetti quali la ristrutturazione della gerarchia, l'ampio decentramento territoriale con contestuale creazione di *welfare* locali ed il potenziamento dell'autoregolazione a livello locale. Rispetto alle scelte di tipo gestionale, i paesi in questione hanno, poi, potenziato la mobilità del personale nonché il rafforzamento dell'autonomia e della responsabilizzazione della dirigenza. Di certo, però, l'aspetto che rende unica l'esperienza della *user democracy* risiede proprio nel comportamento del personale. Qui il managerialismo è stato coniugato se non addirittura sostituito dalla proiezione alla vicinanza al cittadino e alla compartecipazione all'erogazione del servizio. L'utente del servizio in questi paesi prende parte al procedimento amministrativo poiché è considerato non solo il destinatario del servizio medesimo ma il relativo proprietario.

In paesi come la Svezia l'interazione amministrazione/cittadino è caratterizzata da una democrazia incentrata sull'influenza ed il controllo esercitato dai cittadini¹²²⁴.

Si tratta, infatti, di sistemi sensibili alla disapprovazione sociale intesa come sanzione rispetto all'inefficienza amministrativa. La voce (*voice*)¹²²⁵ dell'utenza ha qui un peso di non poco momento e normalmente si coniuga con l'opzione dell'abbandono (*exit*), in termini di distrazione della domanda di servizi, delle amministrazioni meno trasparenti¹²²⁶.

In estrema sintesi, è possibile affermare come i paesi in questione abbiano privilegiato il principio della equità e legittimità dell'azione amministrativa, nonché la relativa trasparenza, piuttosto che il perseguimento dell'efficienza ad ogni costo; con ciò probabilmente collocandosi in posizione di maggior sintonia col livello superiore sovranazionale che, come meglio si vedrà più avanti, promuove tale nuova accezione di amministrazione attenta alle istanze dei consociati.

¹²²⁴ Rispetto all'analisi del contesto dei paesi scandinavi cfr. la relazione di Ziller 2007, *Il controllo sulla pubblica Amministrazione in chiave comparata*, una sintesi ad opera di Papa D., è consultabile sul sito bollettinoadapt.unimore.it/allegati/07_27_75_PUBBLICO_IMPIEGO.pdf

¹²²⁵ Il paradigma *exit* e *voice* è riconducibile al pensiero di Albert Hirschman 1970.

¹²²⁶ Su tutti questi temi, il dibattito nel nostro ordinamento è stato rilanciato da Ichino, in particolare nell'ambito del convegno di studi "Pubblico impiego e strumenti di controllo", Milano, 17 maggio 2007, i cui atti sono consultabili su bollettinoadapt.unimore.it/allegati/07_27_75_PUBBLICO_IMPIEGO.pdf

Il modello di amministrazione prospettato nell'ambito della traiettoria della *user democracy* pare, allora, porre al centro la persona ed i relativi bisogni; sposa, in buona sostanza, il paradigma personalistico cui si è fatto cenno.

Di seguito si proverà e verificare se pure nel nostro ordinamento emerga una tendenza in qualche modo speculare a quella appena menzionata.

7. I valori di fondo sottesi al polimorfismo delle dirigenze: la Costituzione ritrovata ed il passaggio dal paradigma bipolare al paradigma personalistico.

Quanto sin qui detto rispetto alla frantumazione del modello unitario di dirigenza, e del relativo disgregarsi nelle molteplici realtà amministrative, richiede forse qualche precisazione.

Si è fatto cenno alla realtà normativa con la quale ormai, e sempre più, il giurista deve fare i conti: la legge ordinaria non è più in grado di svolgere una funzione unificante, l'unica fonte interna di carattere generale che può essere preposta a questo compito rimane la Costituzione.

È opportuno verificare, allora, quali siano i valori, e poi i principi, con funzione unificante, che sovrastano e permeano di sé le variegate funzioni e azioni amministrative.

Si intende per valore, a questo specifico fine, “un bene finale che chiede di realizzarsi attraverso attività teleologicamente orientate [...]. Esso vale come autorizzazione all'azione o al giudizio diretti al risultato, non come criterio di azione e di giudizio legittimi” (Zagrebelsky 2008).

Viceversa, con la locuzione principio, si intende far riferimento ad “un bene iniziale che chiede di realizzarsi attraverso attività che prendono da esso avvio e si sviluppano di conseguenza” (Zagrebelsky 2002 p. 873, Id 2008)¹²²⁷.

Mutuo, infatti, l'analisi della dottrina che osserva come “tra il principio e l'azione c'è un vincolo [...] di coerenza che rende la seconda prevedibile” (Zagrebelsky 2008).

Per comprendere quali siano i valori, e poi i principi, che influenzano o dovrebbero influenzare l'agire pubblico, è opportuno volgere lo sguardo all'ordinamento sovranazionale. Questo perché è possibile qui osservare un processo di progressiva affermazione di alcuni valori e principi ancora lontani, invece, dal trovare chiaro riconoscimento giuridico nel nostro ordinamento ma che, a fronte, dell'ammissione di efficacia giuridica alle fonti comunitarie che li contemplano, potrebbero cominciare ad irradiare i propri effetti pure nel nostro ordinamento.

L'ordinamento sovranazionale si muove nella direzione di riconoscere, quale principio di organizzazione e funzionamento, l'importanza della “buona” amministrazione nel senso proprio di

¹²²⁷ In dottrina, sulla distinzione fra regole e principi, v. pure Guastini 2006, spec. p. 768- 770, che qualifica come “indefettibili” le prime, cioè le regole, in quanto stabiliscono in modo completo ed esaustivo sia i fatti in presenza dei quali si produce la conseguenza giuridica che esse stabiliscono, sia le eccezioni in presenza delle quali la conseguenza non si produce; e come defettibili (*defeasible*) i secondi, cioè i principi, allorquando non stabiliscono esaustivamente i fatti condizionanti, oppure non enumerano le eccezioni. Con riguardo pure agli aspetti correlati all'interpretazione costituzionale cfr. Perfetti 1993; Sul tema, in generale, rimane fondamentale lo studio di Ronald Dworkin 1982. Sui principi costituzionali v. pure Crisafulli V. 1952; D'Atena 1997.

un'amministrazione per così dire *friendly*¹²²⁸, attenta ai bisogni dei cittadini, bisogni intesi pure come aspettativa di un'azione pubblica morale, etica, e cioè corretta¹²²⁹.

L'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali europea consacra appunto "il diritto ad una buona amministrazione"¹²³⁰.

La norma statuisce espressamente che ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione (comma I) configurando così posizioni giuridiche soggettive piene, che il privato può vantare nei confronti dell'amministrazione medesima e della relativa azione. Fra queste, un posto di rilievo è occupato per un verso dal diritto, riconosciuto in capo ai privati, di essere ascoltati prima che nei propri confronti venga adottato un provvedimento individuale che rechi un pregiudizio e, per l'altro, dal diritto di accedere al fascicolo che li riguarda nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale (comma II). Il comma III riconosce, poi, ad ogni individuo il diritto al risarcimento da parte della Comunità dei danni cagionati dalle proprie istituzioni o dai propri agenti nell'esercizio delle relative funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri.

In buona sostanza, è consacrato, almeno in ambito sovranazionale, il "diritto" dei *cives* ad essere posti al centro dell'agire pubblico di modo tale che è il contenuto delle relative pretese a modulare l'esecuzione della funzione pubblica e non il contrario (Zito 2002, p. 431). Un diritto, insomma, che appare un *quid pluris* rispetto alle previsioni del nostro ordinamento espresse dal principio di buon andamento e imparzialità contenuto nell'art. 97 della nostra Costituzione.

Il valore della persona umana diviene centrale nell'ordinamento sovranazionale rispetto all'azione pubblica.

Tutto questo rappresenta una precisa indicazione di superamento nell'ambito dell'ordinamento comunitario della visione autoreferenziale del diritto amministrativo, in auge almeno fino agli anni novanta (Zito 2002, p. 431), e cioè del paradigma bipolare cui si è fatto cenno.

Il principio della buona amministrazione affermato in ambito comunitario con la Carta di Nizza, il valore della centralità della persona con tutto il corredo di implicazioni etiche, di valore e diritto soggettivi che tale nozione racchiude, emerso nelle amministrazioni dei paesi europei accomunati nell'ambito della traiettoria della *user democracy*, rappresentano l'orizzonte verso cui pare orientarsi pure l'amministrazione italiana.

¹²²⁸ Parla di amministrazione "affettuosa" Allegretti U. 1996, p. 237, secondo il quale "il ricostruire la dignità e lo sviluppo umani come criterio fondante, destinazione e modo di essere dell'amministrazione, obbliga a considerare anche la sua struttura giuridica in termini di atteggiamenti di umanità, di affettuosità e (verrebbe addirittura di dire) di tenerezza. E a postulare anche per l'Amministrazione quel concetto di "relazione amichevole" che [...] il diritto internazionale indica quale criterio dei rapporti tra stati; i rapporti più duri [...] tra quelli che il diritto considera.

¹²²⁹ Allegretti U. 1996, p. 237, teorizza la "*friendliness*" - quale principio, già noto alla sociologia, di organizzazione dei rapporti che si annodano nella e con l'amministrazione, principio che si contrappone alla "*unfriendliness*" che esprime, al contrario, gli atteggiamenti falso *friendly*, falsamente affettuosi, delle amministrazioni. Del resto, pure in ambito comunitario esiste una definizione speculare di "cattiva amministrazione", quella contemplata nell'art. 195 (ex art. 138E) che dispone che "Il parlamento europeo nomina un mediatore, abilitato a ricevere le denunce di qualsiasi cittadino dell'Unione o di qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro, e riguardanti i casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni o degli organi comunitari, salvo la Corte di Giustizia ed il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali".

¹²³⁰ Sul tema cfr. Sorace 2008; Trimarchi Banfi F. 2007; Celotto 2003; Sacerdoti 2000; De Siervo 2001; F.M. Di Majo, 2001.

Se questo è lo scenario dell'ordinamento sovranazionale, è opportuno, contestualmente, domandarsi cosa sia, allora, accaduto all'amministrazione italiana, quali traiettorie di riforma abbia seguito nell'ultimo ventennio e soprattutto in quale contesto organizzativo e funzionale abbia collocato la propria dirigenza.

In questo generale processo di ammodernamento che riguarda molte amministrazioni europee un dato di originalità può essere rilevato in quello che è accaduto in Italia, esso è ravvisabile nella "pervasività" (Così Carinci F. 2004b) e nella estensione del processo di contrattualizzazione del lavoro pubblico, oltre che nella specificità degli interventi regolatori sulla disciplina della dirigenza.

Nel provare, poi, a rispondere all'interrogativo sopra prospettato, si potrebbe affermare che il contesto in cui la dirigenza pubblica si trova oggi a prestare la propria attività gestionale, è un contesto caratterizzato da un forte pluralismo organizzativo e funzionale, nonché da un assetto multilivello (policentrico) ed al contempo sempre più proiettato ad accogliere opzioni organizzative che abbracciano le logiche del contratto e del consenso¹²³¹ ponendo al centro la persona.

Nel tempo il modello weberiano (Weber 1968) di amministrazione accentrata, caratterizzato dall'impostazione fortemente gerarchizzata, dominata dalle scelte unilaterali e dagli atti di imperio ha ceduto il passo ad un modello di organizzazione amministrativa più snello e flessibile, dislocato sul territorio e sempre più rivolto al raggiungimento e alla misurazione dei risultati¹²³², tanto da rendere sempre più rilevanti gli strumenti di controlli posti a valle del sistema.

Tuttavia, la piena assimilazione dell'impresa pubblica a quella privata non si è rivelata nel tempo una strategia organizzativa in grado di assicurare la "buona" amministrazione.

I principi e i metodi del mercato non sono trasferibili *ex abrupto* nel settore pubblico, vuoi perché qui non si produce profitto (ricchezza monetizzabile), ma si erogano, piuttosto, servizi per la collettività, vuoi perché i clienti sono i consociati, e quindi, soggetti protetti anche dal ventaglio delle tutele costituzionali.

Da qui l'interesse per la tendenza, cui sopra si accennava, a contemplare la persona ed i relativi bisogni non solo di efficienza ma anche di comportamenti amministrativi "buoni", nel senso di "etiche" e non solo "utili", ove l'aggettivo va inteso nella variegata accezione cui sopra si faceva cenno.

Molte norme della nostra Costituzione potrebbero, infatti, essere lette tenendo sullo sfondo questa nuova chiave di lettura e quindi soggiacere ad un *restyling* volto a rinvigorire, o più probabilmente a riscoprire, gli importanti significati annidati¹²³³ fra le pieghe dei relativi disposti normativi.

¹²³¹ La bibliografia in materia è copiosa, si rinvia a titolo meramente esemplificativo, a Natalini 2006; Capano, Gualmini 2006, pp. 9-25; Sassi 2007.

¹²³² In molte amministrazioni dal momento in cui si è provato a diffondere la cultura del mercato, dell'impresa e del diritto privato, e contestualmente a riconoscere un posto importante al cittadino/utente, che da *administré* è divenuto *customer*, l'azione si è progressivamente rivolta verso politiche esterne di soddisfazione dell'utenza. In argomento Cassese 2001a, p. 82.

¹²³³ Häberle 2000, sostiene, per l'appunto il pregio ed il valore del pensiero possibilista che consente di considerare pure le terze o le quarte possibilità. L'Autore nel valorizzare l'impostazione aperta alle plurime possibilità, ricorre ad un esempio illuminante: "Il voto

In effetti, la discussione sui principi e valori costituzionali va costantemente rinnovata poiché nel diritto “le valutazioni sono sempre in gioco”¹²³⁴ e “il solo modo per tenere vivi i valori costituzionali è quello di fare riferimento ad essi come realtà vitali” (Cervati, 2005, p. 117).

Proprio indossando le lenti del paradigma personalistico, appaiono chiare le ragioni del rinnovato interesse per la Carta Costituzionale, manifestato pure dagli studiosi del diritto amministrativo (B.G. Mattarella 2007a; *amplius* Id 2007b; Cervati 2005).

Interesse che si è tradotto nel rilancio del dibattito intorno a disposizioni come quelle contenute nell’art. 54, vale a dire rispetto alla esigibilità di comportamenti etici da parte dei lavoratori pubblici.

In questo disposto costituzionale è annidato, infatti, un principio essenziale che sovrasta l’azione pubblica: l’etica dei comportamenti dei dipendenti pubblici e dei dirigenti in particolare. Principio che può rappresentare un corollario, pure esso, del rispetto del valore della persona umana.

La norma, è opportuno rammentarlo, prevede che “tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore [...]”.

Già all’indomani della relativa emanazione, tale statuizione aveva determinato questioni interpretative¹²³⁵ riguardanti la locuzione “fedeltà” che, in quanto richiamava clausole generali, come la fiducia, la lealtà, o la correttezza, per un verso pareva collocarsi in ambiti più vicini alla sfera della morale che a quelli del diritto e, per l’altro, richiamava più la sfera del diritto civile, penale o del lavoro che quella *stricto sensu* amministrativistica.

Il rilancio della disposizione in parola, ben si coniuga con i contestuali percorsi dell’ordinamento sovranazionale.

Si potrebbe, infatti, sostenere che tale norma contenga una disposizione del tutto speculare a quella contemplata nell’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali europea e cui sopra si è fatto cenno.

Il dovere di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina ed onore rappresenterebbe, per molti versi, la statuizione dell’ordinamento italiano che rende armonico l’ordinamento interno con quello sovranazionale, con una differenza sostanziale che di seguito si proverà a descrivere.

L’art. 54 della nostra Costituzione si concentra sui comportamenti dei funzionari pubblici, l’art. 41 della Carta pone, invece, al proprio centro, il diritto ad una buona amministrazione esigibile dai cittadini. L’uno osserva “l’interno” delle amministrazioni, i lavoratori; l’altro contempla

dissenziante nelle decisioni della Corte costituzionale costituisce un’espressione processuale istituzionalizzata della consapevolezza che le norme giuridiche lasciano aperte diverse possibilità e diverse alternative di interpretazione e che le opzioni oggi prescelte, non devono escludere nuove alternative per il futuro”; cfr. par. 2.2.1, p.3. Sul tema, da ultimo, v. pure Alaimo 2008, ove ampia bibliografia.

¹²³⁴ Häberle 2000, par. 2.3.2, p. 4, che osserva come “l’elemento normativo, il “dover essere”, non si perde nella triade della possibilità, della necessità e della realtà, sin dall’inizio il pensiero possibilista, quello realista e quello deterministico non devono essere praticati “indipendentemente” dalla norma giuridica. Si tratta di una “valutazione” del reale, delle possibilità e del coinvolgimento del necessario, si tratta di partire dal compito di limitare il normativo. Non esistono realtà, possibilità e necessità che non possano essere valutate e che siano incondizionate”.

¹²³⁵ Rispetto alle quali si rinvia alla ricostruzione di Ventura 1994, Salerno 2006, p. 1078.

“l'esterno”, guarda all'impatto dell'azione pubblica sul contesto circostante, i cittadini. L'uno osserva gli attori dell'agire pubblico, l'altro i fruitori.

Le due disposizioni combinate insieme soddisfano il bisogno di “buoni” comportamenti (*best practices*) - all'interno e verso l'esterno delle amministrazioni medesime - nei confronti delle persone.

Con l'art. 41, come si è sopra accennato, per la prima volta, infatti, viene codificato lo spostamento del centro di interesse verso cui orientare l'azione pubblica: alla buona amministrazione intesa come dovere di risultato a vantaggio della collettività si sostituisce la buona amministrazione che “riguarda pur sempre il risultato dell'agire amministrativo, ma assume ad oggetto la singola decisione, considerata dal punto di vista del suo destinatario, il quale ha titolo per pretendere che essa sia imparziale, equa e sollecita” (Trimarchi Banfi F. 2007, p. 54).

L'art. 41 della Carta esprime una nuova tendenza: allargare il concetto di fine pubblico tradizionalmente espresso, almeno nel nostro ordinamento, nella imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa – inteso come precipitato del valore efficienza, efficacia ed economicità - sino ad abbracciare la persona, ed il relativo benessere, al momento in cui si accosta al godimento di un servizio pubblico.

Dall'ordinamento sovranazionale potrebbero, allora, trarsi proficui spunti interpretativi per aggungere quel *quid pluris* nella nozione di fine pubblico, tipica del nostro ordinamento, in grado di “umanizzarla”.

L'art. 41, è noto, per molta dottrina parrebbe norma priva di efficacia giuridica vincolante per il nostro ordinamento (Sacerdoti 2000; De Siervo 2001; F.M. Di Majo, 2001; Celotto 2003) e, tuttavia, sono state prospettate convincenti letture interpretative di segno opposto. Nell'accedere alla tesi che ne riconosce l'efficacia *stricto sensu* giuridica¹²³⁶ - oltre che un indubbio valore politico¹²³⁷

¹²³⁶ Cfr. l'ampio studio di Caruso 2008c, con particolare riguardo alle vicende giurisprudenziali in cui si è fatto riferimento alla Carta di modo tale che “la sua rilevanza, tuttavia, non è meramente politica, ma anche giuridica: la Carta entra nel circuito della motivazione del giudice, condizionandone la interpretazione, attraverso un esplicito riferimento nella motivazione, ma non fonda la decisione. In tal senso la sua applicazione può considerarsi quantomeno “indiretta”. Tanto che, osserva l'Autore “Non sono mancate ipotesi dottrinali, ma anche applicazioni giurisprudenziali, in cui la Carta è stata considerata “come se” fosse giuridicamente vincolante, *come se* fosse già uno strumento di hard law. In tal caso con una evidente discrasia tra la natura e struttura soft, o comunque semi hard della Carta e gli effetti (la funzione) hard (la disapplicazione del diritto interno da parte di un giudice dello stato) che ad essa si pretende di far conseguire”. Nello stesso senso Caruso, Militello 2009, ove si osserva che “Posizioni pionieristiche, che potrebbero essere considerate predittive del futuro ruolo che acquisterà la Carta di Nizza una volta ratificato il Trattato di riforma dei trattati istitutivi, sono state assunte da alcuni Avvocati Generali, particolarmente sensibili a considerare una novità ordinamentale la Carta di Nizza, e propensi ad un'applicazione diretta dei diritti fondamentali ivi sanciti, “come se” fosse già vincolante. E non mancano recenti esempi, anche in sentenze della Corte di Giustizia, sebbene meno numerose”.

¹²³⁷ Sulla vincolatività politica della Carta di Nizza e sulle relative ricadute sul piano dell'efficacia giuridica v., da ultimo, Caruso 2008c, ed ivi ampia bibliografia, che prospetta almeno tre ragioni per sostenere l'efficacia politica della Carta: a) l'allargamento della UE a nuovi 10 stati è avvenuto attraverso una verifica della loro adeguatezza politica ed economica. Tale verifica ha riguardato, pure, il rigoroso rispetto di uno standard ritenuto obbligatorio dei diritti fondamentali contenuti nella Carta di Nizza; b) la costituzione dell'Agenzia Europea sui diritti fondamentali mediante regolamento (n. 168/2007) del 15 febbraio 2007, con il compito di coadiuvare le istituzioni europee e gli stati nazionali nello svolgimento della propria attività istituzionale e nell'emanazione degli atti consequenziali ai fini del rispetto dei diritti fondamentali previsti nella Carta. c) Le principali istituzioni europee che condividono la funzione legislativa (la Commissione, il Parlamento, lo stesso Consiglio) hanno deciso di assoggettarsi volontariamente al rispetto del suo contenuto, facendovi riferimento nella fase “di elaborazione della legislazione dell'Unione” (comunicazione della Commissione Com(2005) 172 def, Dichiarazione del Parlamento del 15 marzo 2007).

- è possibile sostenere che a fronte di una eventuale distanza tra la nostra disciplina nazionale, in tema di amministrazioni, e le previsioni della Carta medesima, diverrebbe opportuno avviare un processo di necessario adeguamento del nostro sistema a quello sovranazionale (Zito 2002, spec. pag. 427).

Si intende, in effetti, affermare che a fronte del ribaltamento di prospettiva ravvisato in sede sovranazionale che, come sopra osservato, dispone la centralità della persona nei confronti della pubblica amministrazione, è possibile procedere all'adeguamento del nostro ordinamento in tal senso.

Del resto, la nostra Carta costituzionale contiene tutte le premesse perché il rapporto cittadino amministrazione possa essere impostato in modo da dar risalto, nell'esecuzione dell'*agere* pubblico, alla dimensione del servizio anziché a quella del potere, e cioè collocare al centro la persona e, viceversa, in posizione servente l'amministrazione¹²³⁸.

Di seguito si proverà, allora, a prospettare quali siano le ricadute sul piano pratico della enunciazione di tali valori e principi come *prius* rispetto all'azione della pubblica amministrazione e dei propri dirigenti.

Ai fini che qui interessano, è proprio sul paradigma personalistico che pare opportuno concentrare l'analisi procedendo, nel contempo, a inquadrarlo nel nuovo contesto di un'amministrazione che abbandona il paradigma bipolare e si apre alla sussidiarietà e alla condivisione.

Pure nel nostro ordinamento la voce dei cittadini utenti, sempre più imponente rispetto alla qualità dei servizi erogati dalle amministrazioni, come pure dei comportamenti dei dipendenti pubblici, potrebbe essere in grado di azionare forme di sanzioni giuridiche e paragiuridiche a fronte dell'inottemperanza dei doveri costituzionali di disciplina e onore.

L'azione pubblica eccellente, quella, cioè, in grado di produrre la massima soddisfazione dell'utenza, intesa come collettività dei consociati, potrebbe implicare pure la realizzazione di comportamenti etici da parte dei propri dipendenti e dei dirigenti in particolare; e ancora, il cittadino utente, una volta inserito in un processo di co-amministrazione, avrebbe forse la possibilità di esigere i medesimi comportamenti onesti ed etici, *friendly*, o addirittura l'opportunità di intervenire per conformare in tal senso l'*agere* pubblico.

Ciò che appare chiaro, alla luce delle considerazioni svolte in questo paragrafo, è la necessità di ricorrere ad una rilettura dei principi Costituzionali in chiave di reinterpretazione delle norme; e questo allo scopo di avvicinare il nostro ordinamento ai contestuali percorsi dell'ordinamento sovranazionale.

In questa prospettiva, gli articoli 97, 98 e 54 della Costituzione, riletti in filigrana con le disposizioni - e la *ratio* - dell'art. 41 della Carta di Nizza, potrebbero determinare ricadute di non poco momento sul piano della regolazione generale e di dettaglio.

7.1 Nuove prospettive per il vincolo di scopo dell'amministrazione italiana: le ricadute sul rapporto di lavoro delle dirigenze.

¹²³⁸ Tanto la dottrina amministrativistica quanto quella costituzionalistica hanno confortato, nel tempo, tale impostazione: cfr. *ex aliis*, Berti 1994; Benvenuti 1994; Allegretti, 1996; da ultimo pure Zito 2002.

Si è avuto modo di osservare, nei paragrafi precedenti, come, pure nel nostro ordinamento, la persona sia entrata gradatamente nel circuito della considerazione amministrativa, sia essa un *cives* sia essa un lavoratore, sia essa allocata dentro l'amministrazione, sia essa posta fuori della medesima.

In estrema sintesi, si potrebbe affermare che sia stato attuato un processo di apertura all'interno e verso l'esterno delle amministrazioni medesime finalizzato a cogliere meglio, e quindi soddisfare, i bisogni sociali oltre che ad accrescere il grado di efficacia dell'azione amministrativa medesima.

Bisogni sociali che sempre più, e sempre più spesso, sono espressi dalle aspettative della collettività riguardo l'etica diffusa dei comportamenti delle pubbliche amministrazioni.

Non più, dunque, il fruitore dell'azione pubblica come "suddito" della medesima, intesa come potere del sovrano, bensì centro ispiratore, cardine, degli orientamenti dell'agire pubblico e, progressivamente, pure protagonista del medesimo.

Ciò è tanto vero che pure i recenti progetti di riforma del lavoro pubblico contemplano misure che rilanciano il ruolo della collettività quale controllore e propulsore della buona amministrazione¹²³⁹.

Ragionando, allora, *de iure condendo*, contestualmente al tramonto del paradigma bipolare, sovrano/suddito, appare auspicabile un progressivo affermarsi del paradigma personalistico e cioè del paradigma che pone al centro la persona¹²⁴⁰.

Ciò non un contestuale abbandono, come sopra si osservava, dell'azione pubblica a tutti i costi efficienti a vantaggio della nuova prospettiva della piena soddisfazione dei fruitori dell'azione amministrativa. Dopo la *sbornia efficientista* degli anni novanta¹²⁴¹, potrebbe riprendere quota l'esi-

¹²³⁹ Si veda, ad esempio, l'art. 3 comma 1 del ddl 2031/2008 che dispone come "L'esercizio della delega nella materia di cui al presente articolo è finalizzato a modificare ed integrare la disciplina del sistema di valutazione delle strutture e dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, al fine di assicurare elevati *standard* qualitativi ed economici dell'intero procedimento di produzione del servizio reso all'utenza tramite la valorizzazione del risultato ottenuto dalle singole strutture, a prevedere mezzi di tutela giurisdizionale degli interessati nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici che si discostano dagli *standard* qualitativi ed economici fissati o che violano le norme preposte al loro operato, nonché a prevedere l'obbligo per le amministrazioni, i cui indicatori di efficienza o produttività risultino peggiori rispetto alla media delle amministrazioni omologhe, di fissare ai propri dirigenti l'obiettivo di allineamento alla media entro un termine ragionevole e, infine, a prevedere l'attivazione di canali di comunicazione diretta utilizzabili dai cittadini per la segnalazione di disfunzioni di qualsiasi natura nelle amministrazioni pubbliche" e ancora che nell'esercizio della delega, il Governo si debba attenere, fra gli altri principi e criteri direttivi, pure a quello volto a "i) consentire a ogni interessato di agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni, nonché dei concessionari di servizi pubblici, se dalla violazione di *standard* qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi, dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali derivi la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori[...]".

¹²⁴⁰ Nello stesso senso Pioggia 2002.

¹²⁴¹ Arena 2001, par. 2, provocatoriamente, afferma che "l'importante è avere sempre presente la ragione profonda per cui esistono gli apparati pubblici e non cadere nella trappola dell'autoreferenzialità, quella che fa sì che politici e funzionari siano ossessionati dal perseguimento dell'efficienza, efficacia e dell'economicità come se questi fossero gli obiettivi della loro azione, anziché, più semplicemente, modalità operative che, se ed in quanto realizzate, consentono di rendere un miglior servizio ai cittadini. Potrà sembrare strano, in questa epoca ossessionata dall'efficienza, eppure va detto che l'efficienza amministrativa, in sé, non è un valore: il valore è la persona umana e la sua dignità".

genza di rilanciare modelli di equità e trasparenza improntati alla moralizzazione delle azioni dentro e fuori l'amministrazione; si intende in questa sede sostenere, appunto, che la persona, ed il proprio modo di agire, debbano conquistare un ruolo centrale nel sistema.

Del resto, le più recenti letture interpretative dei filosofi morali (Sen Amartya K. 1986), ma pure della dottrina amministrativistica¹²⁴², hanno avuto modo di porre in evidenza che non sempre l'efficienza fine a se stessa è sinonimo di benessere sociale.

Da qui il rilancio del ricorso agli strumenti del diritto privato, ma con un nuovo *animus*: quello cioè volto a prospettare l'importanza del consenso degli interlocutori, dentro e fuori dell'amministrazione nonché il progressivo coinvolgimento della persona anche nell'esercizio dell'azione *stricto sensu* amministrativa.

Dall'interesse pubblico tradizionale, generale e astratto, sarebbe opportuno iniziare a contemplare un interesse che si situi nei cittadini, che potrebbe essere definito condiviso¹²⁴³.

Già negli anni 70 la dottrina poneva in evidenza il fatto che la persona umana deve essere vista come un "dato" da rispettare (da difendere) ma anche come un compito da realizzare (positivamente), rispetto al quale le organizzazioni sociali "ove si svolge la sua personalità" sono serventi e sono "riconosciute e garantite a livello costituzionale non come tali, ma nella misura in cui consentano e favoriscano il libero sviluppo della persona" (Barbera A. 1975, p. 109).

Si pensi agli strumenti di partecipazione prospettati dalla legge sul procedimento amministrativo (la numero 241 del 1990), alla normativa sull'*e.gouvernement*¹²⁴⁴ ed al paradigma dell'amministrazione condivisa espresso dall'art. 118 della Costituzione¹²⁴⁵, cioè di un'amministrazione fortemente intrisa di uno spirito democratico – partecipativo; ma si pensi pure al dibattito, recentemente rilanciato, in tema di comportamenti etici delle p.a verso la collettività degli utenti¹²⁴⁶.

La dirigenza pubblica italiana si colloca in questo contesto di ritrovato interesse per la qualità dei comportamenti e, quindi, della centralità della persona.

Un esempio può, allora, essere utile a disvelare le ragioni di questa attenzione per l'evoluzione del sistema, proprio perché foriere di profondi mutamenti nella disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale.

¹²⁴² È stato pure osservato che "Se l'amministrazione è efficiente nel creare condizioni per il pieno sviluppo della capacità di ciascun essere umano, allora quell'efficienza ha un senso, altrimenti è inutile o addirittura dannosa: la storia del secolo appena terminato ci insegna che l'efficienza burocratica può anche essere messa al servizio dello sterminio, anziché la promozione, dell'uomo", Arena 2001.

¹²⁴³ Osserva la dottrina che è più fruttuosa scientificamente, oltre che eticamente corretta, una prospettiva che nello studiare l'amministrazione si ponga dalla parte dei cittadini, cioè di coloro che costituiscono la giustificazione dell'esistenza stessa dell'amministrazione, piuttosto che non dalla parte dell'amministrazione. Così Arena 2005a.

¹²⁴⁴ La medesima lettura di apertura all'utenza può, infatti, essere prospettata riguardo la legge 150/2000 sulla comunicazione pubblica. Essa, rubricata come "disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni", si occupa, infatti, di schiudere spazi di conoscenza rispetto alle attività amministrative in modo da coinvolgere gli amministrati nell'amministrazione.

¹²⁴⁵ Sui cui Arena 2004a, p. 88; Id 2005a; Id 2005b; Id 2006.

¹²⁴⁶ Cfr. Mattarella 2007b.

Si rammenti, infatti, la novella attuata dalla legge n. 145 del 2001 (meglio nota come legge Frattini), che, per l'appunto, in un momento storico/istituzionale di grande interesse per l'efficienza amministrativa *sic et simpliciter*, provvedeva ad espungere dalle causali della responsabilità dirigenziale (di cui all'art. 21 del d.lgs 165/2001) l'esame puntuale delle prestazioni dirigenziali (il *modus agendi* del dirigente), lasciando che l'addebito di tale peculiare tipo di responsabilità fosse misurato quasi esclusivamente sul raggiungimento degli obiettivi assegnati alla dirigenza medesima. Ciò determinava, almeno per la dirigenza statale, cui questa disciplina era prioritariamente destinata, un disinteresse per la qualità complessiva dell'azione dirigenziale¹²⁴⁷ ed una ossessiva attenzione per il perseguimento dei vari obiettivi.

Recuperare il ruolo della persona nelle amministrazioni potrebbe, allora, comportare il riemergere dell'importanza di una valutazione che tenga conto non solo del raggiungimento dell'obiettivo, ma pure del modo in cui l'obiettivo è stato raggiunto e, più in generale, del *quomodo* il dirigente abbia condotto la propria attività gestionale; ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Anche a tal proposito il disegno di legge sopra menzionato pare contenere preziosi input per reindirizzare il sistema in questo senso¹²⁴⁸.

Lo scopo dell'azione amministrativa, il fine pubblico, quello generale e astratto secondo la tradizione giusamministrativistica, può allora fuoriuscire dagli angusti confini del paradigma efficientista (sia nell'accezione pan amministrativistica sia nell'accezione pan privatistica) tipico dell'ultimo ventennio, come pure del paradigma bipolare e, quindi, abbracciare ambiti diversi in cui trovano posto la persona umana e la propria dignità, e ciò tanto dentro quanto fuori delle amministrazioni medesime.

Pure nelle amministrazioni è possibile, allora, contemplare valori "altri" da quelli che tradizionalmente hanno accompagnato l'*agere* pubblico, la persona diventa un valore in tale accezione talché si insinua nei principi costituzionali divenendo poi regola per l'agire pubblico.

In questo modo diventa rilevante pure il benessere dei destinatari dell'azione pubblica medesima misurabile in termini di *customer satisfaction*.

Non sarebbe più sufficiente, allora, il tradizionale accostamento fra fine pubblico (generale e astratto) e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, ove quest'ultimo è il precipitato

¹²⁴⁷ Né vale l'obiezione che la contestuale sopravvivenza fra le causali della responsabilità dirigenziale della inosservanza delle direttive – che prevede persino una anticipazione della soglia di addebito in quanto non è più necessario che si tratti di "grave inosservanza" – possa costituire un valido strumento per sostenere che l'analisi del comportamento dirigenziale, complessivamente considerato, abbia mantenuto il proprio *appeal* per il legislatore. Un conto è, infatti, il comportamento di inosservanza di una direttiva e cioè un fatto lesivo che, mutuando gli studi di diritto penale, si potrebbe qualificare tra quelli *qui uno actu perficiuntur* (delitti cosiddetti unisussistenti), altro conto la visione di insieme, su base annua, di ogni singolo comportamento manageriale del dirigente medesimo, che esprime, invece, la frazionabilità nel tempo della condotta lesiva.

¹²⁴⁸ Cfr. art 3 comma 2 lett. e) del ddl n. 2031, che, fra i principi e criteri direttivi che dovranno guidare l'azione normativa del Governo, individua pure quello volto a "riordinare gli organismi che svolgono funzioni di controllo e valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche secondo i seguenti criteri: 1) estensione della valutazione a tutto il personale dipendente; 2) *estensione della valutazione anche ai comportamenti organizzativi dei dirigenti; [...]*" (corsivo dell'autore). L'espresso riferimento ai comportamenti micro organizzativi del dirigente, potrebbe essere letto come un ritrovato interesse per la qualità delle prestazioni dirigenziali, a prescindere dall'obiettivo assegnato.

del primo, occorrendo, piuttosto, riempire di contenuti concreti questa accezione, in modo da misurare, orientare il fine pubblico sulle persone, sui cittadini¹²⁴⁹.

A fronte di tali considerazioni, sembra opportuno, allora, domandarsi come le dirigenze pubbliche debbano interpretare la propria doppia funzione (datoriale e di lavoratori subordinati). Se cioè l'apertura alla persona influenzi il complesso di regole che disciplinano ora l'aspetto datoriale ora quello di lavoratore subordinato.

7.2 La responsabilità sociale delle amministrazioni ed i riflessi sull'organizzazione.

L'ampliamento di prospettiva che si spinge sino a coinvolgere pure il contesto esterno, accomuna l'evoluzione degli apparati amministrativi con la parallela trasformazione che da tempo riguarda le aziende private. Pure per queste ultime, infatti, pare tramontata l'idea tayloristica della organizzazione proiettata al mero raggiungimento della efficienza ed al contempo pare affermarsi il bisogno di temperare il profitto con le istanze sociali¹²⁵⁰.

Persino per le imprese private, che non sarebbero obbligate in tal senso, il profitto non appare più l'unico obiettivo della propria organizzazione.

In effetti, pure nell'ambito degli studi sulle trasformazioni del rapporto di lavoro privato, e anche - ma con meno enfasi rispetto a studi pregressi - sulla trasformazione della funzione del management e del rapporto di lavoro del dirigente privato - sempre di più, e direi correttamente, un importante filone di ricerca (Rullani 2001, De Luca Tamajo 2003, Jeammaud 2001, Morin 2005.) si concentra sulle trasformazioni della impresa (sia rispetto alla struttura organizzativa sia rispetto alla relativa funzione).

Le organizzazioni possiedono, infatti, un compito istituzionale (quello previsto nel proprio statuto) ed un compito sociale, assai meno preciso, osserva qualche autore (Viviani 2006, p. 247), riassumibile nel concetto che l'organizzazione, per conseguire i propri obiettivi, deve necessariamente muoversi nella società e i propri movimenti producono effetti sensibili.

La responsabilità sociale dell'impresa (RSI) esprime proprio la presa di coscienza che ogni azione dell'organizzazione imprenditoriale debba essere misurata sul complesso degli effetti che essa produce. Il "fuori" dell'impresa diviene, in buona sostanza, rilevante. Questo significa che ogniqualvolta entrano nel circuito delle scelte imprenditoriali le ponderazioni misurate sugli *stakeholder*, si assiste all'allargamento (all'uscita dal *black box*) dell'impresa ed all'accettazione della sfida cooperativa¹²⁵¹.

Agli occhi dello studioso si dispiega uno scenario in cui diviene sempre più evidente l'osmosi fra impresa e mercato, di modo che le due categorie si intersecano e si compenetrano¹²⁵².

¹²⁴⁹ Così pure Caruso 2008b.

¹²⁵⁰ Rullani 2001; Braverman 1978.

¹²⁵¹ Mutuo l'espressione di Del Punta 2006, p. 56-57.

¹²⁵² Di recente, qualcuno ha osservato che "si sviluppano relazioni prima impensabili: la massaia che si allea col progettista e con l'operaio per migliorare il frullatore e renderlo più adatto agli scopi di chi lo dovrà impiegare. Il ciclista che insegna alla fabbrica come deve essere costruita la pompa che gonfierà le gomme. Non sappiamo bene se la massaia e il ciclista sono dentro o fuori. Certo è che la *black box* non c'è più", Viviani, 2006, p. 48.

Pur non volendoci addentrare nel dibattito¹²⁵³ sviluppatosi intorno alla RSI¹²⁵⁴, è, tuttavia, opportuno in questa sede osservare, almeno come prospettiva di indagine, che essa esprime l'istanza, per lo più evidenziata nel mondo anglosassone, "di correzione spontanea dei modelli di azione manageriale ivi imperanti, condensabili nell'imperativo della massimizzazione del valore dell'impresa per gli azionisti" (Del Punta 2006, p. 46).

Si tratterebbe, giusta la lettura della dottrina di "un modello di *governance* allargata dell'impresa, in base al quale chi governa l'impresa ha responsabilità che si estendono dall'osservanza dei doveri fiduciari nei riguardi della proprietà ad analoghi doveri fiduciari nei riguardi in generale di tutti gli *stakeholder*".¹²⁵⁵

È, allora, opportuno in primo luogo osservare che per le imprese private, abbracciare la causa della RSI, equivale innanzitutto all'adozione di strumenti e misure che siano in grado di vagliare il consenso degli *stakeholder*. Sul piano organizzativo questo comporta, ad esempio, l'adozione di un bilancio sociale, o, comunque, di strumenti di *accountability*, oltre che di un codice etico.

Tanto per le imprese quanto per le pubbliche amministrazioni è possibile, allora, sostenere come si sia progressivamente affermata un'attenzione per l'etica comportamentale¹²⁵⁶.

Osservando, in particolare, le amministrazioni pubbliche, è possibile affermare che gli strumenti di monitoraggio e valutazione delle prestazioni dirigenziali - e per questo tramite di tutti i lavoratori sottoposti alla gestione dei medesimi - altro non sono che dispositivi di *accountability* e gli stessi codici etici¹²⁵⁷, ormai allegati a tutti i contratti di ciascun comparto, sono facilmente assimilabili al codice etico delle imprese che si muovono nello spazio della RSI.

Del resto, l'esperienza non è nuova almeno nell'ambito degli enti per così dire para amministrativi¹²⁵⁸.

Si pensi al caso delle società partecipate ed alla legislazione¹²⁵⁹, alle medesime diretta, relativa all'introduzione di una tipologia di responsabilità amministrativa per i reati commessi nell'interesse delle medesime da parte dei dirigenti e dei dipendenti. Legislazione che prevede, come

¹²⁵³ Su cui v. Del Punta 2006; Tursi 2006; Gallino 2005, Napoli 2005, Ferraresi 2004.

¹²⁵⁴ Cosa si debba intendere nel contesto sovranazionale per responsabilità sociale dell'impresa (ovvero, secondo l'acronimo inglese, Corporate Social Responsibility, CSR) parrebbe chiarito dal libro verde cui ha poi fatto seguito la Comunicazione della Commissione Com (2002) 347 def. Del 2 luglio 2002, che ha imposto alla comunità europea il tema in questione stabilendo che "Il concetto di responsabilità sociale delle imprese significa essenzialmente che esse decidono di propria iniziativa di contribuire a migliorare la società e rendere più pulito l'ambiente. Nel momento in cui l'Unione europea si sforza di identificare valori comuni adottando una Carta dei diritti fondamentali, un numero sempre maggiore di imprese riconosce in modo sempre più chiaro la propria responsabilità e la considera come una delle componenti della propria identità. Tale responsabilità si esprime nei confronti dei dipendenti e, più in generale, di tutte le parti interessate all'attività dell'impresa ma che possono a loro volta influire sulla sua riuscita» (Libro Verde 5 1.8). In tema di RSI si vedano gli scritti di Sacconi 2005; Del Punta, 2006.

¹²⁵⁵ Sacconi 2004, p. 112; sul tema vedi pure Del Punta 2006 p. 55; Viviani 2006, p. 18.

¹²⁵⁶ La dottrina ricollega questo bisogno di rilancio dell'etica pubblica pure a fattori sociali, e cioè al fatto che hanno avuto accesso agli uffici pubblici anche persone non educate ai temi dell'etica per cui si è reso opportuno tradurre in norme ciò che normalmente è dettato dalla coscienza, dalla formazione e dalla cultura di ciascuno. Cassese 2003, p. 1097.

¹²⁵⁷ Sui codici etici v. ampiamente Carloni 2002.

¹²⁵⁸ È possibile far rientrare nell'ambito degli enti monitorati, L'Alitalia s.p.a.; Anasa s.p.a.; Arcus s.p.a.; Cassa depositi e prestiti s.p.a.; Coni Servizi s.p.a.; Consap s.p.a.; Consip s.p.a.; Enav S.p.a.; Enel S.p.a.; Eni S.p.a.; Eur S.p.a.; Ferrovie dello Stato s.p.a.; Finmeccanica s.p.a.; Fintecnica s.p.a.; Gse S.p.a.; Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato s.p.a.; Italia Lavoro s.p.a.; Poste Italiane s.p.a.; Rai s.p.a.; Sace s.p.a.; Sogin s.p.a.; Sviluppo Italia s.p.a.; sul punto v. Cimino 2008.

¹²⁵⁹ Il riferimento è al d.lgs 8 giugno 2001 n. 231; su cui cfr. *ex aliis* Guerini 2005; De Maglie 2002; Alessandri 2002.

nucleo centrale del modello, l'elaborazione di codici etici il cui rispetto sia assicurato da adeguate sanzioni disciplinari, ma pure dalla vigilanza di un apposito organismo di controllo.

Il vantaggio del ricorso a tali tipologie di strumenti risiede nell'anticipare la soglia delle possibili reazioni ordinamentali alle eventuali disfunzioni gestionali degenerate pure in illecito.

Gli ordinari strumenti di controllo penali e contabili operano dopo la commissione dell'eventuale illecito ed hanno un carattere repressivo, viceversa, l'adozione di codici etici sviluppa un orientamento alla prevenzione.

Ciò significa che è anticipata la soglia dell'intervento dissuasivo in modo tale da agire direttamente sui processi che possono condurre al compimento di azioni illecite.

È opportuno, a questo punto, considerare il ruolo della dirigenza nell'ambito di questo rinnovato quadro sistemico, in cui l'efficienza della gestione si intreccia con l'etica comportamentale dei dipendenti pubblici e la collettività, laddove la P.A. entri in diretto contatto con la medesima, diventa il soggetto in grado di esigere una buona amministrazione ed al contempo di realizzarla.

8. Verso una responsabilità sociale delle dirigenze?

Le amministrazioni pubbliche che abbandonano il paradigma bipolare a vantaggio di quello personalistico, si trovano a doversi confrontare con un nuovo modello di *governance* in cui chi gestisce, cioè i dirigenti, ha responsabilità che si estendono dall'osservanza dei doveri fiduciari, innervati negli incarichi di funzione dirigenziale, ad analoghi doveri fiduciari nei confronti di tutti i cittadini, e delle persone in generale. Diventano rilevanti, in tale nuovo contesto, gli interlocutori dell'amministrazione, i sudditi.

I cittadini/ *stakeholder* nella misura in cui hanno l'opportunità di parlare, esprimersi, consentire, negare, negoziare o convenire, quando insomma abbiano l'opportunità di *voice*, appaiono reali, assumono consistenza divengono portatori di una posizione giuridica soggettiva concreta che va molto al di là del mero interesse diffuso riconosciuto in passato dalla dottrina amministrativistica¹²⁶⁰.

Quando, poi, ci si interroghi su come possa essere appagata l'aspettativa dei cittadini/*stakeholder*, è del tutto naturale osservare come questa non si possa ritenere soddisfatta solo a fronte dell'erogazione di un servizio efficiente ma come, viceversa, occorra pure che a quest'ultimo sia accostato un complesso di attività virtuose in grado non solo, se guardate da una prospettiva di sviluppo fisiologico, di apparire *friendly* verso l'utenza, ma anche, se guardate viceversa dalla opposta prospettiva dello sviluppo patologico, di non comportare nocimento né per la collettività né per la medesima amministrazione.

Allo stesso modo in cui l'impresa privata che, secondo la dottrina prevalente (Pace 1993; Irti 1998), non può essere condizionata da qualsivoglia funzione e, tuttavia, sempre più soggiace ai principi della responsabilità sociale; così la gestione privatistica dei dirigenti pubblici, che non è di per se funzionalizzata al raggiungimento del vincolo di scopo, o almeno non dovrebbe esserlo nei singoli atti che la esprimono, finisce per dovere contemplare fra le proprie finalità privatistiche

¹²⁶⁰ Sebbene il ddl 2031/2008, prima citato, sembri riconoscere innanzi tutto una posizione giuridica soggettiva di interesse, tanto da riconoscere poi la competenza del giudice amministrativo.

obbligazioni “altre” rispetto a quelle che naturalmente scaturiscono dal contratto di lavoro o da quello di incarico. Ciò perché si tratta di doveri comportamentali verso soggetti diversi dalla propria controparte contrattuale del rapporto di lavoro.

Eppure il dovere di mettere in campo una gestione *friendly* diverrebbe, così ragionando, un’obbligazione esigibile dal datore di lavoro pubblico poiché al pari della gestione efficiente soddisferebbe il fine pubblico cui guarda, secondo la nozione sintetica di funzionalizzazione (D’Antona 1997 oggi 2000, p. 171), anche l’azione dirigenziale.

La fonte di tali doveri affonda, infatti, le proprie radici nel vincolo di scopo posto a valle della gestione dirigenziale; tale vincolo ne orienta complessivamente i comportamenti pur non conformandoli singolarmente; limitandosi cioè a finalizzarli ma non a funzionalizzarli.

Ed allora ecco l’azione dirigenziale spingersi oltre il mero raggiungimento dell’obiettivo assegnato, fino a contemplare la persona ed i propri valori, ivi compresi l’aspettativa di apertura dell’azione amministrativa ai privati ed il relativo coinvolgimento, come pure l’etica comportamentale intesa nei termini di una moralizzazione diffusa. La gestione dirigenziale apparirà, pertanto, “finalizzata” complessivamente anche al benessere delle persone¹²⁶¹.

Solo per fare un esempio, al limite della banalizzazione, il dirigente sanitario non sarà adempiente solo riducendo i rischi di mortalità dei propri pazienti ma anche quando abbia eseguito la propria prestazione in maniera etica¹²⁶² e nel rispetto del benessere psicologico del paziente.

L’attesa della collettività di un comportamento dirigenziale “buono”, nelle molte accezioni sopra esplicate, all’interno e verso l’esterno delle amministrazioni, entra nell’obbligazione manageriale del dirigente conformandola e divenendo una delle prestazioni esigibili da parte dell’imprenditore pubblico (il datore di lavoro del dirigente) e verificabile attraverso gli ordinari sistemi di valutazione.

Del resto, pare che pure il legislatore della riforma *in itinere* abbia preso coscienza di siffatta nuova prospettiva sistemica, laddove ha previsto la *class action*, il rilancio delle carte dei servizi e forme di responsabilità latamente sociali in capo ai dirigenti pubblici.

Bibliografia.

Alaimo A. (2008), *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati*, Torino, Giappichelli.

Alessandri A. (2002) (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli Enti: d.lgs 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, Giuffrè.

Allegretti U. (1996), *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam.

Albanese A. (2002), *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, DP, pp. 51 ss.

Ales E. (2007), *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet.

¹²⁶¹ Evocando, in buona sostanza, l’idea senniana delle *capabilities* che pone al centro del nuovo welfare le persone con la propria identità, le biografie, le esigenze di “essere-bene” e non invece, come ancora avviene, le prestazioni di servizi, le quali devono conservare il valore dello strumento e non del fine degli interventi di welfare, così Bruni, Zamagni 2004, p. 237.

¹²⁶² Trattando in egual modo tutti i clienti/pazienti e non riservando privilegi ad alcuno, come, solo per fare un esempio, accade rispetto al tipico malcostume delle liste di attesa disattese a fronte di rapporti amicali.

- Arendt H. (1988), *Vita activa, la condizione umana*, Gruppo editoriale Fabbri, Bompiani, Sonzogno, Milano, Etas s.p.a.
- Arena G. (2001), *L'amministrazione della parte dei cittadini*, in <http://webmagazine.urp.it/>
- Arena G. (2002), *La regola d'oro della comunicazione*, in <http://webmagazine.urp.it/>.
- Arena G. (2004a), *Sussidiarietà e solidarietà*, Diritto Romano Attuale, n. 12, p. 85 ss.
- Arena G. (2004b), *Un nuovo modo di amministrare. Dal modello bipolare al modello dell'amministrazione condivisa*, Relazione introduttiva alla "Convenzione nazionale della sussidiarietà", Roma 13 marzo 2004, Centro Congressi Frentani, in <http://webmagazine.urp.it/>.
- Arena G. (2005a), *L'Amministrazione condivisa*, Quaderni di rassegna sindacale, 325 ss.
- Arena G. (2005b), *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della costituzione*, in Studi in onore di Giorgio Berti, Napoli, Jovene, p. 177.
- Arena G. (2006), *Cittadini attivi*, Roma Bari, Editori Laterza.
- Barbera A. (1975), *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali*, Bologna Roma.
- Battini S. (2002), *Il personale*, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè.
- Braverman H. (1978), *Lavoro e capitale monopolistico*, Torino, Einaudi.
- Benvenuti F. (1987), *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, Cedam.
- Benvenuti F. (1994), *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Ed. Marsilio.
- Berti G. (1994), *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova, Cedam.
- Bobbio N. (1977), *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di comunità.
- Boscato A. (2006), *Il dirigente dello Stato, contratto di lavoro e organizzazione*, Milano, Giuffrè.
- Bruni L., Zamagni S., (2004), *Economia civile, efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, Il Mulino.
- Cafaggi F. (2001), *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, *Politica del diritto*, n. 4, p. 543 ss.
- Cammelli M. (2004), *La pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino.
- Capano G., Gualmini E. (2006), *La pubblica amministrazione in Italia*, Bologna, Il Mulino.
- Carinci F. (2003), *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, ADL, 2003, pp. 17 ss.
- Carinci F. (2004a), *Il lento tramonto del modello unico ministeriale dalla "dirigenza" alle "dirigenze"*, LPA, p. 833 ss.
- Carinci F. (2004b), *Una riforma conclusa. Fra norma scritta e prassi applicativa*, LPA, 2004, p. 329.
- Carinci F. (2006), *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, ADL, p. 1496 ss.

- Carinci F., Mainardi S. (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2005.
- Carloni E. (2002), *Ruolo e natura dei codici etici*, DP, pp 319-360.
- Caruso B. (2007), *Occupabilità, formazione e capability, nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, DLRI, p. 1-134.
- Caruso B. (2008a), *La regolazione a "doccia scozzese" del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, in LPA, p. 221.
- Caruso B. (2008b), *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona".IT – 79/2008 ma anche in LPA, n. 3-4, p. 465.
- Caruso B. (2008c), *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, di prossima pubblicazione.
- Caruso B., Militello M. (2009), *L'uso giurisprudenziale della Carta di Nizza tra il 2000 e il 2008 (una ricerca sulle motivazioni dei giudici)*, in corso di pubblicazione, su RIDL, I.
- Cassese S. (1989), *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Scientifica Einaudi.
- Cassese S. (1994), *Le amministrazioni pubbliche in Europa per uno studio storico – comparato del diritto amministrativo*, in Scritti in onore di Pietro Virga, T. I, Milano, Giuffrè, 1994.
- Cassese S. (2000), in Predieri A., Morisi M., (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, Giappichelli.
- Cassese S. (2001a), *L'età delle riforme amministrative*, RTDpub., p. 79ss.
- Cassese S. (2001b), *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in RTDpub., 601-650.
- Cassese S. (2003), *L'etica pubblica*, in GDA, p. 1097
- Cassese S. (2007), *L'ideale di una buona amministrazione. Il principio del merito e la stabilità degli impiegati*, in Amministrare, XXXVII, n. 3, p. 471.
- Celotto A. (2003), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana: verso il trattato "costituzionale" europeo*, Eur. Dir. Priv., p. 33.
- Cervati A. A. 2005, *A proposito di metodi valutativi nello studio del diritto costituzionale*, DP, 2005, pp. 707 ss.
- Cimino B. (2008), *I codici etici delle società pubbliche*, in GDA, n. 2, p. 215 ss.
- Corpaci A. (2001), *Revisione del titolo V della parte seconda della costituzione e sistema amministrativo*, RE, 1305 ss.
- Corsale M. (1983), *Pluralismo giuridico*, Enc. Del diritto. Vol XXXIII, Giuffrè.
- Crisafulli V. (1952), *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè.
- D'Alessio G. (2005), *Convergenze e divergenze nell'evoluzione dei sistemi amministrativi europei*, in Maria De Benedetto (a cura di), *Istituzioni, Politica e amministrazione, otto paesi europei a confronto*, Torino, Giappichelli, p. 175.

- D'Antona M. (1996 oggi 2000), *Stato "diverso", riforma amministrativa e sindacato*, in Caruso e Sciarra (a cura di), *Opere*, vol. IV, Milano, Giuffrè, p. 113 ss.
- D'Antona M. (1997a oggi 2000), *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in ADL n. 4, 35-73, oggi in Caruso e Sciarra (a cura di), *Opere*, vol. IV, Milano, Giuffrè, p. 129 ss.
- D'Antona M. (1997b oggi 2000), *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in Caruso e Sciarra (a cura di), *Opere*, vol. IV, Milano, Giuffrè, p. 175 ss.
- D'Antona M. (1997c oggi 2000), *Il ruolo della dirigenza nei processi di riforma*, in Caruso e Sciarra (a cura di), *Opere*, vol. IV, Milano, Giuffrè, p. 205 ss.
- D'Antona M. (1997d oggi 2000), *Soggetti e struttura della contrattazione collettiva*, in Caruso e Sciarra (a cura di), *Opere*, vol. IV, Milano, Giuffrè, p. 213 ss.
- D'Antona M. (1998a oggi 2000), *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, in Caruso e Sciarra (a cura di), *Opere*, vol. IV, Milano, Giuffrè, p. 221 ss.
- D'Antona M. (1998b oggi 2000), *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in Caruso e Sciarra (a cura di), *Opere*, vol. IV, Milano, Giuffrè, p. 233 ss.
- D'Antona M. (1998c oggi 2000), *Il rinnovo dei contratti collettivi delle pubbliche amministrazioni 1998-2001. Verso l'Europa a più velocità?*, in Caruso e Sciarra (a cura di), *Opere*, vol. IV, Milano, Giuffrè, p. 261 ss.
- D'Antona M. (1999a oggi 2000), *Contratti nuovi e contraenti vecchi. Riflessioni dopo il rinnovo dei contratti collettivi pubblici*, in Caruso e Sciarra (a cura di), *Opere*, vol. IV, Milano, Giuffrè, p. 271 ss.
- D'Antona M. (1998b oggi 2000), *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego (osservazioni sui d.lgs n. 396 del 1997, n. 80 del 1998 e 387 del 1998)*, in Caruso e Sciarra (a cura di), *Opere*, vol. IV, Milano, Giuffrè, p. 277 ss.
- D'Atena A. (1997), *In tema di principi e valori costituzionali*, Giur. Cost., p. 3065.
- D'Auria G. (2005), *Variazioni sul lavoro pubblico, organizzazione amministrativa e titolo V (parte seconda) della Costituzione*, LPA, p. 3 ss.
- Del Punta R. (2006), *Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro*, in LD, 41 ss.
- De Luca Tamajo R. (2003), *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, RIDL, I, p. 167 ss.
- De Maglie C. (2002), *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, Giuffrè.
- De Siervo U. (2001), *L'ambigua redazione della carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in Dir. Pubbl, p. 33.
- Di Majo F. M. (2001), *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: aspetti giuridici e politici*, Europa e diritto privato, n.1, p. 41 ss.
- Duret P. (2004), *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam.

- Dworkin R. (1982), *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino.
- Esposito C. (1954), *Riforma della amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La costituzione italiana, Saggi*, Padova, Cedam.
- Ferraresi M., *Responsabilità sociale delle imprese: il ruolo del diritto del lavoro*, DRI, p. 391.
- Gallino L. (2005), *L'impresa irresponsabile*, Torino, Einaudi.
- Gardini G. (2003), *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè.
- Giupponi T. (2002), *Regioni versus enti locali: un (mai sopito) conflitto riaperto dalla riforma del titolo V della Costituzione*, Quaderni Costituzionali, pp. 94 - 95.
- Gualmini E. (2001), *Le riforme amministrative in prospettiva comparata*, *Amministrare*, n. 1, p. 5 ss.
- Gualmini E. (2003), *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Editori Laterza.
- Guerrini R. (2006), *La responsabilità da reato degli enti, sanzioni e loro natura*, Quaderni di studi senesi, Milano, Giuffrè.
- Jeammaud A. (2001), *La mondialisation, épreuve pour le droit du travail*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Il Mulino.
- Jorio E., Jorio F., *Il direttore generale delle aziende della salute*, *Rass. Dir. Farm.*, p. 427.
- Haberle Peter (2000), *Stato costituzionale*, Enc. Giuridica, vol XXX, Roma istit. Encicl. Ital. II.
- Hirschman A. O. (1970), *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Hood C. (1991), *A public management for all Seasons?*, in *Public Administration*, n. 69, p. 3 ss.
- Ichino P. (2006), *I nullafacenti, Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra amministrazione pubblica*, Milano, Mondadori.
- Irti N. (1988), *L'ordine giuridico del mercato*, Roma - Bari, Laterza.
- Lanotte M. (2003), *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Torino, Giappichelli.
- Leotta F. (2007), *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti, dalla crisi della sovranità statale all'affermarsi della sussidiarietà*, Milano, Giuffrè.
- Marazza M. (2005), *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, in Calgano F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXXVIII, Padova, Cedam.
- Mattarella B. G. (2007a), *Il diritto dell'onestà, etica pubblica e pubblici funzionari*, in *Il Mulino*, pp. 35 ss.
- Mattarella B. G. (2007b), *Le regole dell'onestà*, Bologna, Il Mulino.
- Merloni F. (1999), *Commento sub. Art. 3*, in Corpaci, Rusciano, Zoppoli (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle pubbliche amministrazioni*, NLCC, p. 1084 ss.

- Merloni F. (2006), *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, Il Mulino.
- Merloni F. (2007), *Distinzione tra politica e amministrazione e spoils system*, in Merloni F., Pioggia A., Segatori R., (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè.
- Merloni F., Pioggia A., Segatori R., (2007) (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè.
- Morin M. L. (2005), *Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises*, Rev. Int. Trav., 144; 1, pp. 5-30.
- Napoli M. (2005), in Napoli M. (a cura di) *La responsabilità sociale delle imprese*, Milano: Vita e pensiero.
- Natalini A. (2006), *Il tempo delle riforme amministrative*, Bologna, Il Mulino.
- Nicosia G. (2007), *Le opinioni della Corte Costituzionale su spoils system fiducia e imparzialità negli incarichi di funzione dirigenziale: il "caso Speciale" è davvero speciale?*, LPA, p. 497 ss.
- Nicosia G. (2004), *L'alta dirigenza locale: il rapporto di lavoro del segretario comunale e provinciale*, In Carinci F., Zoppoli L., Commentario (diretto da), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Utet.
- Nicosia G. (2003), *La dirigenza statale tra fiducia, buona fede ed interessi pubblici*, DLRI, p. 253-302.
- Orsi Battaglini A. (1988), *Attività vincolata e situazioni soggettive*, RTDPC, p. 3 ss.
- Orsi Battaglini A. (1990a), *Diritto amministrativo*, DLRI, pp 39 ss.
- Orsi Battaglini A. (1990b), *L'astratta ed infeconda idea; disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *La necessaria discontinuità*, Bologna, Il Mulino.
- Orsi Battaglini A. (1993), *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di lavoro d'impiego con enti pubblici*, DLRI, p. 460 ss.
- Orsi Battaglini A., Corpaci A. (1999), *Commento sub art. 4 in NLCC*, p.1096 ss.
- Pace A. (1993), *Libertà "del" mercato e libertà "nel" mercato*, in *Politica del diritto*, n. 2, pp. 327ss.
- Perfetti L. (1993), *Interpretazione costituzionale e costituzionalità dei valori nell'interpretazione*, Jus, I, p. 40.
- Pinelli C. (2001), *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale*, FI, V, pp. 194 ss.
- Pioggia A. (2008), *Direzione e dirigenza nelle aziende sanitarie. Una analisi della distribuzione del potere decisionale alla luce degli atti aziendali*, in *Sanità pubbl. priv.*, p. 5.
- Pioggia A. (2002), *Le persone come risorsa strategica nell'amministrazione dello sviluppo sostenibile*, Riv. It. Dir. Pubbl. com, p. 1055 ss.
- Pizzetti F. (2001a), *Il cambiamento costituzionale in Italia tra governance e governabilità democratica dei sistemi complessi*, Studi parlamentari e di politica costituzionale, n. 134, p. 7 ss.

- Pizzetti F. (2001b), *Dalle riforme della Costituzione ad un sistema costituzionale condiviso. La difficile sfida italiana*, Ist. Fed., p. 599 ss.
- Pizzetti F. (2003), *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, Le Regioni, p. 599 ss.
- Predieri A., Morisi M. (2000), (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, Giappichelli.
- Rescigno G. U. (2002), *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, DP, n.1, pp. 5 ss.
- Romano Tassone A. (1995), *Il problema della dirigenza locale*, in Giur. Amm. Sic., n. 4, pp. 881.
- Romboli R. (2001), *Le modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione. Premessa*, FI, V, pp. 185 ss.
- Ruffini R. (2005), *La dirigenza pubblica: teoria e pratica*, in RU, p. 11 ss.
- Rullani E. (2001), *New/Net/knowledge economy: le molte facce del postfordismo*, Economia e politica industriale, p. 5 ss.
- Rusciano M. (2008), *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, DP, p. 59 ss.
- Rusciano M. (1998), *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità del dirigente pubblico*, RTDPC, p. 387 ss.
- Sacconi L. (2004), *Responsabilità sociale come governance allargata d'impresa: una interpretazione basata sulla teoria del contratto sociale e della reputazione*, p. 107- 152, in G. Rusconi e M. Dorigatti (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa*, Milano, Angeli.
- Sacconi L. (2005), in Id (a cura di) *Guida critica alla responsabilità sociale e al governo d'impresa*, Bancaria Editrice.
- Sacerdoti G. (2000), *La carta europea dei diritti fondamentali: dall'Europa degli stati all'Europa dei cittadini*, in Dir. Pubbl. comp. Eur, p. 1398.
- Salerno G. M. (2006), *Commento sub. Art. 54*, Commentario alla Costituzione, Milano, Utet.
- Santi Romano (1930) *Corso di Diritto Amministrativo*, Vol. I, Padova, Cedam.
- Sassi S. (2007), *Il lavoro nelle amministrazioni pubbliche tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*, Milano, Giuffrè.
- Sen Amartya K. (1986), *Scelta, benessere, equità*, Bologna, Il Mulino.
- Sgroi M. (2006), *Dalla contrattualizzazione dell'impiego all'organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, Torino, Giappichelli.
- Sorace D. (2008), *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, Relazione al Convegno della Rivista su La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo, Ascoli Piceno, 14-15 marzo 2008.
- Viviani M. (2006), *Dire fare avere*, Bologna, Il Mulino.

- Talamo V. (2000), *Le funzioni dei dirigenti*, in Carinci D'Antona (diretto da), *Commentario, Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè.
- Trimarchi Banfi F., (2007), *Il diritto ad una buona amministrazione*, in Chiti Mario; Greco Guido (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, p.49 ss.
- Trojsi A. (2008a), *Dirigenza regionale e dirigenza locale: il riparto di potestà normativa*, Le Regioni, p. 336 ss.
- Trojsi A. (2008b), *Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti regionali e locali*, DRI, p. 695 ss.
- Tursi A. (2006), *Responsabilità sociale dell'impresa, etica d'impresa e diritto del lavoro*, LD, p. 65 ss.
- Tullini P. (2000), *La responsabilità del dirigente pubblico (una lettura in chiave giuslavoristica)*, ADL, p. 604.
- Ventura L. (1994), *Commento sub art. 54*, in *Rapporti politici, Commentario della Costituzione*, tomo II, Zanichelli – Soc. editrice del Foro Italiano.
- Viscomi A. (1998), *"Dirigenti", "funzionari responsabili" e "responsabili dei servizi": alcune questioni*, in Santucci R. e Viscomi A. (a cura di), *La dirigenza nelle autonomie locali dopo la riforma: problemi e prospettive*, Soveria Mannelli, Rubbettino.
- Weber M. (1968), *Economia e società*, Milano, Giuffrè, II edizione.
- Zagrebel'sky G. (2002), *Diritto per: valori, principi o regole?*, in QF, p. 865 ss.
- Zagrebel'sky G. (2008), *Valori e diritti. Dietro ai conflitti della politica*, La Repubblica del 22.02.2008.
- Zamagni S. (2005), *La svolta antropologica in economia*, in *La società degli individui*, n. 24, p. 81 ss.
- Zoli C. (1998), *Subordinazione e poteri del datore di lavoro: pubblico e privato a confronto*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, Giuffrè, volume I, p. 673.
- Zoli C. (2005), *La dirigenza pubblica tra autonomie e responsabilità: l'attribuzione degli incarichi*, LPA, p. 263.
- Zoppoli A. (2000), *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, Esi.
- Zoppoli L. (2002), *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i "pezzi" di un difficile puzzle*, LPA, 149 ss.
- Zoppoli L. (2007), *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in questo volume ma pure in WP C. S.D.L.E. "Massimo D'Antona". It – 63-2007, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione.
- Zoppoli L. (2008), *A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale*, LPA, p.1 ss.