1/2003

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

ORONZO MAZZOTTA, Università di Pisa

BRUNO CARUSO, Università di Catania

UMBERTO CARABELLI, Università di Bari

SILVANA SCIARRA, Università di Firenze

STEFANO GIUBBONI, Università di Firenze

LOREDANA ZAPPALÀ, Università di Catania

ALESSANDRO GARILLI, Università di Palermo

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2003 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569356

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

n. 1/2003

SOMMARIO

Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori
Oronzo Mazzotta 1

Riforma del *part-time* e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali
Bruno Caruso 15

Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo
Umberto Carabelli 30

Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro
Silvana Sciarra 124

L'incerta europeizzazione. Diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione in Italia
Stefano Giubboni 146

The Regulation of Temporary work in the light of Flexicurity: between soft law and hard law
Loredana Zappalà 186

Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni
Alessandro Garilli 210

Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*

Oronzo Mazzotta

1. Premessa: "tutto si tiene". 2
2. Il disegno complessivo della delega. 3
3. Nuovo e vecchio: la sorte della legge 1369/60 e la legittimazione dello *staff leasing*. 5
4. Interposizione autorizzata, nuovi tipi contrattuali e "certificazione" dei rapporti. 10
5. Bibliografia. 12

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 4/2003

1. Premessa: "tutto si tiene".

L'approvazione da parte del Parlamento della legge di delegazione n. 30 del 2003 ci induce, ancora una volta, a discutere di riforme giuslavoristiche in una economia in trasformazione, ma soprattutto a fare i conti con l'assetto 'di sistema' del nostro diritto del lavoro che, ad onta della sua ben nota formazione alluvionale, continua a presentarsi meno erratico e scomposto di quanto si vorrebbe far credere. E ciò in particolare nei suoi snodi-cardine: la fattispecie fondamentale della subordinazione, la rigidità del tipo contrattuale, l'inderogabilità della disciplina.

Merito - di certo - da ascriversi ad un paradosso: quello secondo cui la sopravvenuta disciplina speciale ha potuto comunque essere governata dai princìpi del codice civile, sia nella parte propriamente dettata per il rapporto di lavoro sia - ed in misura non secondaria - nella parte generale del diritto delle obbligazioni e dei contratti[1].

Ma merito - soprattutto - di quelle fonti atipiche di formazione del diritto che sono la giurisprudenza (anche costituzionale) e (perché no?) la dottrina che hanno razionalizzato il sistema rendendolo sostanzialmente impermeabile ad operazioni di surrettizio aggiustamento.

Un analogo ruolo non svolge invece la scienza giuridica quando è chiamata, nelle sue singole componenti, ad intervenire nel calor bianco della discussione sulle proposte di riforma legislativa. In tali situazioni tende a divenire opaca, fino a scomparire, l'autonomia del ragionamento, prendendo invece il sopravvento una sorta di opportunismo metodologico cui giustamente Massimo D'Antona addebitava la "perdita di autorità" del punto di vista propriamente *giuridico*[2].

Il discorso peraltro ci porterebbe lontani fino alle origini del dibattito innescato dalla demistificazione del ruolo del giuslavorista operata da Tarello oltre trentacinque anni fa[3], ma il cui messaggio è stato sovente, consapevolmente o inconsapevolmente, frainteso.

In fondo l'idea-forza del filosofo genovese costituiva uno sviluppo della weberiana coppia oppositiva tra *fatto* e *valore*, su cui poggia a sua volta la contrapposizione tipicamente ottocentesca fra oggettività delle scienze esatte (portatrici di asserzioni, per definizione, 'vere') ed opinabilità delle scienze sociali (per definizione prive di oggettività).

Ma se questo è vero occorrerà prima o poi prendere atto che il paradigma positivista - cui si ispira la contrapposizione - è da tempo entrato in crisi, almeno da quando è entrata in crisi l'infallibilità della scienza. Con il corollario che anche il mondo dei valori - cui il diritto va ascritto a pieno titolo - può contenere ragionamenti dotati di intrinseca 'oggettività', intorno ai quali può aprirsi una discussione razionale, pur sempre precaria e rivisitabile al pari di quella che ha corso nell'ambito della scienza con la 's' maiuscola[4].

---

[1] V., se vuoi: MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, ora in ID., *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994, 13 ss.; di recente v. altresì PROIA, *Flessibilità e tutela "nel" contratto di lavoro subordinato*, *DLRI*, 2002, 421.

[2] V. D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, ora in ID., *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. I, 60 ss. Per ulteriori riflessioni (anche se con esiti diversi) v. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, *ADL*, 2000, n. 1, 1 ss. Per una recente critica, forse un po' troppo aspra, ma che esprime un'esigenza reale, fortemente sentita almeno da chi scrive 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*, *q. Riv.*, 2002, I, 451 ss.

[3] Il riferimento è al notissimo *Teorie e ideologie del diritto sindacale italiano*, Ed. Comunità, Milano, 1967.

[4] Secondo gli stilemi del 'realismo pragmatico' che informa il pensiero di HILARY PUTNAM, di cui da ultimo v. *Mente, corpo, mondo*, Il Mulino, Bologna, 2003.

Ne potrebbe derivare un ribaltamento della *vulgata* tarelliana, che conduce, ove oggetto di fraintendimento, ad una sorta di relativismo, se non nichilismo, argomentativo ed in cui possa essere il ragionamento giuridico a condizionare il dibattito propriamente politico e non il contrario.

Tornando al nostro tema, la premessa ovviamente non intende rappresentare il diritto del lavoro come un irenistico ed utopico regno dell'armonia, ma vuole soltanto segnalare che, al suo interno, per le ragioni esposte, in qualche modo 'tutto si tiene'.

Quanto detto vale in particolare per il territorio relativo alle variegate forme di acquisizione all'impresa dei rapporti di lavoro, che potranno essere lecitamente realizzate quando giungerà a compimento il disegno che ruota intorno all'abrogazione della storica legge n. 1369 del 1960.

Sarebbe infatti del tutto improduttivo se non impossibile esaminare siffatta questione, al di fuori di una rivisitazione della fattispecie fondamentale e dei suoi nessi con il tipo contrattuale.

La legge del '60 infatti tocca *l'organizzazione complessiva del lavoro* - il "far da sè" ed il "far fare da altri" - ed assume che l'effetto di acquisire all'impresa *direttamente* le energie lavorative non è realizzabile *attraverso uno schema giuridico diverso dal contratto di lavoro*.

La legge in sostanza non criminalizza né imbalsama l'organizzazione dell'impresa, ma afferma il principio secondo cui la titolarità del rapporto va riconosciuta secondo criteri di *effettività*.

Un tempo di questi fenomeni si parlava in termini di *decentramento produttivo*: lo stesso Marx, come si sa, riteneva che con l'avvento del lavoro in fabbrica vi sarebbe stato il definitivo ed irreversibile accentramento del lavoro all'interno dei confini dello stabilimento.

Oggi tutti sanno invece che il quadro si è enormemente complicato: le forme di integrazione e disintegrazione delle imprese non sono più descrivibili secondo la coppia oppositiva centro/periferia, ma con una più variegata interscambiabilità dei termini. Nel nuovo universo produttivo non è infatti più possibile distinguere fra pianeti e satelliti, ma i 'confini dell'impresa' vanno continuamente ridefiniti: basti pensare al fenomeno del c.d. *outsourcing*, alla cui stregua la cessione ad altri di un ramo d'azienda è il presupposto della riacquisizione del servizio all'interno dell'impresa, per il tramite di un contratto d'appalto.

Il tutto in una corsa alla progressiva contrazione del "cuore" dell'attività produttiva, ridotto fin quasi a scomparire dietro un "logo" sempre più preponderante ed invadente.

2. Il disegno complessivo della delega.

Del resto è proprio quella appena descritta la metodologia impiegata dapprima nel 'Libro bianco' ed ora nella legge di delegazione, che colloca per l'appunto la revisione della disciplina della legge del '60 proprio all'interno di un processo: a) di riarticolazione dei tipi contrattuali; b) di ampliamento dei luoghi e delle tecniche di controllo dell'autonomia privata nella formazione del tipo e nell'applicazione della disciplina.

Più precisamente la Delega, allo scopo di introdurre la somministrazione di manodopera anche a tempo indeterminato (art. 1), si propone di procedere all'abrogazione della legge del '60 ed alla sua sostituzione con una nuova disciplina i cui snodi fondamentali appaiono essere: a) la gestione da parte di un'ampia platea di soggetti autorizzati (che si spinge fino a ricomprendere università e consulenti del lavoro); b) la prefigurazione, per l'impresa appaltante, del requisito del giustificato motivo di ricorso all'appalto (ragioni tecniche, organizzative e produttive, individuate dalla

legge o dalla contrattazione collettiva); c) la chiarificazione dei criteri di distinzione tra appalto e interposizione, con la contestuale ridefinizione dei casi di comando e distacco nonché di interposizione illecita laddove manchi un giustificato motivo oggettivo ovvero si verifichi o possa verificarsi la lesione di diritti inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al prestatore di lavoro; d) la garanzia di un regime di solidarietà fra somministrante e somministratario per un trattamento non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice.

Sullo sfondo di tali modifiche si colloca un allargamento anche al settore agricolo del lavoro temporaneo.

L'analisi, sia pur sommaria, della disciplina e delle prospettive sarebbe però, come si è detto, del tutto monca ove trascurasse di considerare il *contesto nel quale la riforma intende collocarsi*.

Lo scenario al cui interno si muove la riforma postula infatti anzitutto una riarticolazione tipologica del contratto di lavoro: a) con l'introduzione del lavoro 'a chiamata', con garanzia di un'indennità di disponibilità (art. 4, lett. a), una sorta di "lavoro *ad nutum*"; b) l'ammissibilità di "prestazioni di lavoro occasionale e accessorio" rese da disoccupati o da soggetti a rischio di esclusione sociale, "regolalizzabili attraverso la tecnica di buoni corrispondenti a un certo ammontare di attività lavorativa"; c) l'introduzione del lavoro a prestazioni ripartite (il c.d. *job-sharing*); d) la configurazione di "prestazioni che esulano dal mercato del lavoro e dagli obblighi connessi delle prestazioni svolte in modo occasionale e ricorrente di breve periodo, a titolo di aiuto, mutuo aiuto, obbligazione morale senza corresponsione di compensi e salve le spese di mantenimento e di esecuzione dei lavori, e con particolare riguardo alle attività agricole" (art. 4, lett. f).

In secondo luogo viene profondamente rivisitata la materia delle *collaborazioni coordinate e continuative*: a) con una loro ridefinizione e la riconduzione ad un disegno progettuale preventivamente pianificato dalle parti; b) la flessibilizzazione assoluta (o detipizzazione) dei rapporti di collaborazione di durata complessiva non superiore a trenta giorni; c) l'estensione ai collaboratori continuativi e coordinati di tutele fondamentali a presidio di dignità e sicurezza, maternità, malattie e infortunio, anche nel quadro di intese collettive.

Infine è parte qualificante del disegno l'introduzione di una *procedura di certificazione* dei rapporti di lavoro, che ha lo scopo dichiarato di "ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro".

La procedura consiste nell'affidare ad *organismi bilaterali*, costituiti ad iniziativa delle associazioni datoriali e dei lavoratori comparativamente più rappresentative, ovvero *a strutture pubbliche*, aventi competenza in materia, o anche *università* una duplice funzione: a) quella di attribuire "piena forza legale al contratto certificato"; b) quella di certificare le rinunzie e transazioni "a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti".

La certificazione esclude di per sé "la possibilità di ricorso in giudizio se non in caso di *erronea qualificazione* del programma negoziale da parte dell'organo preposto alla certificazione e di *difformità* tra il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione".

Di più. In caso di impugnazione del contratto il tentativo obbligatorio di conciliazione della controversia (art. 410 cod. proc. civ.) deve svolgersi davanti all'organo certificante, il cui accertamento permane in vita "fino al momento in cui venga provata l'erronea qualificazione del programma negoziale o la difformità tra il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione e il programma attuato".

A definitiva conferma dell'unitarietà del disegno e della stretta interdipendenza delle sue varie parti occorre infine sottolineare che la procedura di certificazione viene esplicitamente *estesa*: a) alla distinzione fra *interposizione illecita* e *appalto lecito*, venendo chiamate le parti sociali a definire "indice e codici di comportamento elaborati in sede amministrativa che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e dell'assunzione effettiva del rischio di impresa da parte dell'appaltatore" (art. 1, 2° co. lett. m) n. 7); b) alla definizione dei rapporti di collaborazione continuativa e coordinata; c) alla qualificazione delle prestazioni di lavoro occasionale e accessorio (per famiglie e/o assistenza sociale); d) alla verifica dei regolamenti interni che individuano le tipologie dei rapporti dei soci delle cooperative di produzione e lavoro.

3. Nuovo e vecchio: la sorte della legge 1369/60 e la legittimazione dello *staff leasing*.

Individuati gli snodi fondamentali del disegno si può procedere ad una prima analisi, pur nella ovvia consapevolezza dell'amplissimo il margine di discrezionalità che sembra avere l'esecutivo nel riempire i vuoti lasciati dal legislatore delegato.

Una prima, ovvia osservazione è che il progetto non si propone una semplice abrogazione della legge 1369 del 1960, ma intende sostituire quest'ultima con una nuova disciplina che dia spazio alla somministrazione di lavoro *anche a tempo indeterminato*.

Si tratta di uno schema, tramite il quale un'impresa decide di acquisire, in modo tendenzialmente stabile, (almeno) una parte della forza-lavoro, necessaria per la propria attività produttiva, senza contestualmente assumere la veste di datore di lavoro e dunque la titolarità del relativo contratto, mediante l'impiego di lavoratori somministrati da soggetti che non hanno i caratteri dell'imprenditorialità. Questi lavoratori sono avviati per lasciarsi dirigere dal committente e per inserirsi stabilmente nella di lui organizzazione aziendale.

La situazione riproduce, per grandi linee, quello che, nell'ordinamento giuridico statunitense, è conosciuto come *Staff leasing*, espressione dietro la quale si celano peraltro realtà giuridico-economiche estremamente diversificate[5] e sulle quali non è il caso di soffermarsi, data la profonda distanza fra i due ordinamenti in termini di impostazione generale. Basti pensare che l'ordinamento nord-americano si caratterizza per l'assenza di cornici regolative generali in termini di fattispecie, in un contesto attento esclusivamente alla predisposizione di tutele 'rimediali'[6], come la parità di trattamento fra i vari lavoratori che operano nell'impresa, l'introduzione dell'obbligo solidale per la garanzia dei diritti dei lavoratori a carico dei co-datori di lavoro *et similia*.

Semmai v'è da osservare, quasi *en passant*, che la riforma in cantiere conferma l'inattendibilità della prospettazione di chi[7] riteneva quello schema fin d'ora compatibile con il nostro ordinamento. Si tratta di un'idea che muove da due considerazioni, in parte (ma solo in parte) condivisibili: da un canto l'irrilevanza sul piano puramente economico della distinzione fra appalto lecito

---

[5] V.le riepilogate da CORAZZA, *Il modello statunitense dello "Staff leasing" e la somministrazione di manodopera: qualche appunto in prospettiva di una riforma*, *DRI*, 2002, 553; sul tema v. altresì: CARINCI M.T., *L'interposizione e il lavoro interinale*, ne *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, a cura di F. Carinci e M. Miscione, Milano, 2002.

[6] V. ancora CORAZZA, *op. ult. cit.*, 2002, 558 ss.

[7] V. la complessiva proposta di ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, *Atti* delle Giornate di studio AIDLASS - Trento, 4-5 giugno 1999, Giuffrè, Milano, 2000, 3 ss.

e somministrazione illecita; dall'altro la rilevazione empirica dell'avallo da parte della giurisprudenza di tutta una serie di fattispecie nelle quali l'apporto del soggetto interposto, in termini di autonomia imprenditoriale, si risolve nella mera organizzazione e direzione del lavoro in sé, senza (quasi) apporto di 'capitali, macchine ed attrezzature' secondo la terminologia della legge del '60 (facchini, pulizie, servizi di guardianaggio, etc.).

Sennonchè è facile replicare che la prima opzione ci porta pari pari verso un incontrastato dominio dell'economia sul diritto, cioè della razionalità economica a discapito della liceità giuridica, spazzando via almeno un secolo di evoluzione della disciplina lavoristica.

Quanto al secondo rilievo è altrettanto facile contrapporre che in realtà quel tanto di eversivo che Ichino addebita alla giurisprudenza può essere agevolmente razionalizzato con una lettura evolutiva della nozione di soggetto interposto, quale è proposta dalla giurisprudenza a partire dagli anni novanta, avendo riguardo ad imprese con scarso apporto di capitali ma con alto valore aggiunto (come avviene, ad esempio, nel settore informatico). In sostanza l'appalto di servizi in cui l'organizzazione del lavoro fa aggio sul basso o bassissimo impiego di capitali e mezzi è lecito, nell'ordinamento vigente, non per un surrettizio abbandono del divieto di rapporti interpositori, ma in virtù dell'apporto di una giurisprudenza attenta ad un impiego del divieto conforme alla sua *ratio*.

Tornando alla disciplina *in fieri* altrettanto rilevante è osservare che essa dovrebbe convivere con quella relativa al lavoro temporaneo tramite agenzia regolato dalla legge del 1997, con una scelta di cui non è chiaro il costrutto.

Avremmo dunque un sistema a doppia testa: da una parte la somministrazione *temporanea* di lavoro, governata dalla l. 196 del 1997 e dall'altra la somministrazione *(anche) a tempo indeterminato* di lavoro, gestita pur essa da soggetti autorizzati, in presenza di presupposti giustificativi di carattere oggettivo, previsti dalla legge e/o in sede negoziale.

Chiunque è in grado di cogliere allora che gli snodi-chiave dell'innovazione attengono: a) alla cruciale questione della individuazione dei (nuovi) soggetti abilitati alla somministrazione dei lavoratori; b) a quella delle conseguenze della somministrazione lecita (rispetto alle quali la legge di delegazione si limita ad evocare la solidarietà fra interposto ed utilizzatore per un trattamento non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dei dipendenti di quest'ultimo); c) ai profili di disparità di trattamento innescati dai due sistemi paralleli di somministrazione del lavoro, rispetto ai quali sarà difficile, se non arduo, rinvenire una giustificazione in termini di ragionevolezza.

È più che evidente - quanto al primo aspetto - che ogni giudizio va rinviato al momento in cui si conosceranno i criteri di selezione dei soggetti abilitati, essendo quasi scontata l'osservazione secondo cui una indiscriminata apertura, in assenza di seri controlli, condurrebbe pari pari alla riproposizione di quelle forme di antico sfruttamento che la legge n. 1369 del 1960, pur con tutti i limiti e le rigidità ben conosciute, intese reprimere e non rappresenterebbe di certo una forma di modernizzazione del mercato del lavoro. E ciò anche, ma non esclusivamente, in considerazione delle caratteristiche del nostro mercato del lavoro, che conosce un Nord più avanzato ed un Sud arretrato.

Che peraltro le intenzioni dei promotori del provvedimento non siano affatto tranquillizzanti è dimostrato non tanto dall'allargamento della platea dei soggetti in astratto abilitati né dalle ancora non chiare condizioni per l'esercizio dell'attività, quanto fondamentalmente dalla scelta di

creare un canale autonomo e parallelo di accesso alla somministrazione dei lavoratori a tempo indeterminato, con una *distinzione basata esclusivamente sulla durata della somministrazione* che non ha alcuna giustificazione logico-concettuale. Se infatti la scelta fosse stata nella *sola* direzione di garantire l'acquisizione a tempo indeterminato della manodopera per il tramite di tecniche interpositorie, sarebbe stato sufficiente introdurre una modifica alla disciplina del 1997, facultizzando i datori di lavoro ad acquisire, all'interno dell'orizzonte di quella legge e con le garanzie ivi previste di serietà ed affidabilità delle agenzie, i lavoratori *anche* a tempo indeterminato in presenza di determinati presupposti giustificativi previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva. L'aver optato viceversa per una soluzione che fa leva su una distinzione per c.d. 'ontologica' fra le due specie di somministrazione lascia all'osservatore ragionevoli margini di dubbio sulle reali intenzioni del legislatore.

Ma soffermiamoci su un'altra questione anch'essa esiziale per comprendere il senso della riforma.

La descritta diarchia non potrà ovviamente esaurire l'ambito di rilevanza per il mondo giuridico del fenomeno della somministrazione di lavoro. Sia l'una che l'altra - per poter essere valutate in termini di liceità - dovranno necessariamente confrontarsi con il proprio rovescio: *l'interposizione illecita*.

Non è perciò casuale - ma risponde ad una necessità *logica* prima che giuridica - che la legge 30/2003 prefiguri proprio la necessità di una nuova distinzione fra appalto genuino ed interposizione vietata, anticipando che la patente di illiceità dovrà sicuramente essere attribuita alle situazioni in cui manchi un giustificato motivo di ricorso alla somministrazione ovvero *possa* verificarsi (si tratterebbe quindi di un giudizio prognostico e non di puro fatto) la lesione di diritti inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al prestatore di lavoro.

La prima ipotesi è in verità alquanto stravagante: è fin troppo ovvio che, una volta escluso il discrimine causale costituito dal requisito della temporaneità, qualsivoglia giustificazione obiettiva è idonea a sorreggere la scelta di ricorrere alla somministrazione a tempo indeterminato. O meglio la giustificazione obiettiva è *in re ipsa*, radicata com'è nella stessa esistenza dell'iniziativa imprenditoriale.

L'elaborazione dei nuovi criteri distintivi non si muoverà però nel vuoto cosmico: come è ovvio, allo scopo, dovranno rilevare "la reale organizzazione dei mezzi e l'assunzione effettiva del rischio di impresa da parte dell'appaltatore" (art. 1, lett. m, n. 7), che, come tutti sanno, costituisce il criterio che il diritto vivente giurisprudenziale ha dedotto del terzo comma della l. n. 1369 del 1960.

Dell'applicazione effettiva di tali criteri dovranno infatti tener conto i soggetti (gli organismi bilaterali o le strutture pubbliche) chiamati a *certificare* in via preventiva la legittimità della somministrazione, in presenza di indici e codici di comportamento elaborati *in via amministrativa*, che tengano conto proprio della verifica della sussistenza dell'autonomia imprenditoriale dell'appaltatore.

Ed allora - nel descritto quadro - quale dovrà essere il regime giuridico dell'interposizione illecita?

La risposta ci sembra agevole ed ineludibile. Se è vero che il legislatore intende introdurre una nuova ipotesi di somministrazione lecita della manodopera, entro un orizzonte nel quale i lavoratori si inseriscano a tutto tondo all'interno dell'impresa che ne utilizza le prestazioni, pur restando

formalmente (e lecitamente) dipendenti dell'interposto, la deviazione da tale schema non potrà che condurre alla caducazione dello 'schermo' costituito dall'interposto per ricollegare i rapporti di lavoro direttamente in capo all'interponente.

Si riverificherebbe puntualmente lo schema sotteso alla legge del '60 e cioè l'esistenza di una serie di rapporti di lavoro effettivamente utilizzati da un'impresa nell'ambito della propria organizzazione 'come propri dipendenti', per il tramite di uno schema negoziale diverso dal rapporto di lavoro.

Più che di una rinascita della legge 1369/60 "dalle proprie ceneri"[8] si riproporrebbe la necessaria confluenza delle problematiche innescate dai fenomeni interpositori con la fattispecie fondamentale della subordinazione.

La legge del '60 ha reso infatti manifesta una realtà ineludibile del sistema e cioè che il problema dell'interposizione si colloca nello spazio interstiziale fra libertà di organizzare l'impresa e legittima acquisizione delle energie lavorative da parte di quest'ultima. Essa ha solo riconfermato un principio già interno allo schema di cui all'art. 2094 cod. civ., secondo cui chi utilizza le prestazioni di lavoro altrui, in condizioni date (sottoposizione al potere direttivo, continuità, assenza di mezzi di produzione, etc.) ne è inequivocabilmente il datore di lavoro.

Si tratta, in qualche modo, di valori permanenti, legati alla mediazione, operata a livello costituzionale, fra la regola mercantilista che considera indifferente la forma acquisitiva del lavoro e la dimensione protettiva di stampo solidaristico, che collega al rapporto di lavoro subordinato e tendenzialmente solo ad esso una serie di posizioni di vantaggio.

Essa in pratica riconferma la direttiva generale secondo cui sono vietate forme di organizzazione del lavoro in cui l'effettivo utilizzatore della prestazione non coincida con il titolare del rapporto di lavoro ovvero - il che è lo stesso - quella che esclude che l'acquisizione di energie lavorative possa svincolarsi dall'impiego dello strumento giuridico che chiamiamo 'contratto di lavoro subordinato' e che è *tuttora* descritto dall'art. 2094 cod. civ. Si tratta quindi di una connessione destinata a durare almeno fino a che resisterà lo schema fondamentale cui allude la norma civilistica.

È questa del resto la conclusione cui ci conduce il diritto vivente giurisprudenziale, nel cui ambito è documentabile e documentata la sostanziale coincidenza di analisi metodologica ed esiti valutativi degli elementi caratteristici e dell'interposizione e della subordinazione. In sostanza il diritto vivente giurisprudenziale ha utilizzato, per imputare all'effettivo utilizzatore della prestazione i rapporti di lavoro facenti capo all'interposto, i medesimi indici da tempo immemorabile elaborati per rinvenire il *proprium* della subordinazione[9].

Ed è ben noto e pacifico che su questa conclusione converge anche l'analisi dottrinaria, pur in una comprensibile diversità di scenari ricostruttivi complessivi fra chi ne intravede una sostanziale coincidenza di presupposti ed effetti e chi ne limita il rilievo ad una conformità solo parziale[10].

---

[8] DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, *ADL*, 2002, 299.

[9] V. per più ampi sviluppi di queste idee MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, *passim*.

[10] V. su tale connessione in vario senso: DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, *DLRI*, 1995, 626; DE SIMONE, *Titolarità dei*

Nei limitati orizzonti assunti nel presente scritto potrebbe forse essere sufficiente acquisire che anche chi si discosta dalla prospettazione della totale sovrapponibilità fra interposizione e subordinazione, non può negarne una parziale interferenza. Rubando l'immagine a Riccardo Del Punta potrebbe cioè bastare allo scopo qui prefisso assumere che il rapporto fra le due fattispecie possa essere descritto al pari di "un cerchio concentrico più ampio (l'interposizione), che contiene un altro cerchio (la subordinazione)"[11].

In realtà a mio avviso si può procedere oltre. Se ben si guarda infatti l'argomento forte allineato da chi nega la totale contiguità concettuale tra i due fenomeni giuridici consiste nel rilevare che deve ritenersi illecito un appalto, per il solo fatto che l'interposto è privo dei mezzi di produzione, pur se l'interposto eserciti effettivamente il potere direttivo nei confronti dei lavoratori dal medesimo assunti ed effettivamente utilizzati dall'interponente[12]. Con la conseguenza che, secondo questa prospettiva, si avrebbe il riconoscimento del rapporto in capo all'interponente, al di fuori della configurabilità 'nei fatti' della subordinazione.

È evidente peraltro che siffatta ricostruzione non rende un buon servigio né all'idea di subordinazione né a quella di interposizione vietata. Non alla prima perché tende a far coincidere la subordinazione con i poteri di etero-direzione, obliterando gli ulteriori elementi prefigurati dall'art. 2094 (collaborazione, dipendenza) e l'ampia lettura giurisprudenziale esplicativa di tali elementi. Ma nemmeno alla seconda giacchè conduce a cancellare del tutto il dato della 'effettiva utilizzazione' da parte dell'interponente, sostituito con un asciutto ed asettico dato di imputazione soggettiva.

È questo - se ben si guarda - il medesimo errore in cui cade chi ritiene che il quinto comma dell'art. 1 della legge del '60 si limiti a governare *l'imputazione* del rapporto di lavoro subordinato e non la sua qualificazione[13] ed, aggiungendo errore ad errore, assume che l'interferenza fra le due sfere è inconcepibile sol perché la subordinazione è un effetto necessario del contratto stipulato ai sensi dell'art. 2094 cod. civ. ed è quindi irriducibile ad una "logica alla quale è estranea qualsiasi considerazione della vera volontà negoziale delle parti"[14].

È facile infatti contrapporre che l'interpretazione della volontà delle parti va operata *prescindendo* dalla volontà diretta a fini riprovati dall'ordinamento (l'acquisizione della forza lavoro per il tramite di un soggetto interposto, nel caso della legge del '60, o l'*elusione* del tipo contrattuale e della connessa disciplina garantistica, più in generale) ed altresì che di tale volontà costituisce primaria espressione proprio il profilo esecutivo della fattispecie e cioè l'effettiva utilizzazione delle prestazioni dei dipendenti dell'interposto.

Ed in effetti è pressocchè universalmente riconosciuto che la nozione di 'effettiva utilizzazione'

---

rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale, Angeli, Milano, 1995, 22; CORAZZA, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, *RTDPC*, 1999, 55 ss.; CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione - Comando - Lavoro temporaneo - Lavoro negli appalti*, ne *Il Codice civile*, *Commentario* dir. da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2000, 55-56, 575-76; BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, *ADL,* 2001, 141; DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, AA. VV., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, 53; ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, 25 ss.

[11] DEL PUNTA, *Appalto di manodopera etc.*, cit., 650.

[12] V. anche DEL PUNTA, *Problemi attuali etc.*, cit., 292.

[13] V. BELLOCCHI, *op. cit.*, 164 s.

[14] BELLOCCHI, *op. cit.*, 170.

svolge un ruolo centrale nella fattispecie interpositoria, esprimendo in termini di *effettività socio-economica* - e non di mera imputazione soggettiva - la posizione giuridica dell'interponente.

Di più. L'"effettiva utilizzazione" costituisce l'elemento di concreta emersione della fattispecie interpositoria, consentendo - al pari della fase *esecutiva* nella dinamica contrattuale - di risalire alla preesistente fase programmatica.

È dunque all'esito della verifica del profilo della "effettiva utilizzazione" che si dovrà operare il riscontro degli elementi della subordinazione, da valutarsi nella loro intierezza. Ed in tale analisi ricognitiva dovranno svolgere un ruolo euristico non solo la verifica dell'esercizio dei poteri di direzione della prestazione (a misura che siano distinguibili dai poteri di controllo dell'appaltante), ma anche degli ulteriori dati rilevanti (quali la continuità della prestazione, l'inserimento nell'impresa, etc.).

Come è noto si tratta elementi presi in considerazione a tutto tondo dalla legge del '60, il cui rilievo quest'ultima ha tratto dalla fattispecie fondamentale descritta dall'art. 2094 cod. civ., così come si è inverata nell'analisi giurisprudenziale.

Se allora tutto questo è vero non può che ricevere conferma l'idea che - anche nel nuovo mercato del lavoro riformato, nel quale potrà, in ipotesi, aver corso una ulteriore e legittima forma di somministrazione del lavoro a favore di terzi - l'eventuale illiceità dell'interposizione (che ad es. sia espletata da un soggetto non autorizzato) non potrà che lasciar rivivere la liceità del rapporto di lavoro diretto in capo al titolare dell'organizzazione, al cui interno l'attività di lavoro sia stata inserita.

4. Interposizione autorizzata, nuovi tipi contrattuali e "certificazione" dei rapporti.

Dicevamo all'inizio che la specifica questione dell'introduzione nel nostro ordinamento di una ulteriore forma di affitto autorizzato del lavoro altrui non può essere apprezzata al di fuori del contesto complessivo al cui interno è stata collocata nella legge delega.

Se le prospettive di strisciante liberalizzazione della somministrazione di manodopera incontrano i limiti 'di sistema' che abbiamo appena evocato, l'effettività di quest'ultima conclusione è fortemente disturbata dalle ulteriori e parallele novità contenute nella delega.

Ciò è da dire anzitutto per l'allargamento dei tipi contrattuali, che abbiamo visto estendersi in misura esponenziale.

La proliferazione di schemi negoziali che hanno ad oggetto il lavoro e che, per taluni profili o in relazione a specifici presupposti causali, fuoriescono dalla specie di cui all'art. 2094 cod. civ. rende oggettivamente più complicato il controllo sulla corrispondenza della singola fattispecie al tipo fondamentale.

Il diritto del lavoro - come si sa - è costellato da fughe dalla subordinazione, almeno da quando lo Stato ha cominciato a costruire una rete protettiva intorno alla figura del lavoratore dipendente.

Ne consegue che ogni nuovo contenitore negoziale può prestarsi a mascherature del rapporto di lavoro subordinato. In argomento del resto è sufficientemente espressiva l'esperienza ormai trentennale della categoria della parasubordinazione, la cui *vis attractiva* ha calamitato schiere di collaboratori che assai spesso di 'esterno' (rispetto all'impresa) hanno ben poco. Per tacere dell'uso disinvolto dei contratti di associazione in partecipazione o delle prestazioni rese nell'ambito del

contratto di società (in particolare cooperative).

E nella delega gli esempi di nuovi contenitori si sprecano: basti pensare alla ri-regolazione di un prototipo riconducibile ai redivivi l.s.u., alla nuova configurazione del lavoro "volontario", che dovrebbe ricomprendere, quasi che si trattasse di una sorta di sotto-tipo, gli "obblighi connessi a prestazioni svolte in modo occasionale e ricorrente di breve periodo, a titolo di aiuto, mutuo aiuto, obbligazione morale" (per nulla distinguibile dal 'volontariato'), al lavoro a chiamata e via distinguendo.

Ma non è tutto. I rischi appena evocati potrebbero moltiplicarsi ove potesse assumersi - ed è questo l'ulteriore nodo nevralgico toccato dalla legge delega - che con la procedura di certificazione dei rapporti (estesa come abbiamo ricordato anche alla nozione di interposizione, ai regolamenti delle cooperative di produzione e lavoro ed a tutti i nuovi modelli negoziali) sia dato alle parti individuali un *potere creativo* di nuovi tipi contrattuali[15].

Dovremmo dare per acquisita, in tal caso, una sorta di *detipizzazione* del rapporto di lavoro o - il che è lo stesso - di superamento del *numerus clausus* dei contratti che hanno ad oggetto il lavoro. Conclusione quest'ultima non a caso già intravista, *ante litteram*, da Marco Biagi, padre nobile della riforma, nella disciplina dei rapporti fra soci e cooperative di lavoro di cui alla legge n. 142 del 2001, quanto meno nella versione antecedente la novella contenuta proprio nell'art. 9 della l. n. 30 del 2003[16].

Allo stato, viceversa, siffatta possibilità è, nel nostro ordinamento, notoriamente inibita alle parti individuali. Come è noto la libertà di determinazione del *contenuto* (e conseguentemente dei relativi *effetti*), che costituisce un tratto essenziale della detipizzazione[17], fino al punto di consentire alle parti private l'articolazione di contratti *misti*, di contratti che cioè partecipino dei caratteri di due o più prototipi disciplinati dalla legge è impedita nel diritto del lavoro, proprio in ragione del contenuto inderogabile della disciplina.

Sennonchè la volontà conclamata della nuova maggioranza parlamentare è proprio quella di consentire la certificazione, con effetti vincolanti, di deroghe alla disciplina garantista.

Tale volontà è agevolmente deducibile dalla consapevole scelta di rifiutare l'impostazione fatta propria dai progetti in discussione nella precedente legislatura, nel cui ambito si prefiguravano rapporti, cui venivano collegate solo alcune delle tutele previste dalla legislazione lavoristica. In sostanza - in quel contesto - era il legislatore ha stabilire, in via generale ed astratta, a quali nuovi tipi negoziali potesse applicarsi o negarsi una certa porzione di disciplina.

Ciò posto - ed acquisita la volontà legislativa - può dirsi che l'assetto delineato dalla legge n. 30 del 2003 consenta di raggiungere quell'obiettivo?

Rebus sic stantibus la risposta deve essere negativa.

---

[15] In argomento v.: NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, *MGL*, 2003, n. 3; SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in corso di pubbl. in *RGL*, 2003.

[16] BIAGI-MOBIGLIA, in *Guida al lavoro*, 2001, n. 45, 12 ss.

[17] V. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, ora in ID., *Diritto del lavoro etc.*, cit., 29 ss.; in senso parzialmente difforme v.: D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Atti* del X Congresso nazionale di diritto del lavoro (Udine, 10-12 maggio 1991), sul tema *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1994, 31 ss.

Il discorso critico potrebbe limitarsi alla constatazione della improprietà tecnica consistente nell'assumere che i certificatori avrebbero il potere di attribuire "piena forza legale al contratto", quasi che il contratto - *qualsiasi contratto* frutto dell'autonomia privata - non abbia *naturalmente* 'forza di legge fra le parti'. Con una qualche indulgenza potremmo peraltro concedere che l'espressione stia per l'assunzione di una sorta di 'inoppugnabilità' delle clausole in sede giudiziale.

Resta peraltro l'assoluta inidoneità dello strumento tecnico predisposto al raggiungimento dello scopo prefisso.

Quando si dice infatti che alle parti del contratto certificato sarebbe preclusa l'azione in giudizio "se non in caso di *erronea qualificazione del programma negoziale* da parte dell'organo preposto alla certificazione" si esclude per ciò stesso la possibilità di asseverare un potere creativo di nuovi tipi contrattuali.

Il procedimento di *qualificazione* infatti presuppone necessariamente il confronto tra l'assetto di interessi realizzato dai privati ed un prototipo disciplinato dalla legge. Ne deve conseguire per ciò stesso che la procedura di certificazione deve muoversi necessariamente entro l'orizzonte dei modelli conosciuti e regolati.

Tale lettura esclude possibili profili di costituzionalità, profili che risorgerebbero ove si opinasse il contrario, perché - come tutti sanno - financo il legislatore incontra limiti costituzionali nella disponibilità del tipo, al di fuori della creazione di nuove tipologie[18].

Peraltro, nonostante che fra il dire ed il fare vi sia di mezzo una redazione a dir poco sciatta e confusionaria della delega, che rende oscuri molti passaggi, la vigilanza dovrà essere attenta, dovendosi rinviare ogni giudizio meditato e di merito al momento in cui verranno emanati i decreti attuativi, essendo troppe parti della delega appena abbozzate.

Si aprirà allora un ampio spazio per una seria verifica della disciplina che ne risulterà in termini di costituzionalità, sia nel gioco dialettico fra delega ed attuazione sia, per quel che più conta, nella chiave del confronto con i valori dell'eguaglianza formale e sostanziale.

In questo contesto occorrerà in particolare vigilare affinchè non si realizzi, ed in una materia così delicata, uno slittamento strisciante del processo di tipizzazione dalle salde mani del legislatore a quelle dell'autonomia privata, assecondando una sostanziale polverizzazione delle condizioni cui è reso il lavoro nel mercato, così da smarrire - nella foresta dei lavori a giornata, a chiamata, a contatto, temporanei, di formazione, a termine, a tempo parziale, socialmente utili, a prestazioni ripartite, etc. - il senso profondo di un diritto nato per rimuovere le diseguaglianze non certo per legittimarne l'estensione.

5. Bibliografia.

BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, *ADL,* 2001, 141.

BIAGI-MOBIGLIA, in *Guida al lavoro*, 2001, n. 45, 12 ss.

CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione - Comando - Lavoro temporaneo - Lavoro*

[18] V. per tutti: D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, *ADL*, 1995, n. 1, 73 ss.; per una diversa prospettiva v.: SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, *q. Riv.*, 2001, I, 95 ss.

negli appalti, ne *Il Codice civile*, *Commentario* dir. da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2000.

CARINCI M.T., *L'interposizione e il lavoro interinale*, ne *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, a cura di F. Carinci e M. Miscione, Milano, 2002.

CORAZZA, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, *RTDPC*, 1999, 55 ss.

CORAZZA, *Il modello statunitense dello "Staff leasing" e la somministrazione di manodopera: qualche appunto in prospettiva di una riforma*, *DRI*, 2002, 553

D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, ora in ID., *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. I, 60 ss.

D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Atti* del X Congresso nazionale di diritto del lavoro (Udine, 10-12 maggio 1991), sul tema *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1994, 31 ss.

D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, *ADL*, 1995, n. 1, 73 ss.

DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, AA. VV., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, 53.

DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Angeli, Milano, 1995.

DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, *DLRI*, 1995, 626.

DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, *ADL*, 2002, 299.

ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, 25 ss.

ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, *Atti* delle Giornate di studio AIDLASS - Trento, 4-5 giugno 1999, Giuffrè, Milano, 2000, 3 ss.

MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979.

MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, ora in ID., *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994.

MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, ora in ID., *Diritto del lavoro etc.*, cit., 29 ss.

NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, *MGL*, 2003, n. 3.

PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, *ADL*, 2000, n. 1, 1 ss.

PROIA, *Flessibilità e tutela "nel" contratto di lavoro subordinato*, *DLRI*, 2002, 421.

PUTNAM, *Mente, corpo, mondo*, Il Mulino, Bologna, 2003.

SCOGNAMIGLIO R., *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, *q. Riv.*, 2001, I, 95.

SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in corso

di pubbl. in *RGL*, 2003.

TARELLO, *Teorie e ideologie del diritto sindacale italiano*, Ed. Comunità, Milano, 1967

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*, *q. Riv.*, 2002, I, 451 ss.

Riforma del *part-time* e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*

Bruno Caruso

1. Riforma del part-time e vincoli di sistema, quattro possibili spunti di narrazione. 16

2. "Prove tecniche" di vincoli dell' ordinamento europeo. 20

3. Il paradosso secondo il quale è possibile tutto ed il contrario di tutto: l'Europa va presa davvero sul serio! 22

4. I limiti "in action". La riforma del part-time e il test di adeguatezza europeo. Tre parametri: a) Rispetto della direttiva e bilanciamento degli interessi. b) Clausola di non regresso. c) Principio di non discriminazione. 24

5. Provvisorie conclusioni 29

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 11/2003

1. Riforma del part-time e vincoli di sistema, quattro possibili spunti di narrazione.

Come ogni narrazione che si rispetti, il narratore deve preliminarmente organizzare la propria trama intorno ad un filo. Chi si trova a riflettere sul *part-time* ha solo l'imbarazzo della scelta: entra in crisi per eccesso non per scarsità di opzioni che sono, tra l'altro, tutte legittime.

Sono disponibili, infatti, varie prospettive e chiavi di lettura, tutte affabulatorie, per svolgere un discorso sul *part-time* e sui vincoli di sistema alla sua riforma.

Vanno da un massimo di accentuazione del punto di vista domestico collegato a contingenti questioni politiche, fino ad una riduzione minimale dello stesso nel momento in cui si sceglie la proiezione sovranazionale. Vediamone alcune.

a) Si può utilizzare una riflessione sul *part-time* per una valutazione, in chiave tutta politica, delle scelte dell'attuale governo esplicitate nel Libro bianco e perseguite con le iniziative legislative in atto[19]; è una chiave di lettura che riscontra molta fortuna oggi, essendo uno degli approcci privilegiati dalla dottrina italiana che sembra aver riscoperto il gusto della *querelle* politico-ideologica a tesi precostituite.

b) Si potrebbe partire, invece, da una riflessione tutta interna all'istituto del *part-time*, alle diverse funzioni che gli si intendono affidare secondo il criterio del contemperamento. Per esempio:

- Sul lato della domanda di lavoro, incentivare l'occupazione o, secondo i dettami della Strategia Europea per l'Occupazione, il tasso di attività, specie femminile[20]; ridurre il costo del lavoro; rendere numericamente flessibile od elastica, per collocazione temporale, la prestazione nell'interesse dell'impresa.

- Sul lato dell'offerta, flessibilizzare la prestazione in ragione di esigenze del lavoratore, incentivando la costruzione di percorsi di integrazione tra tempi di vita e tempi di lavoro, incrociare il lavoro familiare con la disciplina sui congedi parentali, consentire la formazione permanente e una fuoruscita graduale verso il pensionamento[21].

Su queste diverse funzioni dell'istituto, misurare, poi, in chiave di politica del diritto, non di politica *tout court,* come nell'ipotesi precedente, contenuti e vincoli dell'attuale proposta di modifica del quadro legislativo esistente.

Lungo questa linea, l'analisi potrebbe dipanarsi attorno al seguente asse: nella misura in cui si presuppone un opportuno punto di convergenza, o di equilibrio, nella regolazione del *part-time,* tra esigenze di flessibilità sul lato dell'offerta e della domanda, bisognerebbe valutare se la delega sia calibrata su detto equilibrio. Ciò nella misura in cui essa rettifica - come dichiara di voler fare - l'asserito squilibrio dell'assetto vigente che si postula a favore dell'offerta di lavoro; ovvero se

---

[19] V. *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*, Roma, ottobre 2001; v. inoltre la Relazione di accompagnamento al ddl. n. 848 (comunicato alla Presidenza del Senato il 15 novembre 2001) contenente la Delega al governo in materia di mercato del lavoro e occupazione ed il testo definitivo della delega di cui alla successiva l. 14 febbraio 2003 n. 30.

[20] Cfr. Decisione del Consiglio del 18 febbraio 2002 n. 177 relativa a orientamenti per le politiche degli stati membri a favore dell'occupazione per il 2002.

[21] Si rinvia a LO FARO, *Il part-time in Italia,* in *DLRI*, 2000, p. 603.

essa finisca per spingere troppo sul versante opposto, riproponendo uno squilibrio eguale e contrario (sul lato della domanda) e, in tal caso, se e quale possa essere l'impatto sulla riforma di eventuali vincoli di sistema.

Tale prospettiva di analisi presenta però due snodi problematici: uno sostanziale ed uno contingente. Per quel che concerne il primo, è ormai dato acquisito che il *part-time* (non solo in Italia)[22], socialmente e giuridicamente, presenta una trama oltremodo fitta e sfaccettata.

Verificare l'equilibrio socialmente ottimale tra pesi e contrappesi regolativi, con riguardo alla molteplicità e alla diversa identità degli interessi coinvolti in una determinata disciplina, non è mai operazione semplice; non lo è, in particolare, per il *part-time*, a causa della complessità della trama di cui si diceva.

È, infatti, dubbio se possa essere individuato, in astratto, un punto di equilibrio oggettivo e socialmente condiviso tra i diversi interessi, proprio per la problematica e immediata riconducibilità degli stessi ad interessi molteplici, contraddittori e, a volte, difficilmente qualificabili se non relazionalmente [23].

La ricerca di un tale equilibrio implicherebbe, in ogni caso, una pre-comprensione dell'assetto degli interessi, orientata da valori condivisi e costituzionalmente assestati.

Orbene, nel *part-time* il quadro di riferimento non è più solo quello dell'ordinamento statuale: si tratta di un istituto che ha subito l' "alchimia europea"[24], vale a dire quel processo di modifica dei punti del riferimento che, a partire dal diverso assetto delle fonti che lo regolano, si estende sino alle politiche e agli obiettivi perseguiti, rendendo sicuramente meno lineare e più frastagliato il quadro e, quindi, più problematica una valutazione che non può essere più limitata alla dimensione delle politiche nazionali.

Non si può, in pratica, prescindere dal contemperamento di interessi che è stato realizzato a livello sovranazionale e questo va, pertanto, conseguentemente decodificato.

Il secondo aspetto problematico di un approccio giocato sul filo delle valutazioni della politica del diritto domestica è di tipo contingente: esso presupporrebbe un assetto normativo compiuto e non *in itinere*: non sufficientemente esplicative sono, per questo profilo, le norme della recente legge delega.

c) Un terzo filo conduttore per organizzare il discorso sul *part-time* e sui vincoli di sistema potrebbe riguardare il fatto che l'imminente riforma fornisce l'occasione per una riflessione, a tutto

---

[22] Per un'analisi comparata cfr. gli interventi pubblicati sul numero monografico di *DLRI,* 2000, n. 4; v. inoltre SCIARRA*,* DAVIES, FREEDLAND (a cura di), *Employment and Part-time in Europe,* di prossima pubblicazione presso Cambridge University Press.

[23] V. LO FARO, *Adaptable employment and Private Autonomy in the Part-time Italian Reform,* in SCIARRA*,* DAVIES, FREEDLAND, *op. cit.*

[24] Per un quadro teorico delle trasformazioni dell'identità del diritto del lavoro nel nuovo "ordine" europeo in costruzione si rinvia a CARUSO, *Il diritto del lavoro e l'alchimia europea: mutamenti di identità nella governance plurale comunitaria,* 2003, di prossima pubblicazione.

campo ma ancorata ad un concreto istituto, sul concetto di flessibilità e su come questo concetto stia influenzando i paradigmi concettuali fondamentali della disciplina[25].

d) Il *part-time* costituisce, infine, una occasione interessante, probabilmente esemplare - ed è questa la prospettiva scelta in questo scritto - per una riflessione di carattere "ordinamentale" che può essere posta nei termini che si diranno da qui a poco.

Un'occasione per incominciare a mettere un po' d'ordine, se non a dare soluzioni sicure, rispetto alla questione della trasformazione del diritto del lavoro da sistema a identità omogenea e forte, espressione qualificata della dimensione giuridica e politica della sovranità statale[26], a sistema a componenti plurime, differenziate, ma, in ogni modo, coesistenti e interagenti secondo dinamiche sociali e giuridico istituzionali tutte da scoprire ed indagare: la dimensione sovranazionale (ma pure quella subnazionale di cui non ci si occuperà affatto in questo scritto).

Nel discorso sul *part-time* che seguirà, dunque, faranno da guida, sebbene in sottofondo, alcune idee portanti sull'Europa e sul suo assetto giuridico, politico istituzionale che pare opportuno esplicitare[27].

1) La costruzione di un modello sociale europeo, che trascenda i modelli nazionali, non è più affidabile all'ipotesi funzionalista, che ha dato, probabilmente, il meglio di sé in funzione di massa critica in una fase costitutiva dell'ordinamento comunitario da considerarsi ormai conclusa.

Oggi essa è affidata ad un processo di fondazione costituente, ancora incerto negli esiti finali, ma chiaro nei suoi presupposti[28]: la costruzione, in concreto, di un ordinamento che ha nei suoi tratti costitutivi ed identitari, nelle sue norme di principio e nei suoi valori, la dimensione sociale, costruita attraverso l'esplicito riferimento ai diritti sociali fondamentali che appartengono al patrimonio delle principali costituzioni europee. Si è entrati in una fase in cui è realistico affermare che *i diritti sociali si affermano oltre, se non addirittura contro, la sovranità statale*.

---

[25] In questo senso, un interessante esperimento è stato l'incontro italo-tedesco sul tema "*Flexibility of Labour Law*" tenutosi a Ingolstad nel dicembre 2002 tra un gruppo di lavoro della Facoltà di economia di quella università ed un gruppo di lavoro della Facoltà di giurisprudenza di Catania, i cui atti sono di prossima pubblicazione presso Nomos-Giuffrè, a cura di CARUSO e FUCHS.

[26] V. sul punto D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?,* ora in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 221; dello stesso saggio v. anche la versione inglese, nel volume CONAGHAN, FISCHL, KLARE (a cura di), *Labour Law in an Era of Globalization,* Oxford Università Press, 2002.

[27] Data la finalità dell'articolo, i punti nodali enunciati sono presentati in forma oltremodo semplificata. Per una maggiore articolazione si rinvia al saggio citato alla nota 6.

[28] Si è, probabilmente, di fronte ad una fase consapevole di integrazione positiva che non ha precedenti, se non nel clima che precedette la stipula dei trattati costitutivi. Sul punto si rinvia a GIUBBONI, *Diritti Sociali e Mercato,* Il Mulino, Bologna, 2003, p. 17 ss.

2) La costruzione di un nuovo ordinamento secondo modi originali, diversi dalla fondazione costituzionale degli stati nazione[29], che rinvia ad una forma non tipicamente federale, pone un evidente *problema di identità* politica, sociale, culturale[30].

Se ne discute finalmente in maniera intensa e molti concordano che essa non può essere concepita contro il modello americano egemone sul piano globale, né essere asfitticamente dipendente da una rivendicazione identitaria e culturale che ha radici solo nel passato; essa va costruita positivamente e proiettata nel futuro ed edificata pure "per distinzione" e competizione, sul piano dei valori, con il modello globalmente oggi egemone[31].

3) Ma è possibile, già oggi, disegnare in positivo il modello sociale europeo, o, come si potrebbe altrimenti dire, il sistema del diritto del lavoro dell'UE? E, soprattutto, cosa riserva il futuro?

È ancora presto per dirlo, il processo è in atto, ma alcuni dati sembrano acquisiti: le tradizioni culturali e le difformità dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, di relazioni industriali e di *welfare* non saranno del tutto annullate, qualunque possa essere l'esito del processo costituente, anche se è probabile che, per induzione, le aree "comunitarizzate" si estenderanno attraverso metodi e procedure diversificate (decisioni armonizzate, ma pure convergenza su obiettivi comuni attraverso metodi diversi rispetto all'armonizzazione giuridica degli istituti); le stesse parti dei sistemi strutturalmente diversificate saranno, comunque, integrate in una logica ordinamentale costituzionale sovranazionale.

Le diversità degli ordinamenti nazionali coesisteranno, dunque, con la nuova dimensione sopranazionale, ma esse saranno sottoposte a continue trasformazioni nel senso del coordinamento, per gli *input* che già ricevono e che, in misura crescente, riceveranno dalle istituzioni sovranazionali le quali, a loro volta, metabolizzeranno e incorporeranno gli *output* nazionali.

Questo sviluppo dell'integrazione, che sino a qualche anno fa poteva apparire il risultato di meccanismi, mai lineari, di trasformazione della costituzione materiale europea, oggi – ed è un dato saliente di incontrovertibile novità – si presenta pure come un processo costituzionalmente fondato anche sul piano formale e non più affidato all'azione – pedagogica ed istituzionale – "obliqua", di soggetti la cui legittimazione democratica e quindi costituente, è stata ripetutamente

---

[29] La letteratura sul tema è ovviamente sterminata: per quella in lingua italiana si rinvia ai saggi di Torchia, *Una costituzione senza stato,* in *DP,* 2001, p. 405 ss.; S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale,* Laterza, Bari, 2003; Ferrarese, *Il diritto al presente,* Il Mulino, Bologna, 2002; Amato, *La Convenzione Europea. Primi approdi e dilemmi aperti,* in *QC*, 3, 2002, p. 449 ss. Si vedano inoltre i saggi di Fioravanti e Mannoni, Luciani e Habermas nel volume *Una costituzione senza stato,* a cura di Bonacchi, Il Mulino, Bologna 2001. Per la letteratura in lingua inglese tra i tanti, Eleftheriadis, *The European Constitution and Cosmopolitan ideas,* in *CJEL,* 2001, 7, p. 22 ss.; Pernice, *Multilevel constitutionalism in the European Union,* in ELR, 2002, p. 511, ss.

[30] Il dibattito sull'identità politica e culturale dell'Europa ha trovato recenti nuove motivazioni: si rinvia a De Giovanni, *L'ambigua potenza dell'Europa,* Guida Napoli 2002. Fraiese, Negri, Wagner (a cura di), *Europa Politica. Ragioni di una necessità,* Manifestolibri, Roma, 2002; Cacciari, *Pensare l'Europa,* in Microlega, 1999, 4, p. 199 ss.; Castell, *The Construction od European Identity,* dattiloscritto, 2000; Breschi, *Una certa idea di europeo,* in *Trasgressioni,* 2002, p. 109 ss. Hampton, Sperling, *Positive/negative Identity in the Euro-Atlantic communities: Germany's Past, Europe's future,* in *EI,* 2002, p. 281 ss. Habermas, *L'Europa ha bisogno di una costituzione?,* nel volume a cura di Bonacchi , *Una costituzione senza stato, cit.* alla nota precedente ed ivi i saggi della parte II. Scoditti, *La costituzione senza popolo,* Edizioni Dedalo, Bari, 2001.

[31] RODOTÀ, *La carta come atto politico e documento giuridico,* in MANZELLA, MELOGRANI, PACIOTTI, RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa,* Il Mulino, Bologna, 2001.

contestata (la Commissione, la Corte di giustizia)[32].

Una simile evoluzione ha, infatti, un triplice e convergente fondamento di legittimazione giuridico-costituzionale: il primo consiste nel riconoscimento, nel trattato costituzionale europeo in formazione, della fine anche formale del monopolio statuale della competenza legislativa sulle politiche sociali (art. 12 del progetto). Il secondo, proveniente sempre dal sistema comunitario, è costituito dalla Carta dei diritti fondamentali approvata nel Consiglio europeo di Nizza che, secondo alcuni, avrebbe già trasformato la fonte di legittimazione dell'ordinamento europeo che sarebbe passata dalla volontà degli stati e quella dell'Unione[33]. Il terzo, proveniente dal foro interno nazionale, consiste nella riforma costituzionale che sancisce la logica dell'integrazione e non più della separazione tra ordinamento statale ed europeo mediante il riconoscimento esplicito della subordinazione della legislazione nazionale e regionale ai "vincoli dell'ordinamento comunitario" (nuovo art. 117 Cost.)[34].

Il modello sociale europeo sarà, dunque, la risultante di un assetto istituzionale plurale, multilivello che si rifletterà in larga misura nell'assetto costituzionale finale: c'è un parallelismo intenso (una dinamica tipica di doppio binario a direzione convergente), tra costruzione politico istituzionale e farsi dell'ordinamento sociale sovranazionale che va seguita e studiata attentamente. Si tratta del metodo o dell'approccio dell'armonizzazione riflessiva[35] che sembra una chiave di lettura euristicamente proficua per capire cosa sta avvenendo.

Se si guarda con consapevolezza ai contenuti e alle tecniche regolative con le quali si sono determinati recenti mutamenti di fondamentali istituti del diritto del lavoro, tra cui il *part-time*, si trova conferma di questa integrazione riflessiva che coinvolge attori istituzionali e sociali a diversi livelli; ma proprio per questo bisogna andare al fondo dei problemi e dei fenomeni fuori dalla asfittica alternanza "ce lo impone/ce lo vieta l'Europa". La realtà è molto più complessa di questa stucchevole e strumentale alternativa.

2. "Prove tecniche" di vincoli dell'ordinamento europeo.

In conformità a questo quadro di trasformazioni generali, si proverà ad articolare il discorso specifico sulla prospettiva di ri-regolamentazione del *part-time* la cui disciplina, nella sua genesi e nei suoi contenuti, rispecchia alcuni tratti identificativi di questo modello sociale *in fieri*, come sopra sommariamente tratteggiati.

Il primo riconoscimento è oltremodo autorevole e proviene da un pronunciamento della Corte Costituzionale forse non sufficientemente rimarcato per la sua importanza sistematica.

---

[32] Sul punto, si rinvia a SIMITIS, *Fine o rinascita del diritto del lavoro. Il caso della Corte di Giustizia Europea,* in *DLRI,* 1995, 4, p. 521 ss.; DEAKIN, *Regulatory competition versus Harmonisation in European Company Law,* in ESTY, GERARDIN (ed.), *Regulatory Competition and Economic Integration,* OUP, Oxford, 2001, p. 198.

[33] ALBINO, *Il sistema delle fonti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario,* in *RIDPC,* 2001, p. 969 e ivi ulteriori riferimenti anche giurisprudenziali.

[34] In questo senso, in modo convincente, TORCHIA, *op. cit.*; conforme PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico "esploso",* in *Le Regioni,* 2001, 6, p. 1156.

[35] BARNARD, DEAKIN, HOBBS, *Capabilities and Rights: An emerging Agenda for social policy,* in *IRJ,* 5, 2001, p. 476 ss.

Nella sentenza 45/2000[36] con la quale si è dichiarato inammissibile il referendum abrogativo della vecchia disciplina, si possono rintracciare una serie di importanti implicazioni. Alcune riguardano, più in generale, la concezione stessa della Corte Costituzionale nei confronti dell'ordinamento europeo; concezione che, com'è noto, è assestata sinora su tre assi che, per altro, non potranno che essere posti in tensione dagli sviluppi costituzionali sovranazionali e dalla stessa riforma costituzionale in senso federale-regionale (il nuovo titolo V della Costituzione):

a) la concezione ordinamentale dualista;

b) la teoria dei diritti fondamentali come controlimiti;

c) il dialogo con la Corte di giustizia, inteso come meramente confermativo della propria giurisprudenza e, pertanto, occasionale[37].

In questa sede, non si può indulgere su queste fondamentali questioni generali[38]. Qui ed ora, preme, invece, evidenziare il riconoscimento di un principio di rilievo costituzionale che va al di là dell'occasione immediata della stabilizzazione della normativa sul *part-time* rispetto ad ogni ipotesi di *deregulation* secca.

La questione può essere posta nel seguente modo.

Secondo la Corte Costituzionale italiana, la politica sociale del legislatore nazionale subisce ormai vincoli stringenti non soltanto di carattere costituzionale interno ma che provengono dalla trama di reciprochi richiami tra principi, valori, diritti e politiche sociali sanciti dall'integrazione, sempre più accentuata, tra l'ordinamento nazionale e quello sovranazionale.

La regolamentazione del *part-time* apprestata a livello europeo (già nella fase antecedente alla trasposizione della direttiva, ed è questa una ulteriore novità di quella sentenza[39]) e il livello di tutela che ne deriva, costituiscono, dunque, un vincolo costituzionale sovraordinamentale per il legislatore, equivalente e concorrente rispetto ai vincoli interni che ne determinano l'assetto. Nel sancire tale principio, la Corte non abbandona esplicitamente la teoria dualista degli ordinamenti che, alla luce dei recenti mutamenti costituzionali (il nuovo articolo 117 Cost.), sembra ormai un'affermazione puramente inerziale[40]; né sembra concedere molto alla teoria monista, ma è indubbio che vengono implicitamente richiamati, forse senza la necessaria consapevolezza, alcuni postulati salienti del *multilevel constitutionalism* [41] in forza del quale *la tutela dei diritti ormai anche di natura sociale si svolge su più livelli che si integrano e si condizionano reciprocamente*. Con questa sentenza, la Corte ci accompagna per mano nel pieno della prospettiva "dei diritti prima, se non addirittura, contro la sovranità", in una fase pre-costituente che è ancora quella dei trattati

---

[36] Cfr. C. Cost. 7 febbraio 2000 n.45. Lo stesso discorso vale pure per la sentenza C. Cost. 7 febbraio 2000 n. 41 sulla proposta abrogativa della disciplina del contratto a termine.

[37] Sul dialogo tra Corte Costituzionale italiana e Corte di Giustizia Europea, ampiamente, SALMONI, *La Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità Europee,* in *DP,* 2002, 2, p. 491 ss.

[38] Si rinvia al saggio citato alla nota 6.

[39] Sul punto Celotto, *Contratto a termine e Part-time inammissibilità dei referendum abrogativi,* in *MGL,* 2000, 7, p. 752 ss.

[40] In tal senso, TORCHIA *op. cit*.; *contra* SALMONI, *op. cit*.

[41] PERNICE, *op. cit.* Si rinvia all'ampio dibattito sul Libro Verde della Commissione sulla *governance* europea di cui v. i contributi nel Symposium *Mountain or Molehill? A critical appraisal of the Commission White Paper on Governance,* in Jean Monnett Working paper n. 06/01 all'indirizzo internet http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010601.htm.

costituzionalizzati, base giuridica ben diversa, come è noto, da quella che si realizzerà con la efficacia giuridica della Carta di Nizza (secondo l'art. 5 del progetto di costituzione europea) che sarà inserita nel corpo della Costituzione, e con gli articoli 2 e 3 su valori ed obiettivi dell'Unione del progetto di Costituzione europea elaborata dal *presidium*.

3. Il paradosso secondo il quale è possibile tutto ed il contrario di tutto: l'Europa va presa davvero sul serio!

Detto questo non si può riconoscere che si è inserito ancora un primo tassello della nuova identità del modello sociale, rilevante, ma soltanto iniziale: la regolazione a fini sociali e non di mercato del *part-time* è, ormai, obbligo che trascende la sovranità statale, non dipendendo più da essa; ma non è neppure il portato di un obbligo internazionale, bensì principio derivato di un ordinamento costituzionale in formazione.

Il problema, evidentemente, è il *quomodo* di tale protezione che spetta in larga misura ed in maniera condivisa agli attori istituzionali che operano a vari livelli, in cui molto hanno e avranno da dire ancora i legislatori nazionali.

Questa intercapedine è notoriamente estesa, per ragioni note, riconducibili all'ampiezza dello spettro (altri sono meno aulici e si esprimono in termini di genericità[42]) delle diverse strategie istituzionali varate in ambito europeo sul *part-time*, attraverso la direttiva per principi e il metodo aperto del coordinamento al quale si ispira la strategia per l'occupazione imperniata sulla adattabilità, cui il *part-time* viene collegato.

Da qui il noto e, probabilmente, solo apparente paradosso secondo il quale le politiche europee, per la loro vaghezza e non compromissione nella scelta dei principi e valori di riferimento, consentirebbero al legislatore nazionale di regolare il *part-time* collegando al medesimo grumo normativo, provvedimenti, in atto ed *in itinere*, ispirati a politiche del diritto antitetiche.

Se si guarda alla recente storia legislativa del *part-time,* il paradosso sembrerebbe evidente: nel nome dell'Europa, si è avuto una riforma accusata di eccessi di vincoli[43]; sempre all'ombra del vessillo europeo, la delega annuncia una controriforma o una riforma della riforma che secondo alcuni sembrerebbe andare esattamente dalla parte opposta[44].

La portata del cambiamento di rotta non è del tutto evidenziabile nel testo della delega: è soltanto promesso, se vogliamo, indicato, ma non del tutto esplicitato.

Il lavoro supplementare, ma la stessa elasticità della collocazione temporale della prestazione (notoriamente nervi sensibili della disciplina), dovrebbero essere modulabili sulla base dell'accordo individuale, anche di fronte ad una poco definita "carenza dei contratti collettivi"; si potrebbe, così, ventilare l'abbattimento della famosa doppia chiave (accordo collettivo e consenso

---

[42] LO FARO, *Il part-time in Italia, op. cit.*

[43] In tal senso, esplicativi passaggi nel Libro bianco del Governo e nella Relazione di accompagnamento alla delega citati alla nt. 1.

[44] SANTUCCI, Relazione tenuta presso l'Università Federico II di Napoli il 6 marzo 2003, in occasione dell'incontro di studio su "Il lavoro a tempo parziale", di prossima pubblicazione negli atti relativi al ciclo di seminari "Diritti, Lavori, Mercati".

individuale) nell'ipotesi in cui il decreto attuativo finisca per considerare l'eventualità della carenza del contratto collettivo fisiologica e non meramente transitoria[45]. La dizione "carenza di contratti" è così generica che potrebbe dar luogo a disposizioni, come è stato correttamente osservato, che vanno da un massimo ad un minimo di esaltazione dall'autonomia individuale a danno dell'autonomia collettiva. Il cambiamento di rotta sarebbe, nell'un caso, radicale nell'altro, quasi inavvertito[46].

Nella legge sono pure contenute disposizioni assolutamente vaghe come nel caso della norma che delega il governo[47] ad emanare norme che vadano nel senso "dell'abrogazione e/o integrazione di ogni disposizione in contrasto con l'obiettivo dell'incentivazione del lavoro parziale"; orbene, presa alla lettera, quest'ultima sembra palesemente collidere con l'obbligo di circoscrivere la discrezionalità del governo, mediante definizione dell'oggetto, dei criteri e dei principi direttivi della delega che è il fondamento della persistente competenza parlamentare e del principio della prevalenza del delegante sul delegato, su cui si fonda la teoria costituzionale delle norme interposte[48].

Sono note le ritrosie della Corte Costituzionale a sindacare le norme deleganti e delegate alla luce dei principi contenuti nell'art. 76 Cost.; ma occorre considerare che l'esercizio della delega – e la sua legittimità – non può essere considerata costituzionalmente autoreferenziale, ma misurata sul nuovo livello di costituzionalità sovranazionale che incombe e che trascende.

Detto questo sulla genericità della delega, si può tornare al paradosso cui si accennava.

Se, effettivamente, si dovesse assistere ad una torsione a 360° gradi della disciplina del *part-time* e della politica del diritto cui si ispira, qualcosa ovviamente non funzionerebbe.

Delle due, l'una: o, nella regolazione del *part-time,* il legislatore nazionale è ancora assolutamente libero e sovrano; pertanto può tranquillamente optare per politiche del diritto antitetiche, e si è cercato di dimostrare che questo istituto non si presta a simili torsioni anche per l'autorevole pronunciamento della Corte Costituzionale; ovvero, qualcuno non prende sul serio l'Europa. Ciò nella misura in cui si dovesse accertare che il diritto e le politiche europee possano essere assunti come base giuridica di legittimazione di riforme interne che contraddicano principi, norme, indirizzi e valori dello stesso diritto sociale europeo: si sarebbe, in tal caso, di fronte ad una vera e propria manipolazione consapevole, ovvero indotta da corrività.

Si è, peraltro, convinti che non occorra accettare supinamente la forza suggestiva del paradosso soprattutto per le norme di diritto sociale secondario, dove esso sarebbe eclatante: ancorché la direttiva sul *part-time* appartiene alla nuova generazione del diritto sociale "morbido", le cosiddette direttive per principio, non c'è dubbio che la pregnanza giuridica dei disposti, per quanto a

---

[45] Cfr. l. 30/2003, art. 3, co. 1, lett. a). Sulla problematica della doppia chiave prima della annunciata riforma, si rinvia a LO FARO, *Il part-time in Italia, op. cit.,* e, per una posizione diversa, PINTO, *Lavoro Part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo,* in *DLRI,* 2002, 2, p. 275 ss.

[46] Si rinvia alle puntuali considerazioni di BROLLO, *Le flessibilità del lavoro a tempo parziale e i differenti equilibri fra autonomia collettiva e i differenti equilibri fra autonomia collettiva e autonomia individuali,* in *ADL,* 3, 2002, p. 723 ss.

[47] Cfr. l. 30/2003, art. 3, co. 1, lett. e).

[48] Si rinvia a SICLARI, *Le "norme interposte" nel giudizio di costituzionalità,* Padova, Cedam, 1992.

volte discutibili per contenuti e tecniche, è comunque certa.

Occorre, peraltro, ricordare a chi dà mostra di consapevolezza teorica – non disgiunta da una sorta di malinconico disincanto – nei confronti delle dinamiche di trasformazione indotte dal diritto sociale dell'UE[49], che la direttiva ha trasfuso di peso l'accordo sindacale europeo senza neppure quell'opera di *maquillag*e che, negli ordinamenti statali, usano fare gli uffici specializzati dei parlamenti con la legislazione che recepisce accordi sindacali: perché meravigliarsi, allora, di incertezze e ambiguità frutto di quei compromessi di cui sempre e ovunque sono infarciti gli accordi sindacali?

È probabile, allora, che la suggestione del paradosso non meriti di essere condivisa neppure per le politiche occupazionali orientate dal metodo aperto di coordinamento, "diritto morbido" per eccellenza, dove i richiami al *part-time* sono frequenti.

La strategia dell'occupazione, com'è noto, punta su un coordinamento delle politiche e degli obiettivi attraverso metodi e strumenti la cui scelta è rimessa agli attori nazionali. Su quegli obiettivi e quei risultati i governi debbono necessariamente convergere, contemperando interessi ed esigenze e, quindi, adottando strumenti che abbiano comuni denominatori.

I governi che si succedono non possono mettere in campo strumentazioni che perseguono, di fatto, politiche assolutamente divergenti, dichiarando, invece, di convergere verso una strategia comunemente accettata che è quella europea: se così fosse, alla fine, un *quantum* di manipolazione finirebbe comunque per emergere.

Si è, peraltro, convinti che, per evitare equivoci e paradossi di sorta, occorra leggere molto attentamente e oggettivamente i documenti europei relativi alle linee guida, fuori da ogni saccenteria intellettuale, pre-comprensione o furore ideologico (da cui, oggi, frequenti semplificazioni divulgative, o peggio propagandistiche, del diritto sociale comunitario anche in guisa di apparente elaborazione giuridica che si trasforma d'incanto in politica legislativa). In quei documenti sono ben chiari gli obiettivi e gli strumenti suggeriti: in sintesi, l'obiettivo è l'aumento del tasso di attività agendo sui segmenti in sofferenza del mercato del lavoro. Questo obiettivo non va, peraltro, perseguito a tutti costi, ma va contemperato con un meta-valore dell'identità sociale dell'Europa: la qualità del lavoro, che deve essere creata anche con strumenti come il *part-time*, ma che deve esser comunque alta, la più alta possibile[50].

4. I limiti "in action". La riforma del part-time e il test di adeguatezza europeo. Tre parametri: a) Rispetto della direttiva e bilanciamento degli interessi. b) Clausola di non regresso. c) Principio di non discriminazione.

Sembra, dunque, possibile proporre un test di verifica del tasso di adeguatezza ai principi dell'ordinamento europeo cui sottoporre in concreto la disciplina del *part-time* che verrà[51].

---

[49] Per un tentativo di sistemazione di vari filoni teorici che affrontano il tema del riposizionamento del diritto del lavoro alla luce delle trasformazioni indotte dalla globalizzazione e dalla integrazione europea, si rinvia al saggio citato alla nt. 6.

[50] In questo senso, pienamente condivisibili le considerazioni di LO FARO, *Adaptable Employment and Private Autonomy, op. cit.*

[51] Occorre segnalare che i principi cui si fa riferimento in testo possono essere considerati alla stregua di <<norme principio>> intese quali "precetti di ottimizzazione", più che di norme-regole che sanciscono un precetto rigido che pone l'alternativa secca se violarlo

È opportuno che tale test vada compiuto tenendo conto di alcuni addentellati costituiti dai criteri di interpretazione elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia cui il legislatore nazionale è vincolato anche nel momento in cui si appresta a predisporre o modificare normative su cui non esercita più poteri sovrani. Ci si limita a ricordare alcuni di questi addentellati che si innestano nei parametri funzionali al test di adeguatezza.

- I principi di interpretazione del diritto comunitario, come formulati dalla Corte di giustizia, sono vincolanti anche al di là del caso controverso.

- Il giudice nazionale deve direttamente disapplicare le disposizioni che ritiene in contrasto con il diritto comunitario senza alcun bisogno di sollevare questione di legittimità costituzionale, né questione pregiudiziale *ex* art. 234 del Trattato giusto il canone dell'effetto utile della decisione cui viene chiamata la Corte di giustizia[52].

- Il giudice nazionale deve interpretare la norma nazionale in modo che essa risulti coerente con i principi e i fini del diritto sociale europeo o conforme all'esigenze del diritto stesso.

Tale test di adeguatezza va, inoltre, condotto lungo tre parametri o principi generali di diritto sociale europeo che si rivelano, nel caso del *part-time*, particolarmente pregnanti.

a) Primo parametro. La verifica di adeguatezza rispetto al *principio del rispetto dell'osservanza della direttiva e del principio del bilanciamento degli interessi.*

Dall'applicazione di questo principio, deriva che:

i. la legislazione nazionale non può contraddire il principio di volontarietà del *part-time*, che deve essere sostenuto sia con la clausola esplicita del divieto del licenziamento del lavoratore che rifiuti la modifica del proprio regime di orario, sia con altri strumenti tradizionalmente adottati, a questo fine, dagli ordinamenti nazionali (in Italia, il sostegno dell'autonomia collettiva);

ii. la flessibilità consentita per questo rapporto deve corrispondere in concreto anche all'interesse

---

o osservarlo. Le norme principio prescrivono, invece, che qualche cosa vada realizzata in relazione alle possibilità di fatto e diritto. << L'applicazione dei principi è pertanto suscettibile di gradazioni differenti: essi pretendono soltanto di venire osservati nella misura più estesa *possibile.* Una norma-principio, in definitiva, altro non è che una regola incorporante un numero indefinito di eccezioni; una regola derogabile non già sulla base di condizioni dettagliatamente tipizzate, bensì sulla base di valutazioni di ragionevolezza. Insomma, un precetto flessibile e tendenziale al quale si può contravvenire sulla base di circostanze (di fatto e di diritto) che volta per volta occorre apprezzare ragionevolmente. Il controllo sul rispetto di un precetto di ottimizzazione opera perciò secondo le forme di un sindacato di ragionevolezza >>. In tal senso Chessa, *La sussidiarietà (verticale) come "precetto di ottimizzazione" e come criterio ordinatore,* in *DPCE,* 2002*,* p. 1443.

[52] Ci si potrebbe chiedere se alla luce delle riforme costituzionali recenti ed in particolare alla luce del principio di integrazione dell'ordinamento nazionale nell'ordinamento europeo ex art. 117, co. 1, Cost. "*La potestà legislativa è esercita dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto…dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*", una disposizione di legge in materia di *part-time* o di contratto a termine ritenuta contraria a disposizioni comunitarie, debba essere, semplicemente, disapplicata dal giudice nel singolo caso (giusta la teoria dualista della separazione degli ordinamenti propugnata sinora della Corte Costituzionale), ovvero debba considerarsi affetta da invalidità e debba quindi essere annullata dalla Corte Costituzionale, in ossequio al criterio positivo della gerarchia. A meno di approdare a proposte, che sono pur state formulate in dottrina, per cui le eventuali antinomie tra norme interne e comunitarie andrebbero risolte o sulla base del criterio della preferenza del diritto comunitario, per cui la fonte non preferita cederebbe il passo alla norma preferita, con conseguente dichiarazione di inefficacia direttamente da parte del giudice, in tal senso, CARTABIA WEILER, *L'Italia e L'Europa. Profili costituzionali ed istituzionali,* Il Mulino, Bologna, 2000, p. 175; oppure, attraverso una scelta diretta da parte del giudice che applicherebbe la norma perché competente, operando direttamente un sindacato diffuso sulla compatibilità del diritto interno con quello comunitario: in tal senso, SORRENTINO, *Le fonti del diritto,* Genova, *ECIG*, 1997, p. 25-28.

di chi offre lavoro *part-time* e non solo di chi lo domanda (clausola 1 lett. b della direttiva).

Ogni disposizione, dunque, che si ritenga in contrasto con il principio basilare della volontarietà e del contemperamento degli interessi nei modi voluti dal legislatore europeo, si espone all'applicazione in giudizio degli addentellati prima indicati e di altri ancora (la richiesta di rinvio pregiudiziale in caso di dubbi interpretativi della direttiva, *ex* art. 234 TCE) che possono essere fatti valere direttamente davanti al giudice di merito chiamato a dirimere eventuali controversie.

b) Secondo parametro. La verifica di adeguatezza rispetto al *principio di non regresso per cui l'attuazione del diritto comunitario non può giustificare l'abbassamento del livello di tutela esistente.*

Del principio di non regresso si discute in Italia, più che altrove, con riguardo a disposizioni già introdotte nell'ordinamento (contratto a termine), in corso di modifica come nel *part-time*, o che dovranno essere introdotte come si profila con il lavoro temporaneo, se dovesse andare in porto la proposta di direttiva[53]. Questa discussione non deve apparire un'eccentricità italiana, per altro contingente. Il dibattito registratosi sul "regresso"[54] è, probabilmente, un primo e limitato anticipo di una discussione più generale che riguarderà, con maggiore salienza e concretezza di quel che si è registrato sino ad oggi, nodi fondamentali dell'ordinamento in costruzione: il sistema delle fonti, i criteri di soluzione delle antinomie e dei possibili contrasti tra disposizioni interne e disposizioni sovranazionali (persino di rango costituzionale); ciò nel momento in cui ci si troverà di fronte, secondo le linee indicate nei lavori della convenzione, ad una positivizzazione dei diritti fondamentali della Carta di Nizza, (collocati secondo il progetto nel corpo della Costituzione e non come Preambolo), una razionalizzazione in senso gerarchico del sistema normativo comunitario (art. 24 progetto convenzione)[55], una generale competenza condivisa in materia di politica sociale (art. 12 progetto convenzione), da leggere, per altro, sotto il filtro, elastico, del principio di sussidiarietà (art. 8 progetto convenzione)[56].

Collocato in questo quadro generale, il dibattito italiano sul regresso, anche in materia di *part-time*, non appare certo affetto da provincialismo, né si presenta come un sintomo della scoperta tardiva delle dinamiche dell'ordinamento europeo. Intorno alle diverse interpretazioni formulate sul regresso, si incominciano, invece, a intravedere alcune opzioni che, come attraverso la cartina di tornasole, lasciano vedere di sfuggita modi opposti di concepire l'Europa, secondo l'alternativa, un po' secca ma abbastanza verosimile, di un uso puramente strumentale a ricette politiche, contingenti e di basso profilo (che è approccio ben diverso da una visione pragmatica, realista o addirittura riformista); e di una seria analisi teorica delle implicazioni giuridico istituzionali anche di rango costituzionale ed ordinamentale che il principio reca con sé.

---

[53] COM (2002) 701 def. del 28.11.2002. Su tale ultima proposta di direttiva v. ZAPPALA', *La "flessibilità nella sicurezza" alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law,* in *DLRI,* 1, 2003, di prossima pubblicazione.

[54] V. CARABELLI, *Intervento al seminario sulla nuova legge in materia di contratto a termine,* Roma, 22 ottobre 2001, sul sito internet http://www.unicz.it/lavoro; DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale,* in *DLRI,* 3, 2002, p. 487 ss. Con riferimento alla direttiva 99/70/CE v. ZAPPALA', *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola,* in *DML,* 3, 2001, p. 633 ss.

[55] Sul rapporto tra principio di gerarchia come criterio di razionalizzazione del sistema delle fonti e del sistema politico istituzionale in senso democratico, si rinvia ad ALBINO, *op. cit.;* PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità,* in *Il Dir. Un. Europea,* 4, 1999, p. 725 ss.

[56] Per considerazioni più articolate si rinvia al saggio citato alla nota 6.

Su questo sfondo, non sembrano condivisibili i tentativi di interpretazione riduttiva del significato normativo e precettivo della clausola di non regresso, giusta la tesi che essa vada riferita soltanto a leggi di diretta attuazione della direttiva e non a disposizioni successive; o che essa vada interpretata limitatamente agli aspetti direttamente e specificamente inclusi nella disciplina europea e non a tutta la disciplina di una determinata fattispecie a prescindere dalla tipologia della fonte di attuazione[57].

In dottrina si è sostenuto, in maniera condivisibile, che la clausola di non regresso, inserita sia nella direttiva sul *part-time* sia in quella sul contratto a termine, costituisca un vincolo forte e non debole che non cristallizza affatto l'assetto vigente ma che ne conforma le modifiche, sempre possibili, ad uno *standard* acquisito: possono essere modificati gli strumenti e i mezzi per raggiungere l'obiettivo ma non l'obiettivo stesso della direttiva[58].

Ne viene, per riprendere l'esempio già utilizzato (supra par. 3), che se la garanzia di libera scelta individuale del *part-time,* nell'ordinamento italiano, è perseguita attraverso il sostegno a tale scelta, proveniente dalla regolazione "cornice" predisposta dall'autonomia collettiva – anche relativamente a scelte sensibili relative al *quomodo* e non solo all'*an* dell'accettazione del lavoro *part-time*[59] – tale strumento di sostegno non può essere semplicemente eliminato e sostituito da altri, perché, da un lato, potrebbero essere violati sia il principio della volontarietà sia quello del contemperamento, giusta l'applicazione del primo parametro del test, ma, dall'altro, potrebbe pure determinarsi un regresso rispetto alla tutela acquisita. Tale dottrina introduce un elemento generale di attenuazione dell'effetto di cristallizzazione che deriverebbe dalla concezione forte della clausola di non regresso; è un argomento che si fonda sulla teoria della "valida giustificazione" (il regresso delle tutele in vista di altri obiettivi sociali dell'Unione quali per esempio l'occupazione)[60]. Si tratta di un argomento generale, ma costruito a ridosso della disciplina del *part-time* con riguardo alla clausola della direttiva, non a caso ripresa dalla delega, relativa all'eliminazione di tutti gli ostacoli che impediscono la diffusione del *part-time* a fini occupazionali[61].

Tale tecnica, basata sull'introduzione di un'eccezione al principio per il bilanciamento con valori ed obiettivi di rilievo sociale è stata, per esempio, utilizzata anche nelle recenti direttive antidiscriminatorie: la eccezione al principio di non discriminazione che legittima azione positive – in termini di deroga provvisoria al principio – per il raggiungimento di obiettivi di pari peso (per es. l'integrazione nel mercato del lavoro e la lotta all'esclusione sociale)[62].

---

[57] In tal senso TIRABOSCHI, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata,* in BIAGI (a cura di), 2002, p. 68 ss.

[58] DELFINO, *op. cit.,* p. 492 ss.

[59] Il lavoro supplementare, la elasticità della collocazione temporale della prestazione, per non citare il caso del lavoro a chiamata che solo per aggirare, o manipolare, i vincoli comunitari viene collocato al di fuori della regolazione di tale tipologia (l. 30/2003, art. 4, c. 1, lett. a). Per un primo commento a tale disposizione v. BONARDI, in *Note informative CGIL,* 25, 2002, p. 36 ss.

[60] DELFINO, *op. cit.*

[61] Cfr. l. 30/2003, art. 3, c. 1, lett. e). Q

[62] Cfr. Dir. 43/2000 del 29 giugno 2000, art.5 e dir. 78/2000 del 27 novembre 2000, art. 7. Com'è noto, l'ordinamento comunitario conosce altre tecniche di bilanciamento degli interessi: per es. il meccanismo delle deroghe provvisorie ad un principio generale. Si pensi alla deroga *temporalmente* limitata per l'applicazione della disciplina in materia di ferie contenuta nella direttiva sull'organizzazione dell'orario di lavoro (dir. 93/104, art. 18, comma 1, lett. b)ii); o, pure, alla deroga *soggettivamente* limitata, relativamente alla

È una tecnica però che va usata con molta accortezza e sottoposta a controlimiti e controlli: per esempio va considerata una regola speciale a limitata sfera di azione, con necessaria transitorietà della situazione che si vuole riequilibrare; vanno poi valutate la esatta commisurabilità dei valori in gioco, la loro ponderazione e la verificabilità a posteriori della corrispondenza tra sacrificio e vantaggio[63]. È una verifica molto complessa già nell'ordinamento interno, a maggior ragione, nel nuovo spazio ordinamentale sovranazionale, con riferimento al nuovo intreccio delle fonti, principi costitutivi e alle reciproche e complesse interazioni.

Si può proporre, in via di mera esemplificazione, un dubbio rispetto allo scambio, proposto ed implicito nella legge di delega tra maggiore occupazione e sensibile erosione degli *standard* di tutela acquisiti (se di questo dovesse trattarsi; altro sarebbe il discorso se l'esercizio della delega dovesse limitarsi alla razionalizzazione della normativa esistente prendendo correttamente atto dei vincoli ordinamentali imposti dall'Europa). La strategia occupazionale europea che incentiva il *part-time*, non recede neppure per gli strumenti "morbidi" del metodo aperto di coordinamento, dall'obiettivo della creazione di lavori "migliori": non esiste un solo documento sulle politiche occupazionali in cui la loro qualificazione in termini additivi venga disgiunta dal quella in termini di qualità[64]. Nella valutazione, in chiave di legittimità, del livello di possibile compromissione degli *standard* di tutela sociale del *part-time* si deve tener conto anche di questo fattore.

c) Terzo ed ultimo parametro. La verifica di adeguatezza rispetto al *principio di non discriminazione con il lavoratore comparabile a tempo pieno*.

Come è noto, nella direttiva sul *part-time* il divieto di discriminazione assume l'aspetto positivo dell'obbligo di trattamento uguale (anche se mitigato col riferimento blando al principio del *pro rata temporis*) ("dove è opportuno si applica il principio del pro rata temporis" clausola 4.2 dell'accordo recepito nella direttiva).

È pure noto come il principio di non discriminazione nel diritto sociale europeo pare essere assurto a quel ruolo di tutela pervasiva, diffusa e orizzontale giocato tradizionalmente, nell'ordinamento interno, dalla norma inderogabile [65].

È una tendenza confermata anche dallo spettro e dal tenore dell'ultima generazione di direttive

---

durata della prestazione di lavoro settimanale, per categorie "speciali" (dir. 93/104, art. 17): in argomento cfr. G. Ricci, *L'orario di lavoro nell'ordinamento comunitario*, in Lav. dir., 1998, spec. 96-97.

[63] Per considerazioni simili si rinvia a CARUSO, *Le politiche di immigrazione in Italia e in Europa: più Stato e meno Mercato?* in *DML,* 2, 2000, p. 279 ss.

[64] La valorizzazione dell'elemento qualitativo nella strategia comunitaria sull'occupazione si è avuta, soprattutto, a partire dal vertice di Lisbona. V., in particolare, le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000, del Consiglio europeo di Santa Maria de Feira del 19 e 20 giugno 2000, del Consiglio europeo di Nizza del 7, 8 e 9 dicembre 2000 e del Consiglio europeo di Stoccolma del 23 e 24 marzo 2001, sul sito internet http://ue.eu.int/it/Info/eurocouncil/index.htm. V., inoltre, COM (2001) 313 def. del 20.6.2001. L'obiettivo di un legame sempre più stretto tra incremento della quantità e della qualità dei posti di lavoro è stato ribadito, di recente, nella Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni: *Quadro di valutazione dei progressi compiuti nell'attuazione dell'agenda per la politica sociale,* Com (2003) 57 def., p. 7, ove rilievi critici nei confronti delle politiche occupazionali degli stati, generalmente non rispettose ed incorenti rispetto a tale obiettivo. In dottrina v. PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile,* in *DLRI,* 3, 2002, p. 335 ss.; ZAPPALÀ, *La "flessibilità nella sicurezza", op. cit.;* BARNARD, DEAKIN, HOBBS, *Capabilities and Rights, op. cit.,* p. 467 ss.

[65] *Amplius* BARBERA, *L'eguaglianza come scudo e l'uguaglianza come spada*, in *RGL*, 4, 2002, p. 85 ss.

antidiscriminatorie[66].

Non è su questo che si può indulgere in questa sede. Si vuole semplicemente rilevare che il controllo sulla normativa *in itinere*, in virtù del parametro fornito dalla clausola di non discriminazione, finisce per esser particolarmente efficace e rigoroso.

La legislazione che verrà, e le situazioni che nella realtà si determineranno, potranno essere vagliate non solo in funzione del tenore della norma di diritto interno che recepisce la clausola di non discriminazione della direttiva, ma, soprattutto, visto il tenore del rinvio aperto al diritto comunitario[67], alla luce della concretizzazione che al principio di non discriminazione ha dato la corposa giurisprudenza comunitaria in materia di parità di trattamento e di divieto di discriminazione indiretta

Si tratta di un indirizzo elaborato intorno alle direttive generali di parità, per altro recentemente rafforzate anche sotto il profilo sanzionatorio con la recente direttiva 73/2002 del 23 settembre 2002 di riforma della direttiva del 1976, ma che, com'è a tutti noto – dal caso *Jenkins* sino a *Magorrian* e *Cunnighan*, passando per *Bilka*, *Rinner-Kuhn* e tanti altri casi – avevano ad oggetto trattamenti dichiarati illegittimi di lavoratrici *part-time*[68].

5. Provvisorie conclusioni

È probabile che il *part-time* sia davvero un istituto paradigmatico dell'accelerazione del processo di trasformazione del diritto interno sulla base degli *input*, sempre più indicativi, che provengono dall'alchimia europea.

Input veicolati dai tre "formanti", costituiti dal dialogo delle corti nazionali con la Corte di giustizia, dal diritto sociale sopranazionale, frutto pure, ma non solo, del dialogo sociale e dalla strategia europea per l'occupazione per come regolata dal titolo VIII del Trattato[69]. Tre formanti che, nel processo costituente in atto, potranno avere finalmente un assetto sistematico, ancorché a complessità alta e densa.

Le brevi riflessioni generali, indotte come mero pretesto dall'imminente disciplina regolativa del *part-time* in Italia, hanno, peraltro, contribuito a rafforzare in chi scrive una convinzione che lo accompagna da qualche tempo: ci attende una stagione in cui il diritto sociale europeo e i suoi principi renderanno sempre più complesso, difficile, ma ricco ed articolato il lavoro teorico, ma anche pratico di chi si occupa di diritto del lavoro, con buona pace di chi ne aveva previsto, o agognato, la sua morte lenta ma inesorabile.

---

[66] CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione,* in *RIDL,*2002, I, p. 75 ss.

[67] "(…) fermo restando il rispetto dei principi e delle regole contenute nella dir. 96/71/CE" (art. 3, c. 1, lett. e) della l. 30/2003).

[68] Precipuamente, SCARPONI, *Luci ed ombre dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale, RGL* 1999,2, p. 410 ss.; CHIECO, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa,* in *RGL,* 4, 2002, p. 767 ss.

[69] GIUBBONI, SCIARRA, *Il part-time in Europa, Introduzione, DLRI*, 2000, 4, p. 547 ss.

Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*

Umberto Carabelli

1. Introduzione. Alcuni problemi di metodo. 32

2. L'organizzazione del lavoro: il contratto di organizzazione e altre costruzioni fondative di un vincolo di coinvolgimento collaborativo del lavoratore. 37

3. Alcune considerazioni critiche nei confronti delle costruzioni che hanno mirato ad introiettare nel contratto di lavoro un valore collaborativo rispetto al progetto produttivo datoriale. Argomenti in favore di una lettura del contratto di lavoro come contratto di mero scambio mercantile tra retribuzione e lavoro 'qualificato' dalla subordinazione. 43

4. La collaborazione come prestazione strutturalmente qualificata dalla subordinazione. 49

5. Segue: la subordinazione come sintesi dei poteri del datore di lavoro subordinato. Il potere direttivo come effetto giuridico necessario ed essenziale del contratto di lavoro subordinato. 51

6. Il potere direttivo e il contenuto della prestazione. Il potere direttivo e gli altri poteri che connotano la subordinazione. Il potere direttivo e il suo ruolo nell'organizzazione del lavoro. Il potere di controllo. 57

7. Il contratto di lavoro subordinato, il potere direttivo e l'imputazione del rischio dell'utilità o produttività del lavoro. 62

8. Esiste un'organizzazione giuridica del lavoro? Il contratto di lavoro subordinato come elemento dell'attività/organizzazione. La funzione organizzatrice del potere direttivo. 64

9. Organizzazione e organizzazione del lavoro. Il rilievo giuridico assegnato alle regole tecniche dell'organizzazione del lavoro. Organizzazione del lavoro, obbedienza alle direttive del datore di lavoro e diligenza nell'adempimento. 68

10. Impresa, organizzazione del lavoro e attività contrattualmente dovuta. La professionalità 'acquisita' ed il nuovo orizzonte della 'competenza': vecchi e nuovi modelli, vecchie e nuove interpretazioni del dato normativo. 73

11. La dilatazione del contenuto della prestazione nei nuovi modelli di organizzazione del lavoro nell'impresa e la permanenza della funzione e struttura tipiche del contratto di lavoro subordinato. Identità ed entità delle 'partite' dello scambio contrattuale. La contrattazione collettiva e la sua funzione 'tariffaria'; formazione professionale e 'remunerazione' della prestazione collaborativa. 85

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 5/2003

12. Impresa, organizzazione e contratto: la teoria dei costi transazionali. Dal *make* al *buy*: le nuove frontiere dell'organizzazione dell'attività economica nei sistemi a sviluppo capitalistico. Attività organizzata, pluralismo contrattuale e specializzazione funzionale. Subordinazione, autonomia, e… 97

13. Bibliografia 111

1. Introduzione. Alcuni problemi di metodo.

«Chi deve … occuparsi di quanto sta avvenendo nell'organizzazione del lavoro industriale? Ovviamente gli ingegneri, i sociologi, gli economisti». Questa categorica affermazione è contenuta in un saggio sociologico di recente pubblicazione[70], in cui si dà conto di una ricerca sulle basi culturali della cooperazione e del conflitto in un'importante fabbrica italiana.

L'affermazione parrebbe volta a sanzionare, con determinazione e senza eufemismi, l'esclusione del giurista del lavoro dalle alchimie degli studiosi di quelle scienze privilegiate, cui sarebbe affidato in via esclusiva il compito di sviscerare tutte le caratteristiche e le implicazioni tecniche, sociali ed economiche della c.d. modernizzazione del lavoro nella fabbrica industriale, nonché - è da presumere - nel settore sempre più esteso dei servizi. Al diritto del lavoro nessuno spazio, se non, evidentemente, quello di assecondare i processi di modernizzazione, anche – si potrebbe ritenere con una certa dose di intento provocatorio – tacendo o scomparendo del tutto, se necessario.

In effetti, se si ha la pazienza di scorrere gli indici dei repertori di questi ultimi anni, non si può fare a meno di rilevare come la modernizzazione dei sistemi di produzione di beni e servizi – in larga parte, ma non in via esclusiva, indotta dall'introduzione ed applicazione delle tecnologie informatiche e dalla globalizzazione dei mercati – abbia inciso in modo determinante sugli studi relativi a moltissimi istituti di tutela del diritto del lavoro (sia di origine legislativa che contrattuale), normalmente accusati di manifestare i segni dell'invecchiamento, e quindi sottoposti a sforzi interpretativi di adattamento alle mutazioni in atto, ovvero destinatari dell'auspicio di una 'rigenerazione' normativa strutturale e/o funzionale, ma talora anche di vera e propria soppressione. Per non parlare poi della conclamata necessità – anch'essa in parte soddisfatta, ma di fatto ancora soltanto affermata – di una vera e propria radicale innovazione della strumentazione giuridica di governo del lavoro e del mercato del lavoro nella c.d. società post-industriale, soprattutto in termini di trasformazione dei sistemi di tutela e sicurezza del lavoro conosciuti e praticati negli anni che ci separano dall'emanazione della Costituzione, al fine di fronteggiare, nel nome della flessibilità, i mutamenti profondi causati dalla trasformazione degli stessi modi di impiego della forza lavoro[71].

Alla luce di queste considerazioni, è probabilmente possibile, in uno sguardo retrospettivo che abbracci l'intero periodo post-costituzionale, scorgere nella fase più recente un fenomeno nuovo che ha caratterizzato profondamente la nostra attività di interpreti e, talvolta, di costruttori della norma. Mi riferisco all'innegabile diffusione di un metodo di lavoro fondato sulla rispettosa acquisizione, quale premessa del ragionamento giuridico, dei 'dati' dalla realtà del mondo economico e della produzione, quali risultanti dagli studi ed elaborazioni scientifiche dei cultori delle scienze economiche, sociologiche ed organizzativistiche di tutto il mondo, ed in particolare di quello anglosassone[72]. Di modo che si può forse sostenere che mai come in questa fase storica la sensibilità del giurista del lavoro, aprendosi alla conoscenza di quei mondi, si sia fatta profondamente influenzare da essi, accettando di operare alla luce ed in conseguenza di quei 'dati', al fine di adeguare al meglio la norma al fatto.

---

[70] V. Cotesta (2001), 182.

[71] U. Carabelli (2002a), 57 ss.; T. Treu (2001).

[72] Cfr. in particolare P. Ichino (1996) e Id. (2001); M. Biagi (2001).

Con l'onestà intellettuale di cui ritengo sia capace la corporazione cui appartengo, si dovrebbe addirittura giungere a riconoscere che siffatto atteggiamento adottato sul piano metodologico si sia talvolta tradotto in un condizionamento concettuale, incidendo da un lato sui presupposti logici del ragionamento giuridico dominante nella disciplina, e dall'altro sui risultati e sulle soluzioni del lavoro dell'interprete o del progettista legislativo. Anzi, guardando il fenomeno in una prospettiva ribaltata, si dovrebbe forse discettare di una vera e propria egemonia culturale esercitata anzitutto dai cultori delle scienze economiche, ma, in fin dei conti, anche da quelli delle scienze organizzative e sociali, nei confronti degli studiosi della scienza giuridica del lavoro. Egemonia talora rivendicata senza falsa ambiguità[73], giungendosi anche a sottoporre a dure critiche le 'resistenze' che il diritto del lavoro tradizionale frapporrebbe alla marcia per l'innovazione regolativa, quand'anche di stampo riformista e dunque attenta al problema di definire un adeguato sistema di tutele, seppure di tipo diverso, ad es. attraverso un trasferimento di esse dal rapporto al mercato[74].

Per il vero, in questa valutazione circa il metodo di lavoro che ha caratterizzato gli ultimi venti anni della nostra attività di ricerca (il 1983, anno durante il quale viene siglato il c.d. Protocollo Scotti, rappresenta, probabilmente, una significativa data di riferimento per partire in questa ideale ricognizione) è doveroso segnalare l'affioramento, invero raro, di alcuni esemplari tentativi dottrinali e giurisprudenziali volti a rivendicare, nell'ambito del ragionamento giuridico, la priorità logica, oltre che di politica del diritto, della considerazione delle esigenze di protezione di alcuni diritti fondamentali, quali, in particolare, quelli che attengono alla tutela della persona del lavoratore (considerata tanto sotto il profilo psicofisico che sotto quello morale), che non possono essere nemmeno scalfiti dalla 'necessità' economica (emblematica, a questo riguardo, è l'evoluzione giurisprudenziale in materia di danno biologico, in quanto riferito anche al rapporto di lavoro[75]). Ed un richiamo merita anche l'importante scoperta della possibilità di attribuire valore non puramente nominale e di principio ai diritti sociali sanciti dalla Carta costituzionale[76], la quale, per il vero, solo oggi, ed ancora raramente viene ripresa nel ragionamento di diritto positivo, attivato soprattutto dall'approvazione della Carta di Nizza e dai processi di definizione di una Costituzione europea[77].

Ma, a parte queste poche eccezioni, si può affermare che in realtà sono state assai frequenti – ed anzi lo stanno diventando sempre di più – le ipotesi in cui ci si è resi disponibili ad accettare, o addirittura a sostenere, che le ragioni di tutela del lavoratore, maturate dopo l'emanazione della Costituzione a rafforzamento della sua posizione di contraente debole e di cittadino sottoprotetto[78], possano essere sacrificate non soltanto in nome dell'interesse collettivo all'occupazione - il quale, a saldo del ventennale dominio del garantismo collettivo, si può dire essere stato nel complesso riconosciuto, sia pure con critiche talora anche fondate, come interesse meritevole di prevalere su quello meramente individuale di tipo economico/occupazionale - bensì ormai anche in nome della pura logica della modernizzazione del sistema produttivo. Quest'ultima, invero,

---

[73] M Salvati (2001).

[74] M. Biagi, P. Ichino e T. Treu, opp. citt.; A. Accornero (1999); T. Boeri ed Altri (2002).

[75] V. per tutti M. Pedrazzoli (a cura di) (1995); R. Scognamiglio (1997); AA.VV. (2002a).

[76] A. Baldassarre (1989); L. Mengoni (1998), 1

[77] B. Veneziani (2000), 779 ss.; S. Sciarra (2001), 391 ss.; M. Roccella (2001).

[78] Su cui v. per tutti M. S. Giannini (1949); C. Mortati (1954); C. Smuraglia (1958), 45 ss.; R. Scognamiglio (1978); U. Romagnoli (1995), 19 ss.; E. Ghera (2002), 16 ss.

viene considerata come inarrestabile ed ineluttabile giustiziera delle inefficienze e diseconomie prodotte dalla normativa lavoristica, in una fase di complessiva ridefinizione delle dimensioni spazio/temporali dell'attività produttiva, che mette in crisi tutte le certezze, anche giuridico-regolative, del passato. Ciò se non altro in funzione della salvaguardia del sistema economico-produttivo nel suo complesso, la cui efficienza costituisce un interesse generale, anche per i suoi riflessi occupazionali.

Personalmente ho il forte timore che, soprattutto in questa fase storica, riflessioni di questo tipo possano saldarsi con quella – tributaria delle note concezioni della *law and economics*[79] – secondo la quale i diritti hanno un costo, e tale costo deve essere *sopportabile* da una determinata società in un dato momento storico. A parte la non troppo semplicistica considerazione che, in un'epoca di globalizzazione, occorrerebbe includere sempre nel calcolo economico dei diritti anche il costo globale del mancato loro riconoscimento (in termini non solo di disuguaglianze ma anche di inefficienze di sistema)[80], mi pare debba essere segnalato il pericolo che si possa poi giungere a ricondurre all'interno di questo ragionamento – che invero potrebbe essere ritenuto, almeno in linea di principio, ragionevole, nei confronti dei c.d. diritti sociali condizionati[81] – gli stessi diritti fondamentali della persona, così rallentando, o addirittura ostacolando il processo di riconoscimento in corso, cui si è appena accennato. Laddove siffatti diritti, come ad es. quelli alla salute, alla privacy, alla libertà religiosa etc…, dovrebbero essere ritenuti ormai (alle soglie del XXI secolo…) un valore assolutamente indisponibile, e cioè – in una logica ispirata dal diritto fallimentare – da calcolare *in prededuzione* nella definizione del costo di un'operazione economico-produttiva (in questo, dunque, dissento da Del Punta[82], il quale sembra ammettere sempre e senza distinzioni una scelta tra valori non economici e valori di efficienza economica)

Riguardo alle tendenze sopra indicate, si può fare un esempio, di forte valore simbolico, che ho avuto occasione di toccare con mano di ricercatore.

Esso è rappresentato dall'evoluzione delle posizioni dottrinali in materia d'orario di lavoro, che hanno tra l'altro influenzato anche il comportamento contrattuale dei soggetti collettivi e dello stesso legislatore. Le esigenze di flessibilizzazione dell'utilizzo temporale della prestazione, fortemente rivendicate dalle imprese sin dall'inizio degli anni '80, hanno spinto ad una interpretazione 'riduttiva' non soltanto dei vincoli contenuti nella legislazione ordinaria in materia, ma anche dell'art. 36, co. 2°, Cost., ove si prevede una riserva di legge per la fissazione di un limite di durata massima giornaliera di lavoro[83]; e ciò, nonostante fossero chiare le implicazioni di questo valore massimo in termini di tutela di un fondamentale diritto costituzionale della persona: quello all'integrità della salute psico-fisica del lavoratore[84]. Siffatta interpretazione avrebbe finito, almeno secondo una lettura, per trovare consensi da parte del legislatore del 1997 (c.d. riforma Treu), e certamente ha visto acquiescenti gli stessi soggetti collettivi (ci si riferisce all'Avviso comune del

---

[79] Su cui si v. R. Pardolesi (1987) e, con specifico riferimento all'incidenza sulla nostra disciplina, P. Loi (1999).

[80] V. In generale, tra i tanti, Z. Bauman (2000), 156 ss. U. Beck (2001), 87 ss.; A. Sen (2002), 20 ss.

[81] V. ancora A. Baldassarre (1989), 30 ss.

[82] R. Del Punta (2001), 38 ss.

[83] P. Ichino (1985); Id. (1997); Id. (1994).

[84] V. Leccese (2001), 21 ss.

1997, la cui validità è stata confermata nel 2003), con scelte le cui implicazioni normative saranno comunque ancora da verificare alla luce del recente D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66, attuativo della Direttiva n. 93/1040[85].

Anche il tema oggetto della nostra riflessione odierna non è stato esente dalle conseguenze derivanti da quell'atteggiamento culturale e metodologico della nostra dottrina che ho appena cercato di descrivere. Ove si esaminino gli sviluppi dottrinali e giurisprudenziali più recenti, si può infatti riscontrare la tendenza a perseguire una progressiva espansione, in profondità e larghezza, dell'area del debito del prestatore di lavoro, ottenuta da un lato attraverso l'attribuzione di un sempre più incisivo rilievo dell'organizzazione datoriale sulla situazione del lavoratore in termini di responsabilità; dall'altro lato attraverso un ampliamento del contenuto della prestazione lavorativa, con un'interpretazione sempre più espansiva dell'art. 2103 c.c. (il quale, evidentemente, indipendentemente dalla sua 'famigerata' novella statutaria, si è alla fine rivelato assai meno garantista di quanto si temesse…). Fenomeni dei quali, scontando una certa semplificazione, possono rinvenirsi le radici nella fase più significativa del nostro sviluppo socio-economico (gli anni 60'), per manifestarsi – dopo l'intervallo del decennio post-statutario – soprattutto a partire dalle soglie degli anni '80, attraverso una sempre più convinta adesione alle nuove teorie che hanno accompagnato l'evoluzione dei sistemi di organizzazione del lavoro.

A fronte di questo diffuso atteggiamento della dottrina giuslavoristica, è necessario tuttavia segnalare come, a volersi sforzare in una lettura più precisa di quanto accaduto, non ci si dovrebbe nascondere che ad essere assunte quale esplicita o implicita premessa del ragionamento giuridico sono state, in realtà, le risultanze di una letteratura scientifica – mi riferisco in particolare a quella economica – che è, a sua volta, rappresentativa dell'egemonia vantata, in un determinato momento storico, dagli studiosi appartenenti ad una precisa area culturale nell'ambito della relativa comunità scientifica, la quale ha identificato nei valori del mercato (non 'libero', ma) senza vincoli, dello sviluppo economico (non sostenibile, ma) illimitato, della globalizzazione (non anche dei diritti, ma solo) dei mercati, dell'impiego flessibile (non regolato, ma) libero della forza lavoro, i punti cardinali di una fase storica in cui, anche per effetto della diffusione delle tecnologie informatiche, si assiste ad una vera e propria nuova rivoluzione dei sistemi di produzione capitalistici. Concezioni rispetto alle quali, com'è noto, non mancano letture assai critiche, le quali non sono state effettuate solo in termini di rifiuto altrettanto radicale, ma anche con fiducioso animo riformatore[86].

Analogamente, sul versante sociologico-organizzativo, all'introduzione delle nuove tecnologie e dei nuovi modelli organizzativi del lavoro fondati sulle strategie della *Total Quality*, dello *Human Resource Management*, del *Management by Objectives*, del *Just in Time*, della *Slim* o *Lean Production*, etc., ha fatto riscontro, nel dibattito scientifico, la teorizzazione di un maggiore coinvolgimento professionale dell'individuo lavoratore al progetto produttivo altrui, nei cui confronti si è progressivamente formata un'adesione sempre più vasta e convinta[87]. Anche in questo caso si

---

[85] U. Carabelli – V. Leccese (2002).

[86] Nell'immensa bibliografia, posso segnalare, per riflessioni di differente orientamento R. Dahrendorf (1995); D. Méda (1997); R. Milliband (1994); J. Rifkin (1995); U. Beck (2000).

[87] Cfr. *infra* per riff., ma v. sin d'ora F. Butera (1991), spec. 23 ss. e A. Accornero (1997), spec. 128 ss.

può sostenere che si è trattato di una concezione consolidatasi fino a divenire assolutamente dominante rispetto a letture meno entusiastiche, in cui si evidenziavano soprattutto i rischi, da un lato, della frattura tra tipi di lavoratori indotta da tali modelli, in ragione della divisione tra lavori professionalizzati e non[88]; dall'altro, di un maggiore 'sfruttamento' (o addirittura di 'auto-sfruttamento') del lavoratore comunque impliciti in quei modelli[89]. Né, certamente, nel predetto dibattito scientifico è affiorato sempre con chiarezza che detti modelli richiedevano di affrontare due ulteriori e fondamentali problemi sociali: quello della salvaguardia del ruolo del sindacato – quale contropotere collettivo rispetto alle strategie di utilizzazione della risorsa lavoro – e quello dell'inclusione dei lavoratori nei meccanismi di redistribuzione della ricchezza, attraverso differenziate forme di partecipazione che, dalla mera richiesta di collaborazione individuale nell'attività lavorativa, si estendano ai profili gestionali e reddituali dell'attività d'impresa[90].

A parte queste constatazioni, intese a disvelare il valore 'ideologico' – espressione con la quale, evidentemente, ci si intende riferire non ad una specifica ideologia politica, ma ad una concezione del mondo di cui si rendono portatori gli scienziati attraverso le loro costruzioni[91] – sotteso agli sviluppi teorici appena descritti e spesso trascurato dai cultori della nostra disciplina[92], mi sembra importante altresì segnalare un'importante implicazione degli stessi, anch'essa raramente messa in luce dal dibattito scientifico: in realtà, le concezioni teorizzanti il coinvolgimento individualistico professionale si pongono – se si vuole già sul piano concettuale – in parte in attrito, in parte addirittura in contrasto, con quelle della flessibilizzazione illimitata dell'impiego della forza lavoro.

In primo luogo, infatti, la precarizzazione dei rapporti di lavoro determina normalmente (salvo specifiche eccezioni, che non possono certo essere indicate a modello) un indebolimento della posizione individuale del lavoratore – oltre che nel mercato – nel corso del rapporto, onde v'è il rischio che alla dilatazione degli obblighi che si va predicando non corrisponda alcun miglioramento delle condizioni di lavoro (bensì una mera stagnazione o, addirittura, un arretramento delle stesse). In secondo luogo – ma si tratta di aspetto connesso al primo – la precarietà è incompatibile con la fidelizzazione (che è sottesa ai nuovi modelli collaborativi) e, dunque, v'è il rischio ulteriore che ciò possa incentivare strategie di impiego della forza lavoro che, attraverso una differenziazione tipologico-professionale dei lavoratori, mirino a saldare le due esigenze (quella di fidelizzazione e quella remunerativa) in modo vantaggioso per le imprese e per alcuni ristretti gruppi privilegiati di lavoratori, ma dannoso per ampie fasce di essi (insomma, più stabilità, professionalità e remunerazione per i *core workers*, più precarietà, bassi livelli di qualificazione professionale e basse retribuzioni per i *periphery workers*). In terzo luogo, la crisi del modello del lavoro subordinato e la proliferazione del ricorso a forme contrattuali autonome, tra cui in particolare le collaborazioni coordinate e continuative, ove cavalcata con spregiudicatezza a fini di mera riduzione del costo del lavoro, in assenza di un progetto riformatore complessivo che dia responsabilmente e razionalmente risposta alle esigenze reali di diversificazione tipologica del lavoro, rischia di lasciare sul terreno anche i resti di uno stato sociale in crisi, con buona pace del c.d. modello sociale europeo.

---

88 Su questo aspetto si tornerà *infra*, ma v. già da ora R. Reich (1993); L. Gallino (2001), 18 ss.

89 M. Revelli (2001), 172 ss.; L. Gallino (1998), 93 ss.

90 Per la prospettiva partecipativa si v. in particolare G. Baglioni (1995).

91 L. Mengoni (1996), 18-9.

92 V. però Del Punta (2001) e Id. (2002).

Con questo ho sostanzialmente delineato il percorso che seguirò nell'affrontare il tema oggetto di questo congresso, posto che i profili che ho appena individuato altro non sono se non le proiezioni dei due aspetti oggetto del nostro incontro: l'organizzazione del lavoro (ed anzi dei lavori) e la professionalità del lavoratore, da cogliere nel loro significato e valore giuridico.

2. L'organizzazione del lavoro: il contratto di organizzazione e altre costruzioni fondative di un vincolo di coinvolgimento collaborativo del lavoratore.

A) Il punto di partenza nella nostra indagine sul concetto giuridico di organizzazione del lavoro non può che essere costituito, a mio avviso, dalla constatazione dell'importanza che, a partire dal 1966, ha avuto la nota costruzione di Persiani[93] (successivamente condivisa da Mengoni[94]), alla quale va senza dubbio dato atto di avere evitato ogni compromesso con le tesi istituzionalistiche – secondo le quali, com'è noto, il rilievo sull'obbligazione lavorativa dell'interesse datoriale all'organizzazione del lavoro e, più in generale, al risultato complessivo dell'attività produttiva derivava dall'inserzione del lavoratore nell'impresa e dall'appartenenza alla comunità aziendale[95] – e di aver cercato, invece, di collocare siffatto rilievo all'interno di una convinta affermazione della natura contrattuale del rapporto.

A questo riguardo, occorre anzitutto ricordare che, secondo Persiani, il contratto di lavoro subordinato rappresenta lo strumento attraverso il quale un soggetto, il datore di lavoro, si procura la *collaborazione* di un altro soggetto, il lavoratore, al fine di soddisfare l'interesse (rilevante sul piano giuridico e determinante del tipo contrattuale) al coordinamento o organizzazione dell'attività dello stesso, in vista del risultato ulteriore dell'organizzazione di lavoro nel suo complesso considerata (p. 264-6), e quindi quello della produzione (p. 143). Sotto un profilo generale, va precisato che per l'autore (che riprende e sviluppa una critica nei confronti della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato), l'*oggetto dell'obbligazione* è in grado di ricomprendere tanto il comportamento dovuto quanto del risultato atteso, nel senso che il comportamento solutorio del debitore è necessario e sufficiente a soddisfare l'interesse del creditore, proprio in quanto produttivo del risultato atteso (pg. 135); e ciò sul presupposto che la nozione dell'oggetto del rapporto obbligatorio vada individuata in ragione dell'*assetto di interessi* che in esso si realizza. Con riferimento al contratto di lavoro, peraltro, il risultato atteso (e dunque giuridicamente rilevante) non va identificato col risultato materiale della prestazione (la cui variabilità, o addirittura imprevedibilità al momento della conclusione del contratto, renderebbe altrimenti indeterminato l'oggetto dell'obbligazione) bensì nel predetto coordinamento, inclusivo di quello (p. 264-6).

Secondo la costruzione di Persiani, poi, la soddisfazione dell'interesse al coordinamento dell'attività lavorativa del singolo prestatore avverrebbe grazie all'adozione di uno schema contrattuale sulla cui base il datore diviene creditore, nei confronti del prestatore di lavoro, dell'obbligazione di effettuare la prestazione convenuta nel rispetto del potere direttivo, con la diligenza dovuta, e soprattutto con l'osservanza dell'*obbligo di fedeltà*. Quest'ultimo, in particolare, implicherebbe a carico del lavoratore l'impegno al coordinamento e alla cooperazione, proprio a soddisfazione del menzionato interesse tipico dell'imprenditore dedotto nel contratto. Rispetto al tipo contrattuale del lavoro subordinato, infatti, nell'obbligo di fedeltà si specificherebbe la generale direttiva (oltre

---

[93] M. Persiani (1966).

[94] L. Mengoni (1965).

[95] Si v. in particolare P. Greco (1939), 164-5; L. A. Miglioranzi (1940), 125 ss.; M. F. Rabaglietti (1956), 65 ss.

che della *correttezza*, da cui, secondo la posizione dominante, scaturiscono normalmente doveri a contenuto negativo) della *buona fede*, dalla quale, in quanto fonte di integrazione degli obblighi contrattuali, derivano in generale obblighi a contenuto positivo, nella prospettiva di una «fattiva cooperazione nell'interesse altrui» (p. 221 ss., spec. 223-4 e 237-9). In tal senso la collaborazione di cui all'art. 2094 c.c., indicativa dell'obbligazione di lavorare *inclusiva della fedeltà*, descriverebbe, appunto, la posizione debitoria del lavoratore «avendo riguardo al complesso unitario della sua struttura considerato in funzione del risultato che si attende dal suo adempimento» (p. 255-7). Nella collaborazione (e dunque nel risultato della cooperazione), in altre parole, sarebbe rappresentato anche il valore volitivo (l'*iniziativa*', la chiama l'autore) richiesto nell'adempimento al lavoratore, essenziale a causa del coinvolgimento della persona dello stesso nella prestazione (p. 237-8).

Questa sintetica ricostruzione del pensiero dell'autore spiega perché, secondo Persiani, l'organizzazione del lavoro, da un punto di vista strettamente giuridico, non preesiste al, bensì si costituisce grazie al contratto di lavoro. Quest'ultimo, anzi, si specificherebbe per essere, oltre che un contratto di scambio a prestazioni corrispettive, come *contratto di organizzazione*, proprio in quanto in grado di assicurare al datore di lavoro il risultato del coordinamento o organizzazione *della* prestazione, in funzione della soddisfazione dell'ulteriore risultato dell'organizzazione *di* lavoro nel suo complesso (da cui dipende, in ultima analisi, la stessa «attività della produzione nel suo complesso considerata»: p. 143)[96]. L'interesse a quest'ultimo e mediato risultato, tuttavia, pur rimanendo «fuori del rapporto di lavoro, in quanto non deve essere soddisfatto dal singolo lavoratore» costituirebbe, secondo l'autore, «il termine di riferimento dell'attività dovuta» (p. 264-5).

Ciò detto, ai fini della nostra analisi, devono essere sottolineate le rilevanti implicazioni della costruzione di Persiani sul piano della determinazione della posizione debitoria del lavoratore. Non senza aver prima segnalato che le conclusioni cui giunge Persiani sono dallo stesso dichiarate valide anche per i casi in cui il lavoro non viene prestato in un'impresa, dato che «l'obbligo di collaborare … corrisponde ad un'esigenza propria di ogni organizzazione del lavoro» (in tal senso, la costruzione del contratto di organizzazione risulta idonea ad assicurare una unitarietà del tipo contrattuale, indipendentemente dal fatto che il lavoro subordinato sia prestato in favore di un imprenditore o di un datore di lavoro comune).

La critica più significativa alla tesi di Persiani è stata sollevata, a mio avviso, da Liso, il quale ha rilevato l'inadeguatezza del riferimento al 'coordinamento' a identificare il risultato tipico atteso dal creditore, in quanto elemento privo di una propria autonomia, nonché della pretesa di far gravare sul lavoratore il risultato dell'organizzazione complessiva di lavoro, tenuto conto che la singola prestazione lavorativa interessa in via diretta soltanto «una porzione ben limitata dell'organizzazione produttiva»[97]; ma sul punto si tornerà più avanti.

Oltre a queste importanti considerazioni critiche, altre possono essere rivolte alla costruzione qui esaminata, soprattutto in merito all'attribuzione all'obbligo di fedeltà della funzione di assicurare la tensione del lavoratore verso la cooperazione.

---

[96] Sottolinea, anche se criticamente, l'utilizzo differenziato, da parte di Persiani, delle preposizioni *di* e *del* M. Napoli (1996), 44-5; mentre M. Marazza (2002), 133 ss. distingue a questo riguardo tra organizzazione-atto ed organizzazione-effetto.
[97] F. Liso (1982), 56-59.

Da un lato, infatti, all'obbligo integrativo di fedeltà viene attribuito un valore a dir poco 'eccedente' rispetto non soltanto allo specifico contenuto letterale dell'art. 2105 c.c., ma anche a quello derivante dall'interpretazione giurisprudenziale (la quale, com'è noto, nonostante le teorizzazioni di una parte della dottrina in materia, non si è spinta al di là dell'elaborazione di nozione di *affidamento del creditore nei successivi adempimenti*, in materia del licenziamento per giusta causa)[98]. Dall'altro, solleva perplessità il fatto che il compito di assicurare la soddisfazione dell'interesse socialmente tipico consacrato nel contratto di lavoro (il coordinamento) venga posto a carico non dell'obbligazione principale, bensì di una strumentale ad essa[99].

A questo riguardo, per il vero, Persiani, argomentando su di un piano generale, sostiene che, una volta ricondotto all'oggetto dell'obbligazione tanto il comportamento dovuto quanto il risultato atteso, ed una volta stabilito che la direttiva di buona fede imponga comportamenti strumentali alla realizzazione del risultato, ne deriva che questi comportamenti non hanno una propria autonomia e che «la loro violazione si traduce sempre nell'inadempimento dell'obbligazione principale» (p. 232-3). Ciò è vero, ma forse prova troppo. Ove, infatti, si inverta la prospettiva, ed invece che dal lato dell'inadempimento si esamini la questione dal lato dell'adempimento, mi pare emerga con evidenza che la costruzione dell'autore attribuisca importanza determinante all'obbligo strumentale e non a quello fondamentale...

Infine, anche a voler per ipotesi seguire Persiani nella prospettiva adottata[100], la tesi in esame solleva *oggi* ulteriori perplessità. Infatti, il risultato del coordinamento della prestazione, dedotto dalla direttiva di buona fede, è espressione – come lo stesso Persiani riconosce (p. 223) – di un'istanza di solidarietà[101], la quale si traduce, nel contratto di lavoro, in un modello collaborativo di adesione all'altrui programma organizzativo, che viene dedotto dagli equilibri raggiunti in un determinato momento storico nella realtà dei rapporti di produzione[102]. Proprio per questo, peraltro, occorrerebbe riconoscere che l'interpretazione dello schema contrattuale delineata dall'autore corrispondeva, al più, ad un assetto di interessi registrabile all'epoca della ricerca, ma non è affatto detto che possa avere valore assoluto, potendo, ed anzi dovendo, essere oggetto di ripensamento alla luce dell'evoluzione dei rapporti di produzione. Ciò, d'altronde, è coerente con quanto è stato ancora di recente sottolineato, e cioè che la valutazione *ex bona fide* del regolamento contrattuale richiede «una interpretazione che tenga conto dell'*impegno relativo di cooperazione* reciproca che grava su entrambe le parti (e non soltanto sul debitore di lavoro)»[103]; onde il valore di tale impegno presuppone, appunto, che venga prioritariamente individuato il nuovo assetto di interessi derivante dai mutati equilibri.

Ma anche su questo aspetto sia consentito rinviare al seguito della trattazione.

---

98 Cfr. E. Ghera (2002), 363 ss.; M. G. Mattarolo (2000), 244 ss.

99 Queste critiche già in parte in F. Liso (1982), 58, n. 67, ed ora in A. Zoppoli (2000), 31. Cfr. anche A. Cessari (1969), 30)

100 Ed anche a voler rifiutare la nota e radicale critica che in tema di buona fede è stata avanzata da F. Mancini (1957), 81 ss., il quale ha ricondotto ad essa soltanto obblighi negativi.

101 Su cui v. anche C. Zoli (1988), 226 ss.

102 Ed infatti cfr. le affermazioni effettuate da Persiani a p. 236.

103 A. Viscomi (1997a), 242.

B) Alla costruzione di Persiani possono essere sostanzialmente ricondotte quelle posizioni che, sempre ravvisando nella 'collaborazione' di cui alla disposizione codicistica il risultato della prestazione dell'attività lavorativa, ovvero lo *scopo specifico e tipico* dell'obbligazione gravante in capo al lavoratore, hanno esplicitamente identificato in quella la *causa*, o meglio, il connotato fondamentale e caratterizzante della causa del contratto di lavoro subordinato (che resta comunque una causa di scambio retribuzione/collaborazione)[104]. Tale risultato/collaborazione, inoltre, andrebbe inteso come adeguamento della prestazione «allo scopo proprio dell'organizzazione del lavoro o di una frazione di essa»[105], ovvero, più precisamente, come coordinamento ed organizzazione della specifica attività prestata dal lavoratore, posto che nella collaborazione è appunto «da ravvisare il riflesso del fenomeno dell'organizzazione sull'obbligazione di lavoro» e che l'interesse del datore di lavoro è di «ricevere ed utilizzare la prestazione dovuta in un determinato contesto organizzativo»[106].

Orbene, l'individuazione nel contratto di lavoro di una siffatta causa collaborativa non muta, a mio avviso, di molto i termini del problema, in quanto così si proietta, ancora una volta, sull'obbligazione di lavoro l'interesse dell'imprenditore al coordinamento, e cioè all'organizzazione del lavoro. V'è però una differenza rispetto alla costruzione di Persiani. Per quest'ultimo, come si è visto, il risultato atteso dal datore, per la cui soddisfazione egli si affida ad una esaltazione dell'obbligo di fedeltà, è il generico coordinamento dell'attività del singolo, e cioè l'organizzazione *del* lavoro del singolo costituita dal contratto; laddove l'organizzazione complessiva *di* lavoro è un interesse esterno che tuttavia si riflette sull'attività dovuta. Per gli autori appena esaminati invece, il risultato della collaborazione costituisce la funzione stessa del contratto di lavoro subordinato senza la mediazione dell'obbligo di fedeltà, e attiene dunque all'obbligo principale del prestatore di lavoro; inoltre, mentre secondo una lettura parrebbe riflettersi su di esso la complessiva organizzazione del lavoro del datore, secondo un'altra, più riduttiva, il risultato della cooperazione si specificherebbe con riferimento alla 'frazione' di organizzazione rilevante per la prestazione.

In parte diversa dalla precedente è la posizione di chi ha rinvenuto il fondamento di un impegno cooperativo del lavoratore nella diligenza, di cui all'art. 2104, co.1°, c.c., e specificamente nel richiamo ivi contenuto all'interesse dell'impresa. Partendo dal presupposto che la diligenza costituisce specificazione della stessa obbligazione lavorativa, in quanto concorre ad individuare il contenuto della prestazione di lavoro, questa dottrina ha infatti ritenuto che da siffatto richiamo deriverebbe la necessità di valutare il comportamento del lavoratore «con riguardo alla complessiva attività da svolgere nell'organizzazione ed alla possibilità di integrare in questa il comportamento del lavoratore»; di modo che «un'attività lavorativa eseguita puntualmente sotto il profilo materiale, ma con modalità tali da non poter essere utilmente coordinata con il lavoro degli altri dipendenti, difetterebbe del requisito della diligenza»[107].

---

[104] E. Ghera (2002), 65 e 155-6; v. anche M. Grandi (1987), 324 e A. Viscomi (1997b), 218 ss.; ma d'altronde v. già M. Persiani (1966), 49 ss.

[105] M. Grandi (1987), 324.

[106] E. Ghera (2002), 66.

[107] F. Carinci - R. De Luca Tamajo - P. Tosi- T. Treu (1998), 238; v. anche L. Galantino (2000), 366-7, C. Lega (1963a), 199 e G. Marino (1976), 132.

Anche nei confronti di questa tesi è possibile sollevare robuste riserve. A prescindere dal valore a dir poco pregnante assegnato al riferimento all'«interesse dell'impresa», nei suoi confronti si deve anzitutto obiettare che essa, in realtà, finisce per fare della diligenza non – come dichiarato e come dovrebbe effettivamente essere – un criterio oggettivo di valutazione dell'esatto adempimento, bensì uno strumento di dilatazione dell'obbligazione del lavoratore. Al lavoratore si chiede, infatti, di farsi carico non solo della prestazione dovuta (da eseguire «puntualmente»), ma anche dell'*ulteriore* esigenza del coordinamento con gli altri lavoratori: così, peraltro, si trascura che il coordinamento non è un requisito intrinseco dell'adempimento, bensì un valore aggiuntivo di esso. Alla tesi possono dunque essere opposto quanto già Persiani aveva chiarito, e cioè che la diligenza non ha la funzione di definire (e quindi di dilatare) il contenuto della prestazione, essendo solo «un criterio per valutare la conformità del comportamento del debitore a quello dovuto»: tant'è che «la mancanza di diligenza da sola non dà luogo sempre all'inadempimento o all'inesatto inadempimento, ma può determinarlo solo in quanto impedisca la produzione del risultato atteso»[108]. Insomma, per dirla ancora più esplicitamente, la diligenza non può essere invocata «per ampliare la latitudine dell'obbligazione di lavoro fino a ricomprendervi prestazioni 'discrezionali' o 'implicite' di tipo cooperativo»[109].

Su quali siano, invece, il contenuto e la funzione della diligenza nell'ambito del contratto di lavoro si tornerà più accuratamente più avanti nella trattazione.

Ancora in una prospettiva differente si muove invece la costruzione di Liso, il quale si colloca in posizione critica rispetto alla costruzione di Persiani. L'autore, al riguardo, osserva preliminarmente che se, dal punto di vista dell'organizzazione aziendale, si può parlare di variabilità del risultato materiale, sul piano del rapporto individuale di lavoro, quali che siano i concreti compiti svolti, vi è sempre un risultato *costante* dell'attività, consistente non nel coordinamento (realtà non dotata di propria autonomia), bensì nell'«apporto di utilità qualitativamente corrispondente soprattutto allo svolgimento delle mansioni» (questa definizione lascia intendere con chiarezza che il risultato cui si riferisce Liso è quello giuridico…). Di qui, appunto, la possibilità di sostenere «non che l'interesse al coordinamento comprenda quello al risultato» (qui Liso, intende riferirsi evidentemente al risultato materiale che per Persiani, come detto, è ricompreso nel risultato giuridico, costituito dal coordinamento) bensì «che è quest'ultimo – inteso nel senso ampio di apporto arrecato da ciascuno all'esistenza dell'organizzazione e alla sua attività produttiva (in altri termini, risultato = frammento dell'organizzazione che vive nel comportamento del lavoratore) – che ricomprende incorporandolo, il precedente» (qui sembra che l'autore, utilizzando l'espressione '*quest'ultimo*' intenda riferirsi, appunto, al risultato materiale di Persiani: ma in realtà nel suo ragionamento questa volta non intende certo riferirsi al risultato materiale, ma a quello giuridico da lui individuato più sopra: insomma, per Liso l'interesse al risultato giuridico tipico, da lui individuato nel predetto 'apporto', ricomprende quello al coordinamento, privo di un'autonomia propria). Ciò posto, continua Liso, si deve ritenere che «tra risultato dell'organizzazione produttiva e comportamento dovuto, unico punto di mediazione giuridicamente rilevante sia dato

---

[108] Così M. Persiani (1966), 208 ss., che infatti, come si è visto, colloca più ragionevolmente il risultato della cooperazione a carico dell'adempimento fedele.

[109] A. Viscomi (1997a), 231 ss. e 241-2, il quale, peraltro, recupera una finalizzazione collaborativa della diligenza sotto altro profilo; ma sul punto, che richiede una riflessione più avanzata si rinvia al seguito.

dall'esercizio del potere di supremazia dell'imprenditore»; ma tale comportamento potrà, in relazione ad «aspetti eccedenti i compiti che devono essere svolti in osservanza delle disposizioni date dal datore di lavoro nell'esercizio del potere direttivo … ulteriormente specificarsi solo in riferimento a quella frazione dell'organizzazione complessiva nella quale il prestatore si trova inserito … e tale ulteriore specificazione costituirà espressione non di un'integrazione *ab externo* del contenuto della prestazione, bensì proprio una qualità essenziale della prestazione di lavoro subordinata, cioè quella della sua idoneità ad aderire al tessuto dell'organizzazione»[110]. Non è chiaro da dove l'autore derivi siffatto vincolo aggiuntivo; e tuttavia l'argomentazione sviluppata sembrerebbe ricondurlo – non all'obbligo di fedeltà ma – ad un modo di essere intrinseco dell'obbligo di lavoro, e dunque, si potrebbe forse ipotizzare, al generale vincolo di cooperazione debitoria cui sarebbe tenuto il prestatore[111].

Pure in questa nuova prospettiva (in particolare alla tesi va riconosciuto il merito di aver dato, preservandone comunque l'astrattezza concettuale, maggiore precisione e *concretezza* alla definizione del risultato giuridico atteso dal creditore della prestazione, seppure con qualche ambiguità nella definizione del rapporto tra risultato materiale e risultato giuridico: ma sul punto v. *infra*) si deve dunque riscontrare come nella costruzione dell'autore si finisca per sostenere egualmente un trasferimento a carico del debitore/lavoratore di una responsabilità diretta in funzione del perseguimento di un risultato organizzativo, per quanto in termini più contenuti: Liso, infatti, in modo assai più netto degli autori da ultimo ricordati, chiede a quest'ultimo di impegnarsi, *al di là* del rispetto delle disposizioni erogate del datore, al fine di far 'aderire' la sua prestazione a quel *frammento* di organizzazione in cui essa si colloca. Per il vero, nel far questo egli riconosce con consapevolezza i rischi di siffatto coinvolgimento, sostanzialmente raccomandando una grande prudenza valutativa[112]. Anche in questo senso più contenuto, peraltro, è evidente che viene in tal modo ancora una volta incluso nell'area del debito un atteggiamento volitivo del lavoratore rispetto al predetto obiettivo organizzativo/produttivo: non a caso l'autore parla, come si è visto, di «aspetti eccedenti i compiti …».

Concludendo questa parte ricognitiva delle posizioni forse più emblematiche in tema di rapporto organizzazione/contratto di lavoro, ritengo sia opportuno segnalare un ulteriore aspetto: mentre nella costruzione di Persiani dal (e per il tramite del) contratto si costituisce direttamente l'organizzazione *del* lavoro (del singolo prestatore), nonché indirettamente, per effetto mediato di questa, la stessa organizzazione *di* lavoro nel suo complesso, nelle tesi appena ricordate il profilo del contratto di organizzazione resta ai margini della riflessione[113], laddove sembra trasparire l'intento di assegnare all'organizzazione del lavoro (colta nella sua complessità, o in uno specifico frammento di essa) un valore esterno al contratto (pur se comunque in grado di avere su di esso un determinante rilievo giuridico).

---

[110] F. Liso (1982), 56-9.

[111] Si v. tuttavia a pg. 60 un cenno al comportamento diligente.

[112] Si v. infatti, p. 59-61, dove fa riferimento agli *standards* di comportamento aziendale.

[113] V. dichiaratamente in tal senso F. Liso (1982), 51.

3. Alcune considerazioni critiche nei confronti delle costruzioni che hanno mirato ad introiettare nel contratto di lavoro un valore collaborativo rispetto al progetto produttivo datoriale. Argomenti in favore di una lettura del contratto di lavoro come contratto di mero scambio mercantile tra retribuzione e lavoro 'qualificato' dalla subordinazione.

Al fine di avviare un complessivo percorso critico nei confronti delle costruzioni fin qui esaminate, è utile ritornare per un attimo a quanto già osservato in relazione alla costruzione di Persiani.

Si è detto più sopra che considerare il *coordinamento* dell'attività del singolo lavoratore come il risultato giuridico atteso dal datore, e far *rifrangere* su di questo l'interesse all'organizzazione complessiva di lavoro, costituiva una costruzione tecnico-giuridica fondata su una lettura dell'assetto di interessi, di cui il contratto di lavoro sarebbe espressione, nella quale si riflettevano, in larga misura, gli equilibri sociali del tempo; mi pare, peraltro, che si possa tranquillamente asserire che essa corrispondesse in larga misura ad una precisa opzione di politica del diritto. D'altronde il favore per una concezione del contratto di lavoro che, seppure connotato da contrapposti interessi dei contraenti, mira a trapiantare nell'obbligazione lavorativa una 'tensione cooperativa' finalizzata, alla fine, a soddisfare l'interesse organizzativo complessivo del datore di lavoro, è dichiarato più volte esplicitamente nei passaggi centrali della sua argomentazione[114], e, a ben vedere, trova conferma anche nella più recente produzione dell'autore[115].

Ciò detto si deve rilevare come queste stesse valutazioni possano in larga misura essere estese anche nei confronti degli autori favorevoli ad una ricostruzione della collaborazione come causa del contratto di lavoro, per quanto, come si è visto, nel disegnare l'incidenza della dimensione organizzativa sulla singola prestazione, essi paiono talvolta limitarla alla 'frazione' dell'organizzazione su cui incide la prestazione. Ed ancora analoghe considerazioni, possono essere in fin dei conti effettuate nei confronti tanto della costruzione che riversa sulla diligenza il compito di fondare un vincolo cooperativo in capo al lavoratore, quanto della costruzione di Liso, in quanto essa, come si è visto, finisce comunque per porre a carico del lavoratore un vincolo collaborativo aggiuntivo rispetto all'adempimento diligente e obbediente, seppure, con maggiore chiarezza, entro i limiti della frazione organizzativa e produttiva di riferimento.

Orbene, a me pare che una serena ed oggettiva lettura di tutte queste costruzioni, ciascuna delle quali indubbiamente ricca di raffinate suggestioni teorico-concettuali, non possa non riconoscere come esse abbiano accompagnato e connotato un'epoca di sviluppi del diritto del lavoro caratterizzata dal progressivo riequilibrio dei poteri in azienda – ottenuto soprattutto attraverso un accrescimento della presenza e del ruolo del sindacato, a partire dalla metà degli anni '60 – e durante la quale all'effetto redistributivo di redditi salariali crescenti è corrisposta, dopo le acute tensioni dell'autunno caldo, la progressiva affermazione di comportamenti individuali e collettivi meno 'conflittuali' e più 'collaborativi', anche in ragione della progressiva introduzione dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro[116]. Un'epoca durante la quale, anche nella materialità delle relazioni di lavoro, vi è stata una sempre più larga condivisione dei valori organizzativi dell'impresa, grazie – non soltanto, ma certamente soprattutto – alla *tendenziale stabilità* del rapporto

---

[114] Cfr. ad es. M. Persiani (1966), 43 e 264.

[115] V. infatti M. Persiani (1995), 1 ss. e Id. (2000), 1 ss.

[116] Un'esplicita dichiarazione in tal senso si ritrova in F. Liso (1982), 64 ss.; il che giustifica, appunto, dal punto di vista di politica del diritto, la sua particolare interpretazione del vincolo di cooperazione debitoria di cui sopra.

di lavoro normalmente instaurato dall'impresa per soddisfare le proprie, altrettanto stabili, esigenze organizzative e produttive. Da questo punto di vista, anzi, si potrebbe addirittura giungere ad affermare che, sul piano dell'adempimento dell'obbligazione lavorativa, assai frequentemente si è addirittura riflesso perfino il valore finale dell'organizzazione produttiva in sé considerata (cioè, se si vuole, il successo dell'impresa nel mercato), percepito come valore di interesse comune, quanto meno dal punto di vista occupazionale. Mi piace a questo riguardo pensare ad una sorta di compromesso produttivo e occupazionale che, almeno in Italia, è stato parte del più generale compromesso dello Stato sociale, soprattutto dopo l'emanazione dello statuto dei lavoratori[117].

D'altro canto, è significativo che con chiarezza uno dei fautori più accesi della costruzione di Persiani abbia, proprio di recente, dichiarato che «il rapporto tra impresa e contratto di lavoro subordinato si realizza in termini di funzionalità e non già di struttura; termini che possono essere correttamente individuati solo accettando, dopo essersi liberati da pregiudizi ideologici, che l'interesse dell'imprenditore al funzionamento dell'impresa, non rimanendo delimitato alla sfera dei motivi individuali irrilevanti, caratterizzi lo schema causale del secondo»[118]. Un'affermazione emblematica di quanto ho appena segnalato, e che può forse far sorridere per l'accusa di pregiudizio ideologico rivolta alle tesi contrarie, quasi che quella sostenuta dall'autore ne sia del tutto esente...

In verità, come si tornerà a dire più avanti, occorre riconoscere che quei tempi sono cambiati, e soprattutto che sono cambiate, a partire dalla metà degli anni '80, le strategie del capitale nell'esercizio dell'attività economica d'impresa nonché nella gestione del personale (e ciò anche sul piano delle tipologie contrattuali con le quali, attraverso l'utilizzazione del lavoro, si persegue il risultato produttivo finale). Sotto altro profilo, lo stesso contenuto dell'attività lavorativa, a causa delle nuove tecnologie informatiche e dei nuovi modelli organizzativi e produttivi, ha conosciuto un progressivo arricchimento qualitativo, ma, a ben vedere, anche quantitativo, cui si è già accennato in apertura e sul quale si tornerà più ampiamente nel seguito.

In questa nuova realtà, credo che sia opportuno, ed anzi necessario, procedere ad una parziale revisione delle tesi, cui si è sopra accennato, che, in quanto in grado di esprimere un certo concetto 'cooperativo' del rapporto di lavoro, sono risultate sino ad oggi sostanzialmente prevalenti; ciò con l'obiettivo di riportare *nel* contratto di lavoro il *nuovo equilibrio* di posizioni corrispondente da un lato ai nuovi modelli flessibili ai quali si ispira l'attività organizzativa e produttiva dell'impresa nel mercato globale, e dall'altro alle nuove multiformi caratteristiche del lavoro sul piano dei contenuti e delle forme giuridiche con cui viene erogato. Una fase nella quale, anche a causa della perdita di centralità del modello di rapporto di lavoro subordinato tradizionale (a tempo pieno e indeterminato), si sta verificando una nuova 'mercificazione' del lavoro; in cui si stanno sfaldando i *presupposti* individuali (stabilità) e collettivi (presenza e ruolo del sindacato nell'impresa 'leggera' e soggetto/oggetto di esternalizzazione) di una concezione di tipo collaborativo del rapporto di lavoro; in cui l'introduzione delle nuove tecnologie richiede una prestazione

---

[117] Cfr. M. G. Garofalo (1999), 453 ss.

[118] M. Marazza (2002), 246.

sempre più impegnativa e psicologicamente coinvolgente mentre, per contrasto, si riduce la capacità corrispettiva ma anche, e soprattutto, redistributiva del salario contrattuale, per effetto di uno squilibrato (e ormai addirittura frammentato) rapporto di forze sul piano collettivo; ed in cui, in prospettiva, si è giunti a proporre l'abolizione di uno dei livelli di contrattazione nonché, addirittura, a ventilare la reintroduzione di salari differenziati per aree geografiche[119]. Una fase in cui, in altre parole, è stato rimesso in discussione lo stesso compromesso sociale cui si è sopra accennato.

Insomma, alla luce dei nuovi equilibri economici e di potere che si vanno consolidando nella società del nuovo secolo, mi sembra che occorra procedere, attraverso l'attività interpretativa, ad una *ridefinizione* – per dirla alla Persiani – *dell'assetto di interessi* di cui il contratto di lavoro deve rendersi espressione, ricostruendo il senso del contratto di lavoro subordinato e della sua funzione nella società attuale.

Personalmente ritengo che ciò debba avvenire tornando a riconoscerlo come *puro* contratto a prestazioni corrispettive, la cui funzione economico-sociale è di assicurare uno scambio 'secco' tra retribuzione ed attività lavorativa, qualificata, come si dirà, dalla subordinazione, e connotata ormai, nei nuovi sistemi organizzativi post-tayloristici (v. *infra*), da una dilatazione quantitativa e qualitativa della prestazione da erogare. Un contratto in cui si riconosce l'integrale responsabilità gestionale e di coordinamento dei fattori produttivi in capo al datore di lavoro (in quanto detentore dei mezzi di produzione), il quale, sul versante dell'utilizzazione della forza lavoro, se, da un lato, ha la titolarità del potere direttivo, dall'altro, subisce in pieno il rischio dell'utilità o produttività del lavoro (v. *infra*). Un contratto, infine, in cui la funzione di garantire nello scambio un'attività lavorativa erogata con *animus collaborandi* è assegnata non alla ricostruzione di una posizione debitoria del lavoratore in chiave collaborativa (imponendogli un'iniziativa, un impegno volitivo specifico volto a soddisfare il bisogno di aderenza all'organizzazione datoriale, per il tramite di una dilatazione degli obblighi strumentali – obbligo di fedeltà – ovvero dell'obbligazione principale, anche attraverso la dimensione della cooperazione debitoria oppure del criterio di diligenza), bensì direttamente alla controprestazione retributiva o, più generalmente, ad una attribuzione remunerativa, nella quale possa trovare accoglienza anche il *valore di mercato* di un siffatto coinvolgimento personale del singolo lavoratore. E, d'altro canto, si pensi sin d'ora, a questo riguardo, al valore sempre più significativo che è stato assegnato, negli anni più recenti, al c.d. salario di partecipazione come autonoma parte della retribuzione[120]. Quanto detto, peraltro, non significa affatto non riconoscere l'esistenza, in capo al lavoratore, di un preciso obbligo di diligenza di tipo professionale nell'esecuzione della prestazione, giusta quanto previsto dall'art. 2104, 1° co., c.c. (ma sul punto v. meglio *infra*).

Taluno potrebbe rispolverare, nei confronti di questa proposta, l'accusa di 'paleocapitalimo'[121] ovvero di voler ritornare ad una ormai superata concezione del lavoro come merce[122]. Confesso

---

[119] L. Costabile (2002a); C. Vignocchi – F. Origo (2002).

[120] Sulla necessità di rivalutare il profilo della corrispettività, anche nella prospettiva di una «utilità potenziale, nel senso di utilità non attualizzata», v. già L. Zoppoli (1991a), 345 ss.

[121] M. Marazza (2002), 11, riecheggiando un'espressione di Mengoni.

[122] Aspetto sul quale cui v. le riflessioni di P. O'Higgins (1996) e di M. Grandi (1997) e Id. (1999).

che non mi sembra ci sia troppo da scandalizzarsi. In fin dei conti gli stessi nuovi modelli di impiego ed utilizzazione flessibile della forza lavoro, che tendono a standardizzarsi in tutto il mondo economico globalizzato, sono stati più volte ricondotti alle logiche mercificate dell'organizzazione del lavoro delle origini dell'industrializzazione[123]; dunque, si tratta semplicemente di ragionare senza nascondersi una corrispondenza tra le due prospettive; salvo poi, ovviamente, a trattarle con le dovute differenziazioni (anche in ragione dei diversificati livelli di sviluppo organizzativo concretamente presenti nella concreta esperienza in questa fase storica).

A questo riguardo, è forse possibile scoprire la rinnovata freschezza di costruzioni per lungo tempo considerate obsolete, ma che, sottoposte ad adeguata rilettura, potrebbero offrire un valido contributo a siffatta opera di revisione.

Vale, infatti, la pena di ricordare che nel corso degli anni '50, immediatamente a ridosso del Codice Civile, era stata avanzata la tesi secondo la quale l'obbligazione di lavorare andrebbe considerata come una semplice obbligazione di *facere* ed il risultato atteso dal creditore (corrispondente all'interesse del datore di lavoro giuridicamente rilevante nel contratto) consisterebbe semplicemente in quella «modificazione della realtà che permette poi al creditore di soddisfare un suo interesse ulteriore ed estraneo rispetto a quello soddisfatto con il rapporto obbligatorio»[124]. Com'è noto, la tesi, ben definita da Mengoni e sviluppata con acutezza da Mancini, è fondata sulla distinzione tra il risultato dell'obbligazione di lavorare, che consisterebbe nello stesso comportamento del prestatore, e il risultato finale cui aspira il datore di lavoro (c.d. risultato in senso pregnante), che si realizza attraverso la combinazione della prestazione di lavoro con gli altri fattori produttivi; combinazione resa possibile dalla subordinazione, ovvero dal *potere coordinante* del datore di lavoro, che, peraltro, secondo Mancini, non deriverebbe dal contratto, bensì dall'inserzione del lavoratore in una comunità di lavoro o di impresa[125].

Orbene, mi pare si possa affermare che, *secondo questa posizione*, il contratto di lavoro altro non è se non un contratto di scambio, le cui obbligazioni corrispettive hanno ad oggetto, da un lato, la retribuzione e, dall'altro, la prestazione intellettuale o manuale (cioè l'attività o comportamento) del lavoratore, idonea a soddisfare l'interesse del datore di lavoro grazie alla sua mera e concreta effettuazione. Se si preferisce, con la brutalità della terminologia economica a cui stiamo ormai tornando ad abituarci, si potrebbe dire che si è in presenza di un contratto di scambio in cui, tramite corresponsione di un 'prezzo', viene acquisita – nella pura logica dell'economia capitalistica – la merce/lavoro, la cui intrinseca utilità materiale costituisce di per sé il risultato immediato atteso dal creditore; al cui potere direttivo, esterno al contratto, è poi riservato il compito di 'spremere' da essa il valore aggiunto del coordinamento.

La costruzione ricordata giungeva a rinvigorire l'originaria distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, sul presupposto della elementare constatazione dell'inesistenza di obbligazioni in cui manchi il risultato dovuto. Essa, in tal senso, riconduceva l'obbligazione del lavoratore subordinato alla categoria delle obbligazioni di mezzi sulla base della considerazione che l'attività del prestatore sarebbe idonea a realizzare solo un interesse strumentale del datore di lavoro, laddove

---

[123] Tra i tanti, seppure con diverse prospettive di analisi, si v. L. Gallino (1998), 116 ss.; V. Forrester (1997); J. Stiglitz (2002), 53 ss.; R. Sennet (1999), 45 ss.

[124] Così M. Persiani (1966), 129.

[125] F. Mancini (1957), 16 ss.

quello finale e primario potrebbe trovare soddisfazione solo sulla base di un'ulteriore attività di quest'ultimo estranea al vincolo contrattuale. Diversamente, nelle obbligazioni di risultato, quale quella dedotta nel contratto di lavoro autonomo, l'attività del lavoratore sarebbe in grado di per sé di realizzare il risultato finale del creditore-committente.

In realtà la distinzione tra le due categorie di obbligazioni è stata in seguito messa in discussione più volte, in particolare a causa della difficoltà di distinguere tra risultato finale e strumentale, specialmente quando è una prestazione di tipo professionale ad essere dedotta in un contratto di lavoro subordinato. Di modo che appaiono convincenti, e sono qui condivise, le tesi che escludono la possibilità di fondare su siffatta distinzione quella tra lavoro autonomo e subordinato[126].

Ciò detto, ai fini che per il momento qui più interessano – e salvo a specificare fra breve il criterio cui invece va affidato il compito di tipizzare il contratto di lavoro subordinato – resta a mio avviso comunque ferma la possibilità di riconoscere, grazie soprattutto all'apporto dato da Liso alla riflessione sul tema, che l'oggetto dell'obbligazione gravante sul lavoratore è nel *facere*, e più precisamente nel comportamento o, se si preferisce, nell'attività lavorativa di cui è debitore il prestatore di lavoro, il cui risultato, *giuridicamente* rilevante per il datore di lavoro, altro non è se non l'apporto di utilità corrispondente allo svolgimento della medesima (che, come osservato, appunto, da Liso, è un valore che non muta al mutare della concreta mansione svolta dal lavoratore, e dunque del risultato materiale dell'attività), come tale inclusivo del risultato materiale.

L'adesione sostanziale all'idea sottesa alla tesi di Mancini non può tuttavia prescindere da alcune importanti correzioni di rotta che devono essere ad essa apportate, effettuabili grazie all'elaborazione ulteriore che nel corso degli anni più recenti è stata sviluppata in relazione al contratto di lavoro subordinato, e principalmente proprio dalle tesi di Persiani e Liso. La prima è che il c.d. potere coordinante del datore di lavoro non è esterno, ma interno al vincolo contrattuale; la seconda è che proprio per questo l'obbligazione di lavorare ha in realtà come oggetto un'*attività lavorativa qualificata* – in quanto strutturalmente connotata dalla soggezione al potere direttivo del datore di lavoro – il cui risultato giuridico è rappresentato, appunto, dall'apporto di utilità che quest'ultima è in grado di fornire al datore di lavoro (quello che Liso chiama «frammento dell'organizzazione che vive nel comportamento del lavoratore»); la terza – ma si tratta di aspetto direttamente connesso ai precedenti – è che l'attribuzione al datore di lavoro del potere direttivo (e reciprocamente della soggezione ad esso del lavoratore) trova la sua ragion d'essere nel riconoscimento, da parte dell'ordinamento, di un interesse del datore di lavoro a conformare al meglio l'attività lavorativa del prestatore alla propria aspettativa di utilità, risultando poi, di conseguenza, a suo carico il rischio del perseguimento di questo risultato.

Resta inteso, peraltro, che una volta connotate in tal senso la funzione e la struttura dell'obbligazione di lavoro subordinato, tutto il resto – e specificamente l'organizzazione del datore di lavoro, nonché i profili volitivi di cooperazione, o di aderenza ad essa o alla frazione di essa rilevante – rimane esterno all'area del debito del lavoratore[127]: a quest'ultimo, in altre parole, si richiede

---

[126] V. da ultimo la ricostruzione di A. Perulli (1996), 172 ss. e 417 ss.

[127] Così con chiarezza già S. Magrini (1973), 382 ss.; v. anche L. Spagnuolo Vigorita (1986), 987.

soltanto di adempiere (diligentemente) l'obbligazione di lavorare ottemperando al potere direttivo del datore di lavoro, al quale solo viene affidato il compito, ed anzi più precisamente *l'onere*, di conferire valore aggiunto alla concreta attività lavorativa del singolo, rendendola coordinata con la complessiva attività svolta. Si è detto onere, in quanto il potere direttivo, così inteso, può essere configurato, appunto, come «un onere coordinato al credito di lavoro»[128].

Merita a questo punti di essere ancora una volta ricordato come, in parziale critica alla costruzione di Persiani – il quale, a fronte della variabilità del risultato materiale della prestazione, aveva escluso che in quest'ultimo potesse ravvisarsi altresì il risultato giuridico atteso (pena l'indeterminatezza dello stesso oggetto dell'obbligazione) ed aveva rinvenuto nel 'coordinamento' siffatto risultato giuridico, inclusivo di quello materiale – Liso avesse osservato come in realtà sia possibile, a fronte del variare dei compiti concretamente svolti dal lavoratore, individuare un risultato giuridico costante dell'attività dedotta in contratto diverso dal coordinamento, e consistente «nell'apporto di utilità quantitativamente corrispondente soprattutto allo svolgimento delle mansioni contrattuali»; un risultato giuridico che 'incorpora' il coordinamento. Orbene, la posizione di Persiani è stata di recente ripresa da Marazza, il quale è tornato a ribaltare la prospettiva. Criticata la posizione di Liso sulla base dell'affermazione che «proprio il fatto che le mansioni altro non esprimono che l'attività dedotta nel contratto e da eseguire sotto il vincolo della subordinazione deve indurre a ritenere che l'apporto del lavoratore non può essere giuridicamente qualificato con riferimento ad una piuttosto che all'altra modificazione materiale che concretamente produce», l'autore è così tornato a sostenere che è «l'interesse al coordinamento, soddisfatto con l'attribuzione del potere di individuare di volta in volta il comportamento solutorio [che] comprende in sé quello al risultato materiale atteso di volta in volta dalla singola prestazione di lavoro, dipendendo dal primo la stessa identificabilità del secondo». E ciò, ha precisato l'autore, troverebbe conferma nel fatto che il lavoratore che, prestando la propria attività, produce un'utilità economica o materiale ma disobbedisce alle direttive del datore di lavoro è comunque inadempiente, laddove se obbedisce a tali direttive è comunque adempiente anche se non produce l'utilità attesa dal datore di lavoro[129].

In realtà queste considerazioni critiche muovono, a mio avviso, da una mera riproposizione della tesi di Persiani, fondata sulla considerazione della variabilità del risultato materiale, senza tener conto della critica di Liso (probabilmente fraintesa a causa dell'ambiguità esplicativa nella definizione del rapporto tra risultato materiale e risultato giuridico, sopra accennata), relativa alla possibilità di individuare – a fronte del variare dei compiti concretamente svolti dal lavoratore, e pertanto del risultato materiale – un risultato giuridico più concreto della generica cooperazione, costituito, appunto, nell'utilità apportata al datore di lavoro dall'attività svolta in aderenza alle direttive erogate dallo stesso. Anche Liso, in altre parole, riconosce la variabilità del risultato materiale e non identifica il risultato giuridico in esso bensì in qualcos'altro. Solo che questo qualcos'altro non è il 'coordinamento' di Persiani – rispetto al quale Liso afferma che «non è una realtà dotata di autonomia (e non è quindi ipotizzabile un interesse al coordinamento come interesse distinguibile dall'interesse al risultato della prestazione)» – bensì quell'«apporto di utilità» di cui si è appena detto. È dunque proprio questa considerazione che spiega perché, anche nella pro-

[128] Così M. Persiani (1966), 190; ma già anche G. Ghezzi (1965), 6-7.

[129] M. Marazza (2002), 237 ss.

spettiva della costruzione di Liso (cui è tributaria su questo aspetto, quella seguita in questo lavoro) si può continuare ad affermare che al di fuori dell'adempimento obbediente non c'è nessuna utilità giuridica, anche se in ipotesi potrebbe essercene una economica; e reciprocamente perché il lavoratore che obbedisca alle direttive datoriali sarà da considerare adempiente, dato che avrà prodotto l'utilità giuridica attesa, anche se non avrà procurato alcun risultato economico.

4. La collaborazione come prestazione strutturalmente qualificata dalla subordinazione.

Al fine di giustificare queste affermazioni, ricollegandole al tema qui oggetto d'esame, intendo ripartire, secondo un metodo interpretativo classico, da una rilettura dell'art. 2094 c.c., e precisamente da un ripensamento del significato da attribuire al termine 'collaborazione'.

A questo riguardo, mi pare che, come intuito da Mario Napoli, leggere nel riferimento alla collaborazione contenuto nell'art. 2094 c.c. il risultato della prestazione di lavoro sia il frutto di una interpretazione del dato letterale che, seppure compatibile con esso, non appare affatto necessitata. Anzi, secondo lo stesso Napoli, essa sarebbe colpevole di una sorta di paradosso logico, poiché identificherebbe nella collaborazione – che pure viene costruita, nello schema dell'art. 2094 c.c., come l'oggetto dell'obbligazione – un *quid pluris* idoneo ad aggravare la posizione debitoria del lavoratore[130].

Il fatto è che – pur accedendo alle tesi da cui si è partiti, secondo la quale l'oggetto dell'obbligazione di lavoro comprende tanto il comportamento del prestatore quanto il risultato (giuridico) atteso dal datore di lavoro, inclusivo di quello materiale – intendere il termine collaborazione nella prospettiva del risultato atteso (in altre parole come se l'art. 2094 c.c. fosse formulato in questo modo: «si obbliga [mediante retribuzione] a far derivare al datore di lavoro, dalla propria prestazione lavorativa, un *risultato* consistente nella collaborazione») induce evidentemente a ragionare direttamente sul valore funzionale del comportamento dovuto. Invece, leggendolo nella prospettiva del comportamento dovuto (e cioè come se la disposizione codicistica fosse così formulata: «si obbliga [mediante retribuzione] ad effettuare una *prestazione* consistente nella collaborazione»), si apre la possibilità, altrimenti di fatto preclusa, di attribuire al medesimo termine non necessariamente un valore *funzionale*, bensì un valore *strutturale*.

In effetti, a me sembra che la formulazione letterale della disposizione induca a propendere per il significato più diretto, e se si vuole più elementare, di formale definizione dell'oggetto delle due obbligazioni che caratterizzano il sinallagma operante nell'ambito del contratto di lavoro, attraverso il riferimento, per ciò che attiene all'obbligazione di lavoro, al comportamento dovuto dal lavoratore. In altre parole, attribuire alla 'collaborazione' il valore descrittivo della prestazione dovuta, rende, forse, più coerente la presenza dell'inciso «mediante retribuzione», con cui viene definita la prestazione posta a carico del datore di lavoro.

Ove si concordi con la ragionevolezza di questa lettura, occorrerà spiegare in che senso il legislatore, nel definire l'oggetto dell'obbligazione lavorativa, si sia riferito nell'art. 2094 c.c. alla 'colla-

[130] M. Napoli (1996), 48.

borazione' e non alla 'prestazione' (parola che invece viene utilizzata in altre disposizioni codicistiche relative al contratto di lavoro subordinato: cfr. artt. 2100, co. 1°, 2104, co. 1°, 2107, 2120, co. 3°).

Ebbene, la risposta pare relativamente lineare: poiché l'articolo in questione costituisce la norma primaria destinata a definire il 'tipo' contrattuale del lavoro subordinato, il legislatore ha inteso adottare una tecnica relativamente sofisticata, utilizzando, dal punto di vista linguistico, il verbo 'collaborare', idoneo ad esprimere un concetto giuridico complesso, e cioè inclusivo non soltanto dell'attività lavorativa in sé considerata, ma anche di una sua specifica *qualificazione* (non funzionale, ma) *strutturale*. In altre parole, alla collaborazione deve attribuirsi un valore indicativo del fatto che il comportamento solutorio deve essere connotato da specifiche *caratteristiche strutturali*.

Questa lettura parrebbe coincidere in parte con quella avanzata di recente con acutezza da Napoli[131], il quale, peraltro, ha sostenuto che nella collaborazione sarebbero ricomprese tre connotazioni proprie della prestazione lavorativa: la personalità, il carattere durevole dell'impegno (la continuità), la professionalità delineata dalle mansioni di assunzione. A me pare, tuttavia, che attribuendo alla collaborazione questa portata non si ottiene un gran risultato dal punto di vista qualificativo. Ed infatti, mi sembra si possa sostenere che: a) la personalità della prestazione deriva già dall'essere l'obbligazione di lavoro un'obbligazione di *facere* infungibile; b) la continuità del vincolo dall'essere il contratto di lavoro un contratto di durata (onde v'è la giuridica disponibilità nel tempo del diritto – e reciprocamente dell'obbligo – allo svolgimento dell'attività); c) la professionalità collegata alle mansioni dall'essere il predetto *facere* non un *facere* generico, ma specificantesi, appunto, nelle mansioni *ex* artt. 2103 c.c. e 95 disp. att. c.c. Per il vero Napoli precisa che il riferimento alla professionalità intende segnalare la «tensione sempre presente nello svolgimento dell'attività lavorativa, anche nel lavoro più elementare o non qualificato, tra la professionalità soggettiva (attitudine professionale talvolta attestata da certificati) e la professionalità oggettiva, cioè la sintesi descrittiva delle mansioni da svolgere». Anche in questo senso, peraltro, non si tratterebbe di un apporto determinante, in quanto, come si avrà modo di precisare più avanti, le giuste esigenze espresse dall'autore sono destinate ad essere soddisfatte attraverso l'impiego, nell'adempimento della prestazione di lavoro, della specifica diligenza di cui all'art. 2104, co.1° c.c. Insomma, attribuire alla parola 'collaborazione' il significato indicato da Napoli significherebbe caricarla di pesanti funzioni riassuntive, ma privarla di un valore qualificatorio. Al contrario è necessario guardare oltre per cercare di conferirle un valore più utile a fini ricostruttivi della fattispecie tipica.

La lettura proposta può trovare fondamento nella frase conclusiva dell'art. 2094 c.c., riportata subito dopo la virgola che segue la parola «impresa»: mi riferisco all'espressione «prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore». Ebbene, l'impiego del gerundio dopo la virgola lascia trasparire l'intento del legislatore di aprire una frase di valore *esplicativo*, in cui viene chiarito quanto affermato nella parte della norma che precede; più precisamente, una frase con la quale viene spiegato cosa debba intendersi per 'collaborare'. Si è di fronte, in altre parole, alla precisazione normativa delle caratteristiche strutturali con cui deve essere svolta l'attività lavorativa (caratteristiche delle quali, come si è detto, la parola

---

[131] M. Napoli (1996), 51.

'collaborare' costituisce la sintesi concettuale): il lavoratore subordinato è obbligato ad effettuare una *prestazione di lavoro* intellettuale o manuale «alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore»[132]. In questa prospettiva si spiega anche l'uso della parola 'collaborare': il suo significato etimologico 'lavorare insieme' richiama, appunto, il diretto rapporto tra il prestatore di lavoro ed il datore di lavoro che ne dirige la prestazione.

Si tratta di una lettura che, è bene sottolinearlo in via incidentale, conferma altresì quanto ormai da lungo tempo il dibattito scientifico ha chiarito – e che implicitamente è stato accolto in questo lavoro – e cioè che il comportamento dovuto dal lavoratore non consiste, come teorizzato a suo tempo da Suppiej, nella mera 'disponibilità' al lavoro – quale obbligazione generica derivante dal contratto – fermo restando, poi, il sorgere, in un secondo momento, per effetto dell'esercizio del potere direttivo, e quindi all'esterno del contratto, dell'obbligo di effettuare una specifica attività[133]. Al contrario, l'obbligazione del prestatore è un'*obbligazione di comportamento*[134], perché l'adempimento si fonda sul concreto svolgimento di un'attività manuale o intellettuale, quantunque *qualificata*, nel senso che sarà precisato tra breve.

5. Segue: la subordinazione come sintesi dei poteri del datore di lavoro subordinato. Il potere direttivo come effetto giuridico necessario ed essenziale del contratto di lavoro subordinato.

Ciò posto, occorre passare a dare un significato puntuale all'espressione «alle dipendenze e sotto la direzione» del datore di lavoro, in cui la dottrina e la giurisprudenza hanno tradizionalmente rinvenuto il contenuto della 'subordinazione'; non senza aver osservato preliminarmente che, nella costruzione fin qui seguita, in aderenza al dato normativo, è la subordinazione a divenire un carattere della collaborazione e non quest'ultima a rivelarsi indice della prima, come talora avvenuto nelle elaborazioni del passato[135].

A) Com'è ben noto – al punto che, anche per ragioni di spazio, mi ritengo esonerato dal doverne dare puntualmente conto – numerose sono state le interpretazioni che, soprattutto nel periodo più recente, sono state date a quell'espressione.

Fino a pochi anni or sono v'è stato un consenso relativamente unanime sul suo valore di endiadi[136]; ad essa sono stati assegnati i significati più vari e complessi, comunque destinati in generale a descrivere lo stato di soggezione del lavoratore ai poteri del datore di lavoro e, specificamente, a quello direttivo[137], giungendosi, all'apice della riflessione, ad individuare nella 'dipendenza' e nella 'direzione' rispettivamente il profilo statico e quello dinamico di tale soggezione[138]. E, d'altro canto, in questo stato di soggezione è stato normalmente individuato il criterio di diffe-

---

[132] M. Napoli (1996), 53 afferma, infatti, che l'espressione sta ad indicare che «la collaborazione si svolge in un ambito normativo caratterizzato dalla dipendenza e dalla direzione dell'imprenditore»; già in tal senso v. C. Lega (1963b), 77, sulla scorta di una «interpretazione rigorosa dell'art. 2094 c.c.»).

[133] Suppiej (1957), 93 ss. e Id. (1982), 69 ss.

[134] Anche a questo riguardo si v. da ultimo la ricostruzione del dibattito di A. Perulli (1996), 172 ss.

[135] L'osservazione viene ancora una volta da M. Napoli (1996), 53; solo che, come si dirà tra breve, la subordinazione non va considerata un carattere per così dire 'aggiuntivo' ed 'esterno' della collaborazione, come inteso da questo autore, bensì un carattere 'connotativo' ed 'intrinseco' della collaborazione stessa.

[136] Cfr. sul punto M. Marazza (2002), 44, dove a nt. 53 vari riff.

[137] V. per un'ampia ricostruzione delle varie posizioni L. Gaeta (1993a), 71 ss.

[138] M. Grandi (1987), 323.

renziazione del contratto di lavoro subordinato da quello d'opera, o di lavoro autonomo, inequivocabilmente definito dall'art. 2222 c.c., per contrapposizione al tipo di cui all'art. 2094 c.c., in ragione dell'assenza di un «vincolo di subordinazione nei confronti del committente».

In effetti, raccogliendo il risultato di una lunga ed articolata elaborazione concettuale, si può affermare che il requisito della soggezione al potere direttivo, e quindi della subordinazione del lavoratore, è stato normalmente considerato come l'effetto necessario, tipico e qualificante del contratto di lavoro.

Ciò detto, si può qui soltanto accennare al fatto – peraltro notorio, ma su cui si tornerà comunque più avanti nella trattazione – che i nuovi modelli di organizzazione del lavoro, indotti anche, ma non solo, dall'impiego delle tecnologie informatiche, hanno comportato la diffusione di forme di lavoro autonomo (o preteso tale) caratterizzate dalla deduzione in contratto dell'obbligo di compimento di un'opera o, assai più frequentemente, di un servizio, implicante caratteristiche strutturali e modalità dell'attività lavorativa assai simili a quelle del lavoro subordinato. Si assiste, infatti, alla presenza di una penetrante erogazione di 'istruzioni' da parte del committente, in funzione di un coordinamento organizzativo, logistico e temporale assai stretto tra il lavoratore ed il committente stesso (mi riferisco in particolare ai c.d. collaboratori coordinati e continuativi). Di qui i frequenti dubbi – e una copiosa giurisprudenza – circa la riconducibilità di concrete ed ambigue fattispecie concrete all'una o all'altra fattispecie astratta.

Proprio al fine di dare risposta all'esigenza di distinguere dal contratto di lavoro subordinato siffatte forme di lavoro autonomo – spesso, come si dirà più avanti, conviventi sotto lo stesso tetto con il lavoro subordinato tradizionale – si sono così sviluppate nel tempo interpretazioni che hanno cercato di argomentare una differenziazione del significato da attribuire delle due parole determinanti dell'espressione ('dipendenza' e 'direzione'), soprattutto specificando il valore da attribuire alla prima di esse, a fronte della 'naturale' attribuzione alla seconda del generale significato di etero-direzione.

Così un'illustre dottrina ha affermato che mentre il primo di tali termini avrebbe una funzione descrittiva del tipo normativo, in relazione all'inserzione dell'organizzazione creata dal datore di lavoro, il secondo non sarebbe esplicativo del primo, ma piuttosto esprimerebbe «un suo modo di essere normale (e dunque non essenziale) suggerito dal modello di riferimento»[139]. Analogamente, ma in termini più espliciti, un altro autore ha sostenuto che occorrerebbe attribuire alla parola 'dipendenza' il significato di 'coordinamento spazio-temporale' (in cui sarebbero impliciti la continuità e il carattere personale della prestazione), come tale indicativo dell'inserimento del lavoratore nell'impresa; un requisito, questo, ritenuto dall'autore come necessario ma non sufficiente per la configurazione del 'contratto di lavoro subordinato' (posto che il coordinamento spazio-temporale può ricorrere anche in fattispecie di lavoro non subordinato): a questo fine sarebbe invece indispensabile (salvo che in casi particolari, come, ad es. nel lavoro sportivo) la presenza dell'altro requisito, quello della 'direzione', o meglio, 'eterodirezione', necessariamente concorrente con il primo nella funzione qualificatoria della fattispecie tipica[140].

---

[139] L. Mengoni (1986), 17.

[140] P. Ichino (1989), 79 ss. e Id. (2000), 256 ss.; v. anche R. Pessi (1989), 56-7.

A fronte di queste letture si deve in verità ricordare che già in epoca anteriore alcuni autori avevano ritenuto che il vincolo della dipendenza postulasse l'assenza di un'organizzazione propria di capitale o lavoro altrui e l'alienità del risultato finale[141], ovvero l'inserimento del lavoratore in una struttura organizzativa *predisposta da altri*[142]; una concezione, quest'ultima, che è stata successivamente ripresa anche da altra dottrina[143].

Orbene, nonostante il breve spazio che si può dedicare in questa sede alla trattazione di questo aspetto pur così centrale della nostra disciplina, si può forse affermare che l'insieme delle interpretazioni sviluppate per dare contenuto concreto ai concetti di 'dipendenza' e 'direzione', e più in generale a quello di 'subordinazione', simboleggiano, nella loro variegata pluralità e complessità, l'attività interpretativa di una dottrina colta e tecnicamente raffinata, che ha accompagnato il consolidamento della specialità della nostra disciplina. Pur tuttavia, mi pare che, cercando di sopperire alla mancanza di certezze dovute all'ambiguità del dato normativo, questa dottrina si sia lasciata fortemente condizionare soprattutto dall'intento di costruire tesi funzionali al perseguimento dell'obiettivo di politica del diritto di valorizzare l'aspetto dell'*organizzazione dell'impresa,* nonché dell'estraneità del lavoratore a quest'ultima, in quanto non titolare dei mezzi di produzione.

Personalmente ritengo che invece occorra sottrarsi a siffatte suggestioni, derivanti soprattutto dall'adozione di una prospettiva che *privilegia il lavoro subordinato nell'impresa*, e tornare a ragionare proprio sul dato normativo.

B) Il punto di partenza è costituito da due osservazioni. La prima è che l'espressione 'alle dipendenze', esprime innegabilmente un generico 'disequilibrio' di poteri tra due soggetti, di cui l'uno è sottoposto ad una posizione di supremazia dell'altro (la quale ha, evidentemente, un fondamento giuridico); d'altro canto che questo sia il significato da attribuirle, lo si può ricavare altresì dall'art. 2086 c.c., dove si afferma che «l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui *dipendono* gerarchicamente i suoi collaboratori»[144]. La seconda è che l'espressione 'sotto la direzione', trova corrispondenza piena nell'art. 2104, co. 2°, secondo il quale il prestatore di lavoro «deve … osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende»: si tratta della specificazione del potere direttivo dell'imprenditore.

In questo, dunque, non si concorda affatto con quella recente dottrina che, pur correttamente tornando a praticare un'esegesi letterale della norma, ha sostenuto che mentre il primo termine tipizzerebbe come subordinata «l'obbligazione di chi è tenuto ad osservare le disposizioni impartite dall'imprenditore con riguardo all'esecuzione e alla disciplina del lavoro», il secondo starebbe ad indicare più specificamente il diritto del datore di lavoro di impartire le direttive per la specificazione e conformazione della prestazione[145]. Una tesi che mi sembra trascurare come le direttive per la specificazione e conformazione della prestazione siano esse stesse direttamente dettate per l'*esecuzione* della prestazione (ma sul punto v. meglio *infra*)

---

141 R. Scognamiglio (2000), 83 ss.; L. Mengoni (1971), 42; F. Mazziotti (1974), 70 ss.; O. Mazzotta (1979), 324-5.

142 U. Romagnoli (1967), 189 ss.; ancora L. Mengoni (1971), 42.

143 M. Napoli (1996), 54-7; ma v. anche M. Marazza (2002), 48-9.

144 Sul collegamento con questa disposizione v. anche L. Castelvetri (2001), 30.

145 L. Castelvetri (2001), 32 ss.

Ed invece, ad avviso di chi scrive, il rapporto tra le due espressioni va inteso in un senso differente, tenendo conto che la seconda si presenta in parte specificativa della prima, in parte portatrice di una propria funzione qualificatoria.

In tal senso, la prima espressione ('alle dipendenze') assolve ad una funzione meramente *descrittiva* della caratteristica generale del tipo normativo, costituita appunto dalla soggezione del lavoratore ai poteri del datore di lavoro nell'ambito del rapporto di lavoro: e la conferma di ciò è offerta non soltanto dalla giurisprudenza, ma altresì dal legislatore, ove si consideri che l'art. 1, co. 5°, L. n. 1369/1960, nel sanzionare l'interposizione illecita prevede che «i prestatori di lavoro occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, *alle dipendenze* dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni»[146].

La seconda espressione ('sotto la direzione'), invece, assolve alla funzione *definitoria* del necessario ed essenziale modo di essere di tale soggezione in relazione all'adempimento dell'*obbligazione di effettuare la prestazione lavorativa* (e quindi, appunto, qualificatoria di quest'ultima dal punto di vista strutturale), attraverso l'enunciazione del potere direttivo. Ed a sua volta, infine, l'art. 2104, co. 2°, c.c., non fa altro che determinare il contenuto stesso del potere direttivo, quale fondato dall'art. 2094 c.c.[147].

Si noti che l'interpretazione proposta – la quale, nonostante le apparenze, si differenzia in realtà sotto diversi profili da quella di Mengoni, sopra ricordata – implicitamente rifiuta pure la tesi di Persiani, secondo la quale alla subordinazione non potrebbero essere ricondotti anche il potere di modificare le mansioni il lavoratore *ex* art. 2103 c.c. (l'autore scriveva prima della modifica introdotta dall'art. 13 L. n. 300 del 1970), ed il potere disciplinare *ex* art. 2106 c.c., in quanto tali poteri, pur attenendo ad una situazione di soggezione del lavoratore, non riguardano l'adempimento dell'obbligazione di lavorare, bensì, rispettivamente, la modificazione unilaterale dell'oggetto (che è preliminare all'adempimento), ovvero le eventuali conseguenze dell'inadempimento del lavoratore[148]. In realtà, si deve ritenere che la subordinazione del lavoratore sorgente dal contratto attiene a tutti gli aspetti predetti; soltanto che, mentre il potere direttivo va considerato come un *effetto necessario ed essenziale* del contratto – poiché la soggezione ad esso si configura come elemento strutturale dell'obbligazione di svolgere un'attività lavorativa – per quanto attiene al potere di modifica delle mansioni e al potere di erogare sanzioni disciplinari (ma anche agli altri poteri datoriali, quale ad es., il potere di trasferimento, di cui all'art. 2103, co. 1°, c.c.) si è di fronte ad effetti meramente *naturali*, ma proprio per questo non essenziali del contratto stesso[149].

Conseguenza derivante da questa interpretazione è, dunque, che hanno ragione coloro i quali sottolineano come il potere direttivo, in quanto effetto giuridico necessario del contratto di lavoro subordinato, non possa mai mancare in capo al datore di lavoro[150]. Questi, poi, potrà anche

---

[146] Per questo collegamento v. anche O. Mazzotta (1979), 326-7 e G. De Simone (1995), 86.

[147] Cfr. per tutti M. Persiani (1966), 206-7; S. Magrini (1973), 411; G. Suppiej (1982), 109-110.

[148] M. Persiani (1966), 193 ss.

[149] Per quanto attiene al potere modificativo delle mansioni, in tal senso M. Marazza (2002), 295.

[150] Cfr. ancora M. Persiani (1966), 193 ss. e M. Marazza (2002), 294.

decidere di non esercitarlo (e quindi disporne, non in generale, ma) nella concreta situazione, ad esempio perché ritiene che quello specifico lavoratore sia perfettamente consapevole di quanto deve fare per ottemperare all'obbligazione di lavoro assunta; e tuttavia egli potrà sempre ed in ogni momento modificare la sua scelta e optare per il suo esercizio, ovviamente nei limiti (ad es. procedimentali, ma anche sostanziali) che derivano dalla legge o dai contratti collettivi[151]. È evidente, comunque, come, in assenza del suo esercizio, assai difficoltosa sarà l'indagine volta, in situazioni di contrasto, a riconoscere la sussistenza di quel potere giuridico, onde qualificare il rapporto concreto come rapporto di lavoro subordinato.

Non mi sento di poter condividere, a questo riguardo, la posizione di Napoli[152], secondo il quale l'etero-direzione andrebbe intesa «non nel senso della costante determinabilità ad opera del datore di lavoro, ma nel senso che essa può essere resa soltanto a seguito di un impulso dinamico gestionale ad opera del datore di lavoro», in qualità di capo dell'impresa; di modo che le due specificazioni della dipendenza e dell'etero-direzione risulterebbero «la proiezione sul piano del rapporto di lavoro delle caratteristiche del datore di lavoro». Si è già criticato il significato da questo autore attribuito al termine 'dipendenze'. Altrettante perplessità solleva adesso la pretesa di attribuire all'etero-direzione il significato di 'impulso dinamico gestionale': qualora, infatti, con tale espressione l'autore intenda assegnare un valore meramente 'ideale' al predetto impulso, si potrebbe controbattere che il riferimento dell'art. 2104, co. 2°, c.c., alle disposizioni per la disciplina e l'esecuzione del lavoro rende al contrario l'etero-direzione un elemento estremamente concreto e tangibile; qualora invece si volesse far riferimento al valore 'istantaneo' del comando, si dovrebbe invece osservare che il potere direttivo in tanto ha un senso, in quanto sia connotato dalla continuità (questa sì ideale) dell'intervento sotto il profilo del suo effetto, corrispondente d'altronde alla continuità del vincolo giuridico del contratto di lavoro subordinato, in quanto contratto di durata (ma su questo aspetto v. *infra*).

Quanto appena argomentato in relazione al potere direttivo (in termini di necessità giuridica) non può, invece, essere riferito a nessuno degli altri poteri datoriali previsti dalla legge, per i quali – essendo essi, appunto, un effetto meramente naturale, e quindi non necessario né essenziale per la sussistenza del tipo contrattuale – può essere riconosciuta una facoltà dispositiva in capo al datore. Per contro, proprio in quanto effetto comunque naturale, è altresì evidente che il loro concreto esercizio sia considerato dalla giurisprudenza un indice assai forte della concreta sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

Per riassumere quanto appena argomentato, lo stato di dipendenza del lavoratore, e dunque la subordinazione nel suo complesso, è sempre un effetto del contratto; solo che, per la parte attinente alla soggezione al potere direttivo, l'effetto avrà sempre carattere necessario ed essenziale (come tale indisponibile), in quanto connotativo del tipo contrattuale, mentre per la parte relativa alla soggezione agli altri poteri esso avrà invece carattere meramente naturale e non essenziale (e quindi disponibile)[153]. Ciò significa che, ai fini qualificativi della prestazione/collaborazione (*ex* art. 2094 c.c.), quel che conterà sarà che l'obbligazione di lavorare sia adempiuta 'sotto la direzione' del datore di lavoro; ove questo requisito sussista il lavoratore potrà essere considerato

---

151 P. Ichino (1989), 50-2; R. Pessi (1989), 60; Napoli (1996), 58-60; G. Ferraro (1998), 437.

152 Napoli (1996), 59.

153 V. in questa prospettiva anche E. Ghera (1999), 493-4.

'subordinato' (da cui la natura c.d. tecnico-funzionale della subordinazione), e pertanto 'alle dipendenze' del datore di lavoro, gravando su di lui anche la soggezione agli altri poteri legali.

A questo riguardo, un aspetto meritevole di immediata segnalazione è che alla concezione della subordinazione del lavoratore quale effetto del contratto, è stato obiettato che essa risulterebbe contraddittoria con la pretesa di assegnare alla stessa una funzione qualificatoria del tipo contrattuale, posto che gli effetti presuppongono già risolto il problema della definizione[154]. A questa obiezione si è, peraltro, efficacemente controbattuto che è solo per il tramite di tali effetti «che un concetto si può caratterizzare, e di conseguenza può essere qualificato, nel mondo giuridico»[155]; una risposta condivisibile, che risulta coerente con le posizioni maturate in relazione alla definizione dei tratti essenziali e qualificativi del tipo contrattuale[156].

Val la pena sottolineare sin d'ora che, nell'indagare sulla *ragione* per cui il legislatore ha ritenuto opportuno denotare, nel sinallagma del contratto di lavoro, l'obbligazione di comportamento del lavoratore come obbligazione di 'collaborare' – e quindi di prestare il lavoro con soggezione al potere direttivo, nonché agli altri poteri del datore di lavoro – si potrà poi anche ritenere che con questa scelta il legislatore abbia inteso consentire all'imprenditore o, più in generale, al datore di lavoro (anche non imprenditore), di soddisfare, attraverso l'interesse a ricevere la prestazione etero-diretta, anche quello al coordinamento della prestazione di lavoro con quella di altri lavoratori, nonché con gli altri fattori della sua attività, economica o non[157]. Ciò, peraltro, avendo ben chiaro che con questa lettura non si ipotizza affatto «l'inserimento del fine produttivo… nello schema causale del contratto»[158], dato che l'interesse del datore di lavoro al suddetto coordinamento resta estraneo all'area del debito del lavoratore, in quanto assorbito nell'esercizio del potere direttivo: adempiendo la propria prestazione (con diligenza professionale e) con ottemperanza ad esso il lavoratore estingue il suo carico debitorio.

Insomma, l'interesse economico-organizzativo-produttivo del datore di lavoro, tanto nella dimensione *micro* quanto nella dimensione *macro*, non si riflette direttamente sull'obbligazione del lavoratore in termini di responsabilità, ma solo in via mediata, attraverso l'esercizio, e reciprocamente il rispetto, del potere direttivo. Torna alla mente, a questo riguardo, l'efficace affermazione di Liso – già sopra ricordata – secondo il quale «tra risultato dell'organizzazione produttiva e comportamento dovuto, unico punto di mediazione giuridicamente rilevante [è] dato dall'esercizio del potere di supremazia dell'imprenditore»[159]: un'osservazione che possiamo adesso accogliere integralmente nella sua essenza (una volta che la si depuri, come si è detto, dall'ulteriore specificazione dell'autore relativa al vincolo aggiuntivo gravante sul lavoratore di impegnarsi personalmente al fine di far aderire la propria prestazione alla frazione di organizzazione in cui è inserito).

Altro, poi, è il discorso dei limiti, sostanziali, procedurali e procedimentali che, a partire dallo statuto dei lavoratori, sono intervenuti a delimitare l'esercizio tanto del potere direttivo quanto degli

---

154 R. Scognamiglio (2001), 112.

155 M. Marazza (2002) 43-4; v. anche R. Pessi (1989), 52

156 A questo fine, v. De Nova (1974), 120 ss. V. anche, con specifico riferimento agli effetti del contratto di lavoro, O. Mazzotta (1979), 330-1.

157 Con chiarezza v. sin d'ora L. Spagnuolo Vigorita (1986), 987; v. peraltro meglio *infra*.

158 Come paventato da M. Marazza (2002), 26.

159 F. Liso (1982), 59.

altri poteri datoriali sorgenti dal contratto di lavoro. Si tratta peraltro di un aspetto che, per evidenti ragioni di delimitazione dell'indagine, nella prospettiva più sopra definita, non sarà possibile trattare, se non marginalmente nel presente lavoro.

Sia infine consentito di notare incidentalmente come l'integrale riconduzione al contratto dei poteri inerenti a quello che si potrebbe definire lo *statuto* di datore di lavoro subordinato pone la costruzione che precede in contrasto con quegli autori – che di recente, a buon motivo, sono stati definiti *neo-istituzionalisti*[160] – i quali, pur contestando formalmente le concezioni istituzionalistiche dell'impresa, hanno tuttavia sostenuto che il potere direttivo datoriale, o almeno la parte di esso attinente all'organizzazione, non troverebbe la propria fonte nel contratto, ma al di fuori di questo, nell'esercizio dell'attività d'impresa, o nell'inserzione del lavoratore nell'organizzazione d'impresa, o nel potere di innovazione organizzativa[161]. A questo riguardo, a parte la difficoltà di concepire siffatte costruzioni al di fuori del lavoro di impresa (onde l'inadeguatezza di riferirle ad un tipo contrattuale unitario che non faccia riferimento esclusivo al lavoro nell'impresa), mi sembra particolarmente stringente l'argomentazione secondo la quale se dalla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. deriva senz'altro la libertà di creare e gestire un'attività economica organizzata, ciò non comporta altresì la possibilità di «configurare una posizione di supremazia (di fatto legittimata da una condizione socio economica) che dall'esterno di un rapporto giuridico legittima l'imprenditore ad incidere, unilateralmente e senza il previo consenso, sulla posizione giuridica altrui»: insomma, l'esistenza dell'impresa «non può determinare il riconoscimento all'imprenditore di posizioni diverse e ulteriori rispetto a quelle che gli competono in ragione dei singoli rapporti giuridici di cui è o diviene titolare»[162]. A questa considerazione se ne può aggiungere, a mio avviso, un'altra, sempre di rilievo costituzionale: l'attribuzione di poteri giuridici ad un soggetto nei confronti di un altro in virtù della mera iniziativa di quello, come avverrebbe a seguito dell'esercizio di un'attività ai sensi dell'art. 2082 c.c., si porrebbe senz'altro in contrasto con l'art. 3 Cost.

6. Il potere direttivo e il contenuto della prestazione. Il potere direttivo e gli altri poteri che connotano la subordinazione. Il potere direttivo e il suo ruolo nell'organizzazione del lavoro. Il potere di controllo.

Alla luce di quanto fin qui precisato, emerge che il contenuto del potere direttivo può essere individuato e delimitato proprio con riferimento all'oggetto della prestazione. Occorre ora precisare meglio, appunto, i contorni di tale contenuto.

Secondo una tesi dottrinale, l'espressione «disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro» – con la quale l'art. 2104, co. 2°, chiarisce l'effettiva portata dell'art. 2094 c.c. – dovrebbe essere intesa nel senso che i due termini in essa contenuti ('esecuzione' e 'disciplina'), costituiscono un'endiadi: ciò nel senso che essi devono essere considerati «se non nel loro preciso significato

---

[160] M. Marazza (2002), 9.

[161] A parte lo stesso Mancini, sopra ricordato, si v. ancora S. Hernandez (1968), 130 ss.; A. Perulli (1992), 134 ss.; con rif. al potere disciplinare G. Vardaro (1989), 186 ss.

[162] Le parole sono ancora di M. Marazza (2002), 125-6 e 131.

letterale, almeno in quello logico, come sinonimi, richiamando concetti reciprocamente connessi». In base a questa lettura occorrerebbe, così, ricondurre a quell'espressione una pluralità di aspetti attinenti non solo alla c.d. specificazione della prestazione richiesta tra quelle dovute, ma anche alla determinazione del modo, del luogo e del tempo in cui deve essere effettuata la prestazione, nonché delle regole che governano la disciplina da osservare sul luogo di lavoro[163].

In realtà, l'espressione in questione – stabilendo il contenuto del potere direttivo che sorge in capo al datore di lavoro per effetto del contratto, e reciprocamente della corrispondente soggezione del lavoratore – svolge una funzione essenziale ai fini della configurazione della collaborazione (in quanto, appunto, prestazione qualificata dalla soggezione al potere direttivo), e dunque dell'oggetto dell'obbligazione di lavorare. È da ritenere, pertanto, che la determinazione dei vari aspetti di cui si compone il potere direttivo stesso debba essere particolarmente rigorosa, onde i due termini debbano essere interpretati ciascuno per quel che è in grado di significare, piuttosto che come un'endiadi, la quale costituirebbe un crogiuolo in cui collocare (come infatti è avvenuto nel corso della riflessione sul potere direttivo avvenuta a ridosso dell'art. 2104 c.c.) un indistinto insieme di poteri privo di identificazione normativa puntuale.

Si sostiene normalmente, ed a ragione, che funzione essenziale del potere direttivo è anzitutto quella di *specificare* il contenuto della prestazione[164], e ciò sia con riferimento alla individuazione dei concreti compiti (tra quelli ricompresi nelle mansioni dovute) che si richiede al lavoratore di svolgere, sia con riferimento alle concrete modalità interne con le quali devono essere svolti i suddetti compiti (si è parlato al riguardo rispettivamente di organizzazione *esterna* ed *interna* della prestazione[165] una distinzione utile a fini meramente descrittivi, e che potrà adottarsi in via convenzionale, ma priva evidentemente di valore precettivo; d'altronde si consideri che, ai medesimi fini, Giugni parla, con riferimento all'individuazione dei compiti da assolvere, di «potere di specificazione 'interna' all'oggetto della prestazione»…[166]). Sono questi, infatti, a mio avviso, i due aspetti del potere direttivo riconducibili all'espressione 'esecuzione del lavoro'.

Sotto il primo profilo, la funzione specificativa del potere direttivo va precisata rispetto al problema della determinatezza o determinabilità dell'oggetto dell'obbligazione, in quanto la variabilità dei compiti inclusi nelle mansioni dovute potrebbe far sorgere dubbi a questo proposito; ed è questo un problema che, come s'avrà occasione di verificare, risulta di grande attualità in relazione agli sviluppi dei nuovi modelli organizzativi del lavoro.

In effetti, nel definire la prestazione manuale o intellettuale dovuta dal lavoratore, l'art. 2103, co. 1°, c.c., facendo riferimento al concetto di *mansioni*, individua quello che si può definire come *contenuto* della prestazione stessa (l'uso alternativo dei termini *contenuto* o *oggetto* della prestazione è controverso[167] anche se mi sembra si possa affermare che ci si sia ormai attestati sul

---

[163] M. Persiani (1966), 196 ss.

[164] G. Giugni (1963), 109; M. Persiani (1966), 187; R. Pessi (1989), 53.

[165] M. Marazza (2002), 283 e già R. Pessi (1989), 58 ss.

[166] G. Giugni (1963), 109.

[167] V. già G. Giugni (1963), 7, nota 9.

primo[168]; ed è questa la scelta privilegiata anche in questo lavoro). Con la parola 'mansioni', significativamente usata dal legislatore al plurale[169], si intende insomma indicare quell'insieme di compiti che, sulla base del vincolo contrattuale assunto, il lavoratore si obbliga ad effettuare; ovviamente non tutti insieme, ma selettivamente, in ragione dell'esercizio del potere di specificazione datoriale. Ebbene – rinviando al seguito per l'approfondimento di questo aspetto, nonché per considerazioni relative alle mutazioni verificatesi nell'organizzazione del lavoro e nelle caratteristiche intrinseche della prestazione di lavoro – al riguardo si è già da molto tempo osservato che, lungi dall'essere un'obbligazione di *genus*, o generica, l'obbligazione di lavorare presenta una *struttura analoga* a quella delle obbligazioni alternative[170], visto che essa «resta unica se la si considera sotto il profilo oggettivo, e cioè come risultato dovuto, mentre, con riguardo al profilo soggettivo, si ha la previsione di una pluralità di comportamenti dedotti in obbligazione, tutti idonei a realizzare quel risultato»[171]. Si potrebbe forse meglio dire, alla luce di quanto sopra argomentato, che a fronte di un risultato *giuridico* unico, si può riscontrare una pluralità di risultati materiali, la cui scelta è rimessa nelle mani del datore di lavoro attraverso l'esercizio del potere di specificazione.

Mi sembra dunque corretta l'affermazione secondo la quale «nel contratto di lavoro subordinato la determinazione dell'oggetto si realizza tutta e integralmente nel momento della stipulazione del contratto, con l'individuazione delle mansioni e della qualifica del lavoratore e, nello stesso tempo, dell'ambito di operatività del potere direttivo», nella misura in cui questa affermazione significa «che il potere di specificazione non determina l'oggetto dell'obbligazione, bensì individua e rende esigibile il singolo comportamento scelto, di volta in volta, dal datore di lavoro nell'ambito e nei limiti dell'obbligazione assunta nel contratto del prestatore di lavoro»[172]. Inoltre, poiché il potere specificativo non può operare che nell'ambito dei confini dell'oggetto dell'obbligazione di lavoro convenuta nel contratto, deve dedursi che ove ci si muova al di fuori di tali confini, si è invece di fronte all'esercizio di un potere modificativo: è il motivo per cui siffatto potere – il cui esercizio deve avvenire nei limiti di cui all'art. 2103, co. 1°, c.c. – resta estraneo al potere direttivo di cui all'art. 2104, 2° co., c.c.[173].

Come già in parte accennato, solo in parte condivisibile è invece la posizione di chi, proprio nella possibilità di scelta e di modificazione della mansione che deve essere svolta (tra quelle contrattualmente dovute dal lavoratore), e dunque nell'interesse ad una pluralità di risultati materiali, rinviene l'interesse giuridico tipico dell'obbligazione di lavorare, nel quale sostanzialmente si identificherebbe l'interesse al coordinamento individuato da Persiani (sui cui ci si è soffermati in apertura di lavoro)[174]. È vero, infatti che l'interesse alla pluralità di risultati materiali è l'interesse giuridico tipico, ma è pur vero che esso non si identifica con l'interesse al coordinamento, bensì proprio con l'interesse, individuato da Liso e qui ripreso, «all'apporto di utilità qualitativamente corrispondente» all'attività *qualificata* dovuta dal lavoratore. Cos'è, infatti quell'interesse se non

---

168 V. per tutti da ultimi M. Brollo (1997), 4; C. Pisani (1996), 11; A. Viscomi (1997b), 153.
169 G. Giugni (1963), 6.
170 Che, invece non si possa identificare *tout court* con la figura dell'obbligazione alternativa lo aveva già notato G. Giugni (1963), 109.
171 M. Persiani (1966), 185.
172 R. Pessi (1989), 53-4, ma già G. Giugni (1963), 105-7.
173 G. Giugni (1963), 252; C. Pisani, 39 ss.
174 M. Marazza (2002), 240 e 314.

l'interesse a ricevere una prestazione eseguita con diligenza e *nel rispetto del potere direttivo* (tenendo in conto che proprio a quest'ultimo spetta specificare volta a volta la mansione concreta richiesta)?

Oltre al potere di specificare la mansione concreta richiesta al lavoratore tra quelle dovute, che sopra si è definito di 'organizzazione esterna' della prestazione, vi è poi quello relativo all''organizzazione interna' di essa, cui forse meglio di attaglia il predicato di '*conformativo*'. In questa dimensione sono state ricondotte al potere direttivo le disposizioni erogate dal datore di lavoro in relazione alle modalità con le quali devono essere svolti i compiti assegnati, tra cui anche quelle attinenti al luogo e al tempo dell'esecuzione[175].

A questo riguardo si deve tuttavia notare che, come già acutamente osservato in uno studio risalente nel tempo, «il tempo e il luogo dell'adempimento debbono essere tenuti distinti … dal modo dell'adempimento, perché quest'ultimo è compreso nel *contenuto* dell'obbligazione, mentre i primi due elementi ne sono al di fuori e costituiscono, propriamente *modalità* dell'adempimento. Non hanno a che vedere, in sostanza, con il *tipo* di attività che deve essere svolta, della quale costituiscono semplicemente i parametri»[176]. L'osservazione coglie, a nostro avviso, un profilo importante dell'adempimento, che merita di essere evidenziato e precisato, in quanto da esso scaturiscono conseguenze sul piano sistematico ed applicativo: tempo e luogo della prestazione non ineriscono al comportamento solutorio del debitore in sé considerato, e dunque direttamente all'oggetto dell'obbligazione, ma costituiscono piuttosto le *coordinate* spazio-temporali di esso. Sulla base di questa considerazione ritengo si possa sostenere che i poteri relativi alla modificazione del luogo (cioè lo spostamento dall'unità produttiva di attribuzione – arg. *ex* art. 2103, co. 1°, c.c. – la quale costituisce il luogo dell'adempimento ai sensi dell'art. 1182 c.c.: viceversa, all'interno di essa ogni spostamento logistico non costituirà modificazione del luogo della prestazione, ma mero aspetto della specificazione e conformazione delle mansioni dovute[177]) e del tempo della prestazione (cioè la distribuzione e la collocazione dell'orario di lavoro convenuta al momento dell'assunzione) rispetto a quelli definiti contrattualmente (tra l'altro nei limiti in cui si ritengano sussistere tali poteri, ed entro i limiti di esercizio deducibili dalla legge; ma sono problemi non affrontabili in questa sede), non vadano ricondotti in realtà al potere direttivo di cui all'art. 2104, co. 2°, c.c..

Non è un caso d'altro canto se, in passato, i profili gestionali del luogo e del tempo di lavoro siano stati ricondotti ad un non meglio specificato 'potere organizzativo' dell'impresa[178], o se, come si è accennato in precedenza, una recente dottrina ritenga che la definizione della dimensione spazio-temporale della prestazione sia cosa diversa dall'etero-direzione, dovendo essere ricondotta piuttosto alla situazione di 'dipendenza' contemplata dall'art. 2094 c.c.[179]. Pur non concordando, come si è detto, con questa tesi, si può ora ammettere che in essa vi è un fondamento di verità, posto che l'espressione 'alle dipendenze', in quanto *descrittiva* della caratteristica generale del

---

[175] M. Marazza (2002), 296, ma già, come si è visto, M. Persiani (1996), 196.
[176] P. Cipressi (1967), 45.
[177] M. Brollo (1997), 357 ss.
[178] Cfr. ad es. V. Cassì (1961), 159 ss.
[179] V. P. Ichino e R. Pessi cit. *supra*.

tipo normativo, costituita appunto dalla soggezione del lavoratore a tutti i vari poteri del datore di lavoro sorgenti dal contratto, può essere ritenuta inclusiva anche dei poteri relativi alla modificazione del luogo e del tempo della prestazione. Solo che tali poteri (al pari del potere di modifica delle mansioni *ex* art. 2103, co. 1°, c.c.) non sono riconducibili, per quanto precisato più sopra, al potere direttivo, ma ad altre norme dell'ordinamento (ancora all'art. 2103, co.1°, c.c. per quanto attiene alla modifica del luogo della prestazione, ed alla complessiva normativa in materia di orario di lavoro per quanto attiene alla modificazione dei profili temporali di essa[180]). Per questi poteri vale insomma quanto detto più sopra in merito al loro essere un effetto non necessario, ma meramente naturale del contratto di lavoro, nel senso che essi sorgono col contratto, ma dal contratto possono anche essere esclusi; e d'altro canto è ben immaginabile un atto dispositivo originario, da parte del datore di lavoro, del potere di modificare in futuro sia il luogo della prestazione, sia la distribuzione o la collocazione dell'orario di lavoro, rispetto a quelli convenuti in via negoziale.

Nell'ambito del potere direttivo invece, va ricondotto anche il potere di dettare le disposizioni relative alla disciplina del lavoro (che ovviamente trova il suo riferimento normativo direttamente nell'espressione 'disciplina del lavoro' di cui all'art. 2104, co. 2°, c.c.), le quali consistono, secondo la lettura più consolidata e condivisibile, in regole di comportamento del singolo lavoratore all'interno dei luoghi di lavoro. Una parte della dottrina ha ritenuto che queste regole «siano finalizzate non all'adempimento della prestazione … bensì alle esigenze di convivenza imposte dall'organizzazione oppure a tutela del patrimonio dell'imprenditore»[181]. Mi sembra invece che debba essere preferita la lettura secondo la quale le disposizioni per la disciplina del lavoro attengono direttamente all'adempimento dell'obbligazione assunta dal prestatore, in quanto hanno «la funzione di individuare il modo in cui deve essere adempiuta l'obbligazione di lavorare in relazione all'esigenza di un ordinato e sicuro svolgimento del lavoro»[182]. Esse in altre parole fissano obblighi accessori rispetto all'obbligazione principale[183], ma tali obblighi sono tuttavia essenziali ai fini della realizzazione del risultato atteso dal creditore.

Infine un potere tipico, direttamente inerente all'interesse a ricevere una prestazione diligente ed obbediente, ed in realtà vero e proprio aspetto intrinseco e costitutivo dello stesso potere direttivo, è quello relativo al controllo del rispetto delle disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro, nonché più in generale, dell'esatto adempimento dell'obbligazione di lavoro[184]. Di esso, fino a qualche tempo fa, sono stati rilevati e studiati soprattutto i limiti introdotti dallo statuto dei lavoratori[185]; ma, con l'introduzione delle nuove tecnologie e dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro, esso è divenuto strumento essenziale di gestione del personale, fino a quasi travalicare di importanza quelli di specificazione e conformazione della prestazione (v. *infra*).

---

180 V. U. Carabelli - V. Leccese (1995), 65.
181 F. Liso (1982), 65, n. 62.
182 M. Persiani (1966), 197-8.
183 M. Marazza (2002), 347.
184 B. Veneziani (1975), 53.
185 Per riff. v. E. Ghera (2002), 235-6.

7. Il contratto di lavoro subordinato, il potere direttivo e l'imputazione del rischio dell'utilità o produttività del lavoro.

Dall'interpretazione costruita e proposta nei paragrafi che precedono derivano conseguenze di rilievo non soltanto, come si è visto, in merito alla determinazione degli elementi tipizzanti il contratto di lavoro subordinato, ma anche, per quanto adesso interessa osservare, sulla funzione intrinseca della subordinazione nell'ambito del contratto di lavoro, nonché nella ricerca di un concetto di 'organizzazione del lavoro' giuridicamente rilevante. Come si vedrà, peraltro, i due aspetti sono strettamente connessi tra di loro.

Quanto al primo profilo, si è detto che la situazione di 'dipendenza' descrive la soggezione giuridica del lavoratore ai poteri datoriali che derivano per effetto del contratto di lavoro; si è tuttavia precisato che il connotato essenziale della subordinazione è costituito dalla soggezione al potere direttivo, la quale, in quanto tale, rappresenta vera e propria caratteristica strutturale dell'obbligazione di lavoro[186].

Va ora rilevato che, proprio in ragione della sua *essenza* di soggezione alle direttive per la disciplina e l'esecuzione del lavoro, la subordinazione corrisponde alla sottrazione del prestatore dall'area del rischio relativo all'utilità o produttività del lavoro[187]. C'è infatti una corrispondenza *biunivoca* tra i due aspetti, posto che dall'attribuzione al datore di lavoro del potere direttivo non può non conseguire – se si vuole, logicamente, prima ancora che giuridicamente – l'imposizione a carico dello stesso del rischio dell'utilità (o produttività) del lavoro – e cioè del risultato dell'attività lavorativa svolta secondo diligenza ed ottemperando alle direttive del datore di lavoro[188].

Questo rischio è parte integrante del rischio derivante dall'uso dei fattori produttivi da parte dell'imprenditore (cfr. art. 1655 c.c.), che è intrinseco all'esercizio dell'attività economico-produttiva. L'imprenditore, peraltro, nella logica codicistica, rappresenta il paradigmatico creditore del lavoro subordinato, ma è evidente che, in ragione dell'unicità del tipo contrattuale, il predetto rischio ricade altresì sul datore di lavoro non imprenditore, al quale certamente compete in pari misura il potere direttivo.

A questo riguardo si è in precedenza sottolineato come, nel contratto di lavoro subordinato, alla giuridica ed automatica attribuzione del potere direttivo non debba corrispondere necessariamente il suo concreto esercizio (rispetto agli altri poteri datoriali si è già detto del loro carattere giuridico di effetto contrattuale meramente naturale e disponibile). Orbene, l'incidenza del rischio dell'utilità (o produttività) del lavoro non muta certo per effetto della scelta del datore di lavoro di utilizzarlo o meno nel caso concreto, essendo esso collegato all'esistenza giuridica del potere e non al suo concreto esercizio. Questo aspetto tornerà utile più avanti, allorquando si tratterà più analiticamente del rapporto tra autonomia e professionalità; ma fin d'ora si può rilevare come il riconoscimento legale (ad es. dirigenti), ovvero l'attribuzione di fatto o per accordo,

---

[186] M. Persiani (1966), 194, già aveva parlato di «modo di essere dell'attività dovuta» dal prestatore; ma v. anche R. Pessi (1989), 49 e 73, il quale parla di «qualità intrinseca del comportamento dovuto».

[187] Sulla distinzione tra il rischio dell'impossibilità o mancanza del lavoro e dell'utilità o produttività del lavoro v. E. Ghera (2002), 54 ss.

[188] Cfr. G. Suppiej (1982), 9 ss.

individuale o collettivo, di un'ampia 'autonomia' in merito all'esecuzione dell'attività lavorativa sia perfettamente compatibile con l'esistenza di un contratto di lavoro subordinato[189]. Reciprocamente, la presenza nella fattispecie concreta di una siffatta ampia 'autonomia' non è affatto in grado di escludere la ricorrenza del tipo contrattuale del lavoro subordinato qualora sia stata prevista la soggezione giuridica del lavoratore nei confronti dell'altro contraente (nel senso che quest'ultimo, per l'appunto, si sia riservata la possibilità di decidere, in ogni momento, di esercitare il potere di etero-direzione previsto dalla legge), ovvero – ma si tratta soltanto dell'altra faccia della stessa medaglia – qualora sia stato convenuto che il rischio dell'utilità (o produttività) del lavoro ricada sul datore di lavoro. Insomma, per dirla in modo più diretto, se si desidera ricevere un'attività lavorativa qualificata dalla subordinazione del prestatore, non si può evitare il rischio dell'utilità (o produttività) del lavoro; e viceversa, se si desidera scrollarsi di dosso quest'ultimo, non si potrà godere della subordinazione del soggetto che deve effettuare l'attività lavorativa.

Comprendo che questa lettura possa apparire troppo netta ed alquanto formalistica, e che, di fronte all'ambiguità del dato negoziale e fattuale, essa implica il rischio di difficoltà nell'attività qualificatoria del caso concreto – alla quale ritengo personalmente che non si possa procedere se non attraverso l'utilizzazione del metodo sussuntivo, peraltro nel senso pregnante indicato da Mengoni[190] – ma cinquant'anni di incertezze giurisprudenziali e di contrapposte teorie dottrinali mi sembrano suggerire che, in fin dei conti, il criterio di cui stiamo parlando se, da un lato, risulta coerente con il dato normativo, dall'altro lato non è affatto peggiore di tutti gli altri che sino ad ora sono stati proposti; ferma restando, poi, la questione del primato del rapporto rispetto al contratto, posto che l'operazione qualificatoria è la premessa per l'applicazione o meno di uno statuto protettivo di particolare rilievo economico e giuridico.

Al di là di queste considerazioni l'argomento di questa relazione mi impedisce di andare: data la natura di questo lavoro non posso che lasciare da parte l'approfondimento della distinzione tra il contratto di lavoro subordinato e quello autonomo, che, peraltro, non potrei che affrontare tirando le conseguenze di quanto appena argomentato.

Piuttosto merita ancora, a questo punto, qualche ulteriore considerazione l'affermazione secondo la quale la questione della ripartizione dei rischi del lavoro «costituisce un elemento assolutamente esterno rispetto al contratto del lavoro, che non attiene … all'attuazione dell'obbligazione»[191]. Se con tale espressione si intende sostenere che tale ripartizione non può essere considerata elemento causale bensì effetto del contratto di lavoro subordinato, l'affermazione ci sembra del tutto condivisibile, ed anzi confermata da quanto argomentato, nella misura in cui, poiché l'imputazione sul datore di lavoro del rischio dell'utilità (o produttività) del lavoro va considerata come il 'contraltare' dell'etero-direzione, anche quella, al pari di questa, rappresenta un effetto necessario del tipo, nel senso appena indicato. In effetti, si è detto più sopra che l'obbligazione di collaborare – e cioè di svolgere un'attività lavorativa (in modo diligente e) con l'osservanza delle direttive datoriali – rappresenta l'elemento connotativo del sinallagma contrattuale; come tale, essa ha la funzione precipua di assicurare la soddisfazione del creditore tramite un risultato giuridico che non coincide con il risultato (variabile) materiale della prestazione, ma è

---

189 Per l'accresciuta autonomia del rapporto di lavoro subordinato v. sin d'ora per tutti G. Ferraro (1998).

190 L. Mengoni (1986), 14 ss.; v. anche E. Ghera (1988), 623-4. Di recente, sul problema dell'impiego del metodo tipologico o di quello sussuntivo, sono tornati G. Proia (2002) e L. Nogler (2002).

191 Così L. Gaeta (1993b), 169, il quale riprende R. Corrado (1956), 78 ss.; M. Grandi (1987), 326.

costituito dall'apporto di utilità che quest'ultima è in grado di fornire al datore di lavoro. Orbene, il rischio del mancato raggiungimento di questo risultato (giuridico) grava sul datore di lavoro proprio nella misura in cui quel risultato incorpora un risultato materiale che è stato prodotto in ottemperanza delle direttive datoriali.

Da quanto detto, deriva l'astratta utilizzabilità del criterio dell'imputazione del rischio dell'utilità (o produttività) del lavoro, come d'altronde percepito dalla stessa giurisprudenza, quale criterio per la determinazione della sussistenza della subordinazione, e quindi della collaborazione, e quindi ancora del contratto di lavoro subordinato. Occorre tuttavia essere consapevoli che un eventuale formale accordo delle parti per escludere l'imputazione del rischio dell'utilità (o produttività) del lavoro (si pensi al rifiuto di un risultato materiale non conforme al modello), al fine di attestare la ricorrenza rispettivamente di un rapporto di lavoro subordinato o autonomo, dovrebbe soggiacere, per evidenti esigenze antifraudolente, ad una rigorosa prova contraria dei fatti, attraverso la verifica della sussistenza o meno della subordinazione (rilevando gli indizi di essa, quali elaborati dalla dottrina e giurisprudenza). Altrimenti si consentirebbe al datore di lavoro ciò che l'ordinamento non intende permettere, e cioè – parafrasando le parole di un caro collega tragicamente scomparso (D'Antona) – di incassare la subordinazione senza pagare il rischio dell'utilità (o produttività) del lavoro[192].

8. Esiste un'organizzazione giuridica del lavoro? Il contratto di lavoro subordinato come elemento dell'attività/organizzazione. La funzione organizzatrice del potere direttivo.

Sviluppata l'indagine che precede, resta ancora da stabilire in che consista l'organizzazione del lavoro. Ed il primo passaggio obbligato per un giurista è chiedersi se sia possibile, alla luce del discorso fin qui sviluppato, attribuire a tale espressione un significato intrinsecamente giuridico.

L'aver escluso che sia il contratto di lavoro subordinato in sé considerato, grazie alla funzione tipica assegnata alla collaborazione, a costituire l'organizzazione del lavoro (sia, direttamente, come singolo *atto*, nella dimensione *micro* del singolo rapporto di lavoro, sia, indirettamente, come *effetto*, nella dimensione *macro* dell'insieme dei rapporti di lavoro), non significa non riconoscere che la tesi di Persiani offre alcune suggestioni che devono essere valorizzate nell'analisi da sviluppare. Ciò attiene soprattutto alla chiara percezione del fatto che il contratto di lavoro in quanto tale può essere, ed anzi è normalmente, elemento (non istitutivo, ma) componente di un'organizzazione giuridicamente rilevante.

In effetti si può parlare di organizzazione giuridicamente rilevante quando il diritto riconosce valore giuridico alla connessione tra atti e negozi giuridici, in quanto finalizzati ad un medesimo scopo (e ciò si può ritenere corrispondere alla valutazione, da parte dell'ordinamento, della meritevolezza dello scopo perseguito), attribuendo ad essa una specifica rilevanza giuridica che trascende quella dei singoli atti e negozi che la compongono[193]. Ebbene, in questa prospettiva si deve anzitutto riconoscere che l'ordinamento non ha certamente riconosciuto ad alcun fine un'*organizzazione giuridica del lavoro* – e cioè un'organizzazione che si componga di contratti (e quindi di rapporti) di lavoro e che abbia rilevanza giuridica *in quanto tale* – ma soltanto organizzazioni giuridiche di tipo più complesso, di cui può essere elemento componente il contratto (e

[192] In questi termini anche E. Ghera (1999), 489 ss., spec. 493.
[193] G. Berti (1986), 129 ss.; M. Nigro (1989).

quindi il rapporto) di lavoro.

Si pensi, così, anzitutto all'*attività* dell'imprenditore di cui all'art. 2082 c.c., la quale altro non è se non un complesso di atti e negozi giuridici tra loro teleologicamente coordinati, e quindi organizzati «al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi»[194]. Ebbene, al pari degli altri contratti con i quali l'imprenditore si procura i fattori ideali e 'materiali' della produzione, il contratto di lavoro subordinato rappresenta *uno* strumento giuridico con cui l'imprenditore si procaccia il fattore lavoro al fine suddetto. Insomma, si potrebbe affermare che il contratto di lavoro collegato all'impresa è (non un *contratto di organizzazione*, nel senso che non è destinato a creare l'organizzazione del lavoro in funzione dell'organizzazione *di* lavoro, ma piuttosto) un elemento negoziale dell'*attività organizzata* dell'imprenditore. Si può anzi affermare che, nella logica codicistica, esso costituisca *il* contratto di lavoro per eccellenza, nel senso che esso è stato considerato dal legislatore dell'epoca come il tipico contratto con cui l'imprenditore si procaccia il lavoro altrui; purché sia chiaro che ciò non significa affatto che il lavoro subordinato non possa esistere anche fuori dell'impresa[195]: al riguardo, il dato normativo dell'art. 2239 c.c. è assolutamente insuperabile (rappresenta, dunque, una forzatura interpretativa ritenere che la qualifica imprenditoriale del datore di lavoro sia da considerare un elemento essenziale del tipo normativo dell'art. 2094 c.c.[196]).

La considerazione del contratto di lavoro come un elemento negoziale dell'attività organizzata dell'imprenditore non implica affatto che la *funzione* dell'obbligazione tipica di lavoro sia per ciò solo caratterizzata in modo differente dal caso in cui, invece, il contratto di lavoro sia stipulato con un datore di lavoro non imprenditore; né tanto meno questo dato assume specifica rilevanza in merito alla *struttura* della collaborazione del lavoratore (e cioè in relazione alla soggezione al potere direttivo). La connessione del contratto di lavoro subordinato con l'impresa è, invece, rilevante *solo* per l'applicazione di specifiche discipline del rapporto (si pensi ad es. a quella in tema di licenziamenti collettivi) che il legislatore ha ritenuto necessario dettare in virtù di proprie valutazioni discrezionali.

Un'obiezione a questo assunto parrebbe, in verità, poter derivare dal principio di *gerarchia* dell'organizzazione dell'impresa, di cui all'art. 2086 c.c. (ma v. anche art. 2104, co. 2°, c.c.), il quale sembrerebbe fondare un principio di organizzazione del lavoro giuridicamente rilevante nell'ambito dell'attività organizzata dell'imprenditore, in quanto produttivo di determinati effetti. In realtà alla norma in questione va attribuito un significato assai più relativo. Essa si ispira, come ampiamente segnalato dalla dottrina[197], da un lato – sul piano giuridico – ad una concezione corporativa dell'impresa-comunità ormai superata, dall'altro – sul piano fattuale – all'*id quod plerumque accidit* (meglio, accadeva) nella fabbrica industriale verticalizzata ed integrata di tipo taylorista-fordista, la quale costituiva il fenomeno di riferimento del legislatore del 1942. Oggi tale riferimento alla gerarchia non fa altro che esprimere formalmente la generale facoltà di delega di

---

[194] P. Ferro Luzzi (1985), 28 che si ricollega, dunque, alla generale definizione di G. Auletta (1959), 981; *adde* Berti e Nigro citt. alla nota prec.

[195] In tal senso già R. Pessi (1989), 44.

[196] Cfr. A. Perulli (1992), 119.

[197] V. per tutti G. Pera – M. Papaleoni (2003), 495.

poteri (secondo il principio di rappresentanza[198]) di cui gode il datore di lavoro; facoltà che sarebbe stata operante anche senza il formale riconoscimento legale del modello gerarchico. Insomma, l'art. 2086 c.c., a ben vedere, descrive, e non prescrive, un modello di distribuzione del potere direttivo normale, ma perciò stesso meramente eventuale. E d'altronde quel modello risulta in larga misura storicamente 'datato', data la tendenza, nella nuova fabbrica 'leggera' e flessibile, a sostituirlo con un modello più 'orizzontale' di decentramento di funzioni[199].

Un'ulteriore obiezione alla lettura proposta potrebbe poi derivare dalla disciplina prevista dall'art. 2112 c.c. in tema di 'trasferimento d'azienda', dove si prevede (co. 1°) che il trasferimento d'azienda o parte di essa comporta l'automatica continuazione dei rapporti di lavoro con il cessionario, salvo la facoltà del lavoratore di dimettersi per giusta causa (identificata con 'una sostanziale modifica' delle condizioni di lavoro) nei tre mesi successivi al trasferimento (co. 4°). Anche in questo caso, peraltro, non si è di fronte ad un'organizzazione del lavoro giuridicamente rilevante produttiva dell'effetto suddetto, ma soltanto ad un principio del tutto corrispondente a quello subito dai contratti di carattere non personale, per i quali l'art. 2558 c.c. prevede esattamente lo stesso tipo di regime. Quella norma, insomma, non sta ad indicare il rilievo di un qualsivoglia 'collegamento tra contratti di lavoro', ma semplicemente la corrispondenza del contratto di lavoro subordinato a tutti gli altri contratti, quali elementi che compongono l'attività organizzata dell'imprenditore. Le norme di tutela specifica del lavoratore trasferito derivano, invece, da una scelta di politica legislativa collegata soprattutto all'adempimento di obblighi comunitari.

Nella prospettiva sin qui seguita, il valore giuridico dell'organizzazione dell'attività dell'imprenditore è stato individuato in una dimensione che potremmo definire 'statica'. Non si può trascurare, peraltro, come dalla riflessione degli studiosi di diritto commerciale sull'art. 2082 c.c.[200] emerga anche (ed anzi soprattutto) una dimensione 'dinamica' dell'organizzazione, nel senso che la stessa attività dell'imprenditore viene presa in considerazione in quanto attività 'organizzatrice' di beni e rapporti giuridici, al fine ultimo della «produzione o dello scambio di beni e servizi».

Non interessa in questa sede disperdersi nella questione su quale sia la relazione tra il concetto di impresa e quello d'azienda, ovvero in quella, ben nota alla dottrina commercialistica, se in quest'ultimo rientrino, oltre ai beni, anche i rapporti contrattuali in atto[201]. Quel che importa sottolineare è, invece, che, rapportando quella riflessione al contratto di lavoro, si può affermare che, tramite l'esercizio della stessa attività, l'imprenditore svolge una funzione *organizzatrice* della prestazione del singolo lavoratore, nonché di questa con quella degli altri lavoratori e, più in generale, con gli altri fattori produttivi, al fine ultimo della produzione[202].

Ebbene, in questa differente prospettiva è evidente – alla luce della costruzione del contratto di lavoro subordinato qui proposta – che siffatta complessa funzione organizzatrice è assolta nei confronti del singolo rapporto di lavoro subordinato per il tramite di quell'insieme di atti («disposizioni per l'esecuzione e la disciplina») di cui si compone il potere direttivo, con i quali viene specificata e conformata la prestazione manuale o intellettuale del lavoratore (evidentemente,

---

198 Su cui v. P. Sandulli (1974), 55 ss.

199 Sul punto v. più ampiamente *infra*, ma sin d'ora A. Perulli (1992), 116-7.

200 Da ultimo, per una visione panoramica, v. N. Rondinone (2001), 389 ss.

201 Al riguardo v. ora per tutti, anche per riff., G. F. Campobasso (1997), 139.

202 Ancora G. F. Campobasso (1997), 27, anche per riff.

l'imprenditore potrà far ricorso anche agli altri poteri riconosciuti dall'ordinamento, ove non ne abbia disposto, nella misura in cui intenda utilizzarli). Dal punto di vista strettamente giuridico, pertanto, l'organizzazione del lavoro (del singolo prestatore, in connessione con quella degli altri lavoratori e con gli altri fattori della produzione) corrisponderà ad una funzione meramente interna all'esercizio del potere direttivo stesso, senza assumere, in quanto tale, nessun rilievo sul piano del rapporto obbligatorio. Ed infatti, dal fatto che il potere direttivo trae la sua ragione giustificativa dall'interesse datoriale a rendere la singola prestazione armonica con quella di eventuali altri lavoratori e/o con altri fattori rilevanti per l'attività organizzata svolta non può farsi scaturire, in capo al lavoratore, alcun vincolo ulteriore al mero dovere di obbedienza alle direttive emanate nell'esercizio di quel potere.

Più esplicitamente, quantunque in quel potere si rifletta un interesse di tipo organizzativo del datore di lavoro, ciò potrà comportare, al limite, il riconoscimento di vincoli d'esercizio conseguenti al fatto che quel potere stesso sia «indirizzato o comunque coordinato [a quel] fine stabilito dall'ordinamento, e controllabile nella rispondenza del suo esercizio al fine» medesimo[203], attraverso le clausole generali della buona fede e della correttezza[204], ma non potrà comportare in capo al destinatario di esso alcun ulteriore effetto giuridico inerente a quell'interesse. Insomma, a fronte delle disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro, l'obbedienza del prestatore non deve certo confrontarsi con l'interesse organizzativo ad esse sotteso, di cui sono espressione e funzione (e d'altronde, lo stesso riferimento all''interesse dell'impresa', di cui all'art. 2104, co. 1° c.c., significa semplicemente che la diligenza nell'adempimento – sempre in quanto diligenza professionale, che si riferisce solo alle c.d. 'regole dell'arte' di cui deve essere portatore il lavoratore – dovrà riguardare anche all'ottemperanza al potere direttivo, attraverso il quale si esprimono, appunto, le predette esigenze; ma sul punto v. meglio *infra*).

Tutte queste argomentazioni trovano conferma se, modificando la prospettiva, si passi a considerare – ancora alla luce dell'art. 2239 c.c. – che il contratto di lavoro subordinato può essere elemento anche di altri tipi di organizzazioni, giuridicamente rilevanti, che non sono riconducibili all'art. 2082 c.c., come quella dell'attività professionale del c.d. piccolo imprenditore (che, ai sensi dell'art. 2083 c.c., è, appunto, organizzata *prevalentemente* – e dunque non esclusivamente – con il lavoro proprio o della propria famiglia). Ma si pensi anche all'organizzazione dell'impresa familiare (art. 230 *bis* c.c.), ovvero a quella dell'esercente una professione intellettuale, sia pure in forma non imprenditoriale (art. 2238 c.c.). Si pensi infine all'organizzazione della famiglia, per quanto concerne il lavoro domestico (L. n. 339/1958), nonché all'organizzazione attinente ad attività rivolte a fini diversi dalla produzione e scambio di beni o servizi: ci si riferisce a quell'insieme di fenomeni organizzativi di cui frequentemente si discetta in termini di organizzazioni di tendenza, ovvero di organizzazioni *no profit*. Orbene, anche in tutte queste ipotesi il contratto di lavoro subordinato può costituire un elemento negoziale dell'organizzazione, e al tempo stesso non presenta solo per tale motivo alcuna specialità sul piano della funzione dell'obbligazione di lavoro e della struttura della collaborazione. Ed anche in questi casi resta fermo il principio secondo il quale la funzione organizzativa del lavoro è assolta, con riferimento al contratto di lavoro subordinato, soltanto mediante l'esercizio del potere direttivo, nel senso sopra precisato.

---

[203] A. Lener (1985), 635.

[204] V. C. Zoli (1988), spec. 231 ss., e da ultimi A. Perulli (2002), 9 ss. e M. Marazza (2002), 265 ss.

Il normale inserimento del contratto di lavoro subordinato in organizzazioni giuridicamente rilevanti non esclude, peraltro, che esso possa ricorrere anche in relazione a situazioni che possono essere ricostruite in termini di organizzazione, funzionale ad uno scopo, di atti e negozi socialmente ed economicamente rilevanti, ma che non riceve alcun rilievo giuridico dall'ordinamento: si è a questo riguardo richiamato il caso dell'individuo che organizza la sua vita privata[205]. Ciò è senza dubbio vero (beninteso, ove il contratto di lavoro attenga effettivamente ad un individuo singolo e non in quanto collocato in una famiglia, altrimenti ricorrerà l'ipotesi di cui sopra), ma, posto che al di fuori di questa ipotesi resta realmente difficile individuarne altre del medesimo tipo, mi pare possa affermarsi che la tipica situazione in cui opera il contratto di lavoro è quella di collegamento con un'organizzazione giuridicamente rilevante. E comunque, anche nell'esempio fatto, l'eventuale compresenza di più contratti di lavoro con il medesimo individuo datore di lavoro non creerebbe alcuna organizzazione del lavoro giuridicamente rilevante, né modificherebbe funzione e struttura del contratto di lavoro.

A conclusione di questa analisi meritano dunque di essere ribaditi almeno tre aspetti significativi.

Anzitutto l'ordinamento non ha riconosciuto nessun tipo di *organizzazione giuridica del lavoro* (nel senso sopra precisato), ma ha attribuito rilevanza giuridica solo a più ampie e complesse organizzazioni di cui il contratto di lavoro subordinato – nonché, come si preciserà tra breve, sempre più frequentemente anche il contratto di lavoro di lavoro autonomo, pure nella forma di collaborazione coordinata e continuativa – rappresenta uno degli elementi negoziali; in questo senso il contratto di lavoro è elemento componente di organizzazioni giuridicamente rilevanti, ed è del tutto irrilevante se esso si inserisca in un'organizzazione esistente ovvero contribuisca al suo sorgere (anche in questo caso, infatti, ciò avverrebbe non in ragione della sua funzione, come invece sostenuto dalla tesi del contratto di organizzazione, ma solo come elemento componente al pari di altri).

In secondo luogo, quanto appena detto non incide affatto sulla funzione dell'obbligazione di collaborare, né tanto meno sulla struttura della collaborazione, posto che la prestazione di lavoro subordinato resta sempre connotata dalla soggezione al potere direttivo del datore di lavoro.

Infine, nell'ambito dell'esercizio di un'attività organizzata (o, se si preferisce, organizzatrice), l'interesse organizzativo del lavoro è perseguito dal datore di lavoro attraverso l'esercizio del potere direttivo; proprio per questo l'organizzazione del lavoro non assume alcun rilievo rispetto all'obbligazione di comportamento del lavoratore al di fuori della situazione di soggezione di quest'ultimo alle direttive datoriali. Altra, poi, è la questione se l'esercizio di tale potere risponda, a sua volta, ad ulteriori regole extra-giuridiche; un problema, questo, al quale occorre dedicare immediatamente la nostra attenzione.

9. Organizzazione e organizzazione del lavoro. Il rilievo giuridico assegnato alle regole tecniche dell'organizzazione del lavoro. Organizzazione del lavoro, obbedienza alle direttive del datore di lavoro e diligenza nell'adempimento.

Assodato che non esiste una nozione di organizzazione giuridica del lavoro, occorre adesso verificare se ne esista una sociologica e, in caso affermativo, quale incidenza essa abbia sul piano del

[205] M. Marazza (2002), 52.

contratto di lavoro.

Non potendo, per ovvie ragioni di tempo e di competenza approfondire in questa sede questo aspetto sociologico-organizzativo, ritengo corretto riferirmi all'analisi di autorevole dottrina di sociologia del lavoro.

Secondo Luciano Gallino «il termine organizzazione è usato nelle scienze sociali in almeno tre accezioni diverse: 1) per designare l'*attività* diretta di proposito a stabilire, mediante norme esplicite, relazioni relativamente durevoli tra un complesso di persone e di cose in modo da renderlo idoneo a conseguire razionalmente uno scopo; 2) per designare l'entità concreta, l'insieme del sistema sociale che risulta da una tale attività: in questa accezione sono organizzazione un partito politico, un'azienda, una chiesa, un ospedale, un sindacato; 3) per designare la struttura delle principali relazioni formalmente previste e codificate entro un partito, un'azienda, le quali sono soltanto una parte delle relazioni che li costituiscono; in tal senso si parla di organizzazione del partito socialista, della chiesa cattolica, ecc.»[206].

Orbene, ai fini che più ci interessano, mentre talora affiora la tendenza, nel linguaggio giuridico, ad intendere il termine anche nella seconda delle due accezioni, mi sembra che la prima sia in grado di spiegarci con maggiore chiarezza cosa si debba intendere con l'espressione 'organizzazione del lavoro'. A questo riguardo, sempre secondo Gallino «l'organizzazione del lavoro comprende tre momenti distinti: 1) la suddivisione del lavoro necessario per ottenere un determinato scopo produttivo in una serie di operazioni più o meno complesse; 2) l'attribuzione a macchine e/o persone differenti delle operazioni così suddivise; 3) il coordinamento tra le operazioni, le macchine e le persone cui sono attribuite»[207]. In buona sostanza, si può dire che con l'espressione suddetta ci si intende riferire al complesso di regole tecnico-organizzative che governano il fattore lavoro, normalmente nell'ambito di un'organizzazione più complessa (e dunque di un più ampio insieme di regole tecnico-organizzative).

Assunta questa definizione – il cui valore generale ed universale non mi sembra contestabile, nemmeno alla luce dell'introduzione delle nuove tecnologie informatiche e di quelli che vengono definiti come nuovi modelli di organizzazione del lavoro (cui si è accennato nell'introduzione) – come base dalla quale proseguire per la nostra riflessione, e tornando ad un piano più squisitamente giuridico, si deve subito sottolineare che le predette regole tecnico-organizzative possono acquisire rilevanza giuridica in quanto tali soltanto attraverso 'canali' che l'ordinamento può fissare a determinati fini[208]. Al di fuori della rilevazione di questi 'canali', finisce per assumere una valenza intrinsecamente ideologica affermare che l'organizzazione, di per sé, incomba sul diritto del rapporto di lavoro subordinato quale dato immanente e pervasivo, al punto da configurarsi come una fonte di poteri legali, indipendentemente dalla volontà negoziale dei soggetti del contratto (si ricordi quanto detto a proposito dei c.d. *neo-istituzionalisti*): quasi che il diritto non potesse rifiutarsi, in nome di altri valori, di aprire canali per il recepimento quanto meno di alcune di quelle regole.

---

[206] L. Gallino (1978), 413.

[207] L. Gallino (1978), 488.

[208] V. A. Supiot (1994), 229 ss., 240 ss. Più in generale T. Ascarelli (1959),

Questo concetto può spiegare il senso dell'art. 3 della L. n. 604 del 1966, il quale, nel prevedere il giustificato motivo oggettivo di licenziamento individuale, fa specificamente riferimento a «ragioni inerenti … all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa». L'espressione fa infatti riferimento ad una nozione di organizzazione del lavoro di tipo economico-produttivo, la quale viene assunta dal legislatore come presupposto causale per l'adozione del licenziamento individuale per g.m.o. Anche in mancanza di esplicito riferimento legislativo, peraltro, analoga considerazione può a mio essere effettuata nei confronti del licenziamento per riduzione di personale, il cui presupposto causale, come ho avuto modo di sostenere in altra sede[209], non si differenzia, sotto questo profilo, da quello del licenziamento per g.m.o.

Ma soprattutto si può adesso forse comprendere meglio il significato di quanto sopra affermato in merito alla funzione del potere direttivo nell'ambito del contratto di lavoro subordinato. Si è argomentato in precedenza che non al contratto di lavoro subordinato in sé considerato ma piuttosto al potere direttivo – o meglio all'insieme delle 'disposizioni' con cui esso si manifesta – è affidata la funzione di assicurare al datore di lavoro un'attività lavorativa *utile* (secondo lo schema giuridico descritto), che cioè, in quanto rispettosa delle disposizioni per la disciplina e l'esecuzione del lavoro, soddisfi la sua aspettativa a ricevere una prestazione che si armonizzi con gli altri fattori della produzione[210]. Proprio in questa prospettiva si può ora affermare con maggiore precisione che il potere direttivo racchiude in sé un valore organizzativo: quello rappresentato, appunto, dalle regole tecnico-organizzative da applicare in relazione all'utilizzazione della forza lavoro da parte del datore di lavoro nell'ambito dell'attività esercitata.

Queste considerazioni ci portano a diretto contatto con un aspetto della riflessione giuslavoristica cui si è accennato in apertura di questo lavoro: l'affermazione secondo la quale l'organizzazione di lavoro va considerata – non come risultato del contratto di lavoro, ma – come un *prius* rispetto al contratto stesso.

Ebbene, in realtà in questa affermazione si annida il rischio di un errore di prospettiva.

Dire, nell'ambito di un discorso giuridico, che l'organizzazione 'preesiste' al contratto, potrebbe, infatti, significare nella prospettiva giuridica delineata nel paragrafo che precede, affermare che esiste un'organizzazione di atti e negozi preesistenti al contratto di lavoro, onde quest'ultimo giunge ad inserirsi in essa. Ma da questo punto di vista si tratterebbe di una situazione che – per quanto, come si è detto, indubbiamente possibile – sarebbe del tutto irrilevante sul piano sia della funzione del contratto di lavoro medesimo, sia della struttura dell'obbligazione tipizzante.

Qualora, invece, come parrebbe nelle intenzioni di coloro che normalmente ricorrono all'immagine dell'inserzione nell'organizzazione di impresa, si volesse far riferimento al dato 'materiale' dell'ingresso del lavoratore in un luogo in cui vi sono altri lavoratori nonché altri fattori della produzione con i quali deve essere armonizzata la sua prestazione, si intenderebbe in realtà affermare che, dal punto di vista giuridico, quel dato rileva ai fini dell'adempimento come insieme di regole dell'organizzazione – intese nel senso sopra precisato – che attraverso l'esercizio del potere direttivo, determinano la specificazione o conformazione del comportamento solutorio.

---

[209] U. Carabelli (2001a), 156 ss.

[210] Un riconoscimento largamente diffuso anche negli studi più recenti: v. A. Lassandari (2001), 322 ss.; A. Viscomi (1997b), 168 ss.

Insomma, quando si sostiene che l'organizzazione del lavoro preesiste e che il lavoratore si inserisce all'interno di essa, in realtà si intende affermare che essa non sorge dal contratto, ma sul contratto si proietta, anche in termini prospettici e dinamici: l'attività del prestatore deve infatti essere prestata in osservanza delle regole tecniche dell'organizzazione del lavoro (a loro volta componenti altresì della complessiva organizzazione dell'attività datoriale), quali concepite e definite *a latere creditoris*, e che, attraverso l'esercizio del potere direttivo – ma ovviamente nei limiti in cui quest'ultimo può legittimamente manifestarsi nell'ambito del rapporto – divengono regole di governo del singolo rapporto di lavoro.

Da questo punto di vista, l'affermazione – fatta ad altri fini – secondo cui il potere direttivo appare un «figura giuridica complessa», per cui, in una «prospettiva di osservazione per così dire esterna [esso] è momento dell'organizzazione», mentre in una prospettiva di osservazione interna [esso] è organizzazione»[211], può ben servire anche ai nostri fini, purché si specifichi che con il termine organizzazione nel primo caso ci si riferisce, appunto, alle regole di organizzazione del lavoro di cui si è appena detto, che assumono valore giuridico proprio attraverso il suo esercizio; laddove nel secondo caso ci si riferisce ad una funzione del potere direttivo alla quale l'ordinamento non attribuisce nessun rilievo giuridico nell'ambito del rapporto obbligatorio di lavoro, se non, come si è già più volte detto, in termini di mera soggezione al potere stesso.

L'importanza di queste precisazioni risulta con evidenza ove si consideri che frequentemente, anche a causa dei molteplici significati attribuibili al termine organizzazione, c'è il rischio di sovrapporre più piani del discorso. Si prenda ad esempio, l'interessante riflessione di Lorenzo Gaeta, il quale, dopo aver sviluppato un ragionamento critico nei confronti della costruzione di Persiani, sul presupposto della necessità di riconoscere nel rapporto di lavoro un contenuto tipicamente conflittuale («nel senso», dice l'autore, «di indifferenza al risultato»), giunge poi a riconoscere che l'organizzazione rileva sul contratto «in termini funzionali, di mera 'attribuibilità' tecnica»: l'imprenditore, afferma l'autore, «è … un'autorità privata … che … può esigere dal proprio dipendente … ciò che è funzionale allo scopo 'tecnico' dell'organizzazione … nei modi e nei limiti contrattualmente ammessi; e l'inserimento di fatto nell'impresa può essere interpretato … come fonte di obblighi relativi alle esigenze di questa»[212].

Orbene, io credo, che occorra chiarire il senso di queste affermazioni alla luce dell'analisi fin qui condotta; ove non precisate, infatti, essere rischierebbero di essere fuorvianti.

Gaeta, a differenza degli autori che sono stati considerati in apertura di questo lavoro – i quali avevano valorizzato l'aspetto 'volitivo' della collaborazione – fa più 'asetticamente' ricorso ad un concetto di organizzazione costruita come insieme di elementi tecnici obiettivi, di cui predica l'incidenza diretta sul contratto di lavoro. Va detto, peraltro, che gli unici vincoli tecnici, anche di tipo organizzativo, che possono rilevare *direttamente* sul piano dell'obbligazione di lavoro sono quelli che gravano in capo al lavoratore per effetto del criterio di diligenza 'professionale' di cui all'art. 2104, co.1°, c.c.

---

[211] A. Perulli (1992), 134-5.

[212] L. Gaeta (1993b), 208-9.

Questa, infatti, in virtù del richiamo alla natura della prestazione dovuta contenuto nell'art. 2104, co. 1°, c.c., ed in sintonia con la diligenza professionale di cui all'art. 1176, co. 2° c.c., è stata configurata come diligenza professionale – nel senso tanto di «diligenza propria del debitore che esercita professionalmente l'attività convenuta», quanto di «diligenza che si risolve nell'esecuzione professionale della prestazione»[213] – la quale richiama parametri di comportamento conformi al patrimonio di esperienze e conoscenze tecniche riconducibili alle 'regole dell'arte', evidentemente riferite all'attività oggetto dell'obbligazione contrattuale[214]. A tali vincoli, poi, potranno anche ricondursi regole generali di tipo organizzativo (e cioè relative al come il debitore debba relazionarsi con gli altri lavoratori e gli altri fattori della produzione), ma sempre e soltanto nei limiti in cui esse siano parte integrante, appunto, delle regole professionali del tipo di attività lavorativa svolta.

Per quanto attiene, invece, alle ben più specifiche regole tecnico-organizzative, che riguardano l'inserzione concreta dell'attività lavorativa del prestatore nell'ambito dell'attività del datore di lavoro (e dunque attinenti anche ai profili organizzativo-relazionali della specifica prestazione), la loro definizione ed applicazione è rimessa, per quanto sin qui detto, alle decisioni ed alle scelte del creditore della prestazione e, quindi, all'esercizio del potere direttivo, e la loro 'efficacia' organizzativa rientrerà integralmente nella responsabilità – nonché nel rischio – del datore di lavoro. Si tratterà normalmente di regole tecniche di portata generale ma codificate ed applicate dal datore di lavoro (più chiaramente, di regole tecniche di un «procedimento mediato nelle sue componenti basilari dalla tradizione, ma su tale base spesso modificato, innovato, perfezionato da chi lo adotta»[215]. In tal senso, il riferimento all'interesse dell'impresa come parametro della diligenza del lavoratore contenuto nell'art. 2104, co. 1°, c.c., deve, a mio avviso, essere posto in connessione con questo profilo: la diligenza, in quanto criterio oggettivo di misurazione dell'esatto adempimento nel senso appena precisato, deve riguardare anche il profilo dell'osservanza «delle disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro», attraverso le quali viene appunto soddisfatto, nello schema tipico del contratto di lavoro subordinato, l'interesse organizzativo del datore di lavoro.

Concludendo, si può affermare che le specifiche regole su cui il datore di lavoro fonda la propria organizzazione del lavoro sono in grado di esprimere un'incidenza sul piano del contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro soltanto attraverso l'esercizio del potere direttivo, quale strumento di organizzazione 'esterna' ed 'interna' della prestazione di lavoro e di determinazione delle regole di disciplina del lavoro, nonché di accertamento del rispetto delle disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro e dell'esatto adempimento dell'obbligazione di lavoro. In questo senso, il potere direttivo ha la diretta funzione di organizzare la prestazione di lavoro; dunque, su di un piano strettamente giuridico, il c.d. *potere organizzativo* del datore di lavoro, riferito al contratto di lavoro, altro non è se non il potere direttivo colto, appunto, nella sua essenziale funzione organizzativa. È evidente, peraltro, che, proprio in quanto tale, il potere direttivo è anche in grado di soddisfare l'interesse del datore di lavoro, esterno al contratto di lavoro subordinato, all'organizzazione *complessiva* del lavoro e più in generale all'esercizio organizzato della sua attività produttiva.

---

[213] A. Viscomi (1997b), 152 ss.

[214] A. Viscomi (1997a), 232-3 e Id. (1997b), 102-4.

[215] Ancora L. Gallino (1978), 713

Val la pena di precisare che quanto appena detto non significa, ovviamente, negare che anche gli altri poteri che l'ordinamento riconosce al datore di lavoro nell'ambito del contratto di lavoro, e specificamente il potere di modificare tempo e luogo dell'adempimento nonché l'oggetto stesso dell'obbligazione (attraverso il mutamento delle mansioni), abbiano la funzione di assicurare il soddisfacimento di specifiche esigenze organizzative: solo che, come già visto in precedenza, tali poteri sono da configurare come esterni alla struttura dell'obbligazione fondamentale del contratto e dunque, in punto di diritto, come 'eccedenti' la funzione essenziale di quest'ultima. Sul potere modificativo relativo alle mansioni, tuttavia, sarà necessario tornare tra breve, data la tendenza, dopo la novella statutaria dell'art. 2103 c.c., a sovrapporlo allo stesso potere direttivo.

Un interessante profilo di questa costruzione è quello della c.d. 'natura aperta' del potere direttivo[216], ovvero l'impossibilità «di schematizzare in via generale gli atti di esercizio del potere direttivo in senso proprio», specificandosi essi solo in rapporto al concreto dato organizzativo; riflessioni queste che vanno accolte nella misura in cui si ritagli un significato corrispondente a quanto detto in precedenza circa i contenuti reali da assegnare allo stesso potere.

Altro aspetto del potere direttivo, che emerge dalle considerazioni che precedono e che val la pena di sottolineare, anche per le implicazioni sul seguito della trattazione, è che, poiché a tale potere è conferita la funzione di rendere la prestazione di lavoro armonica con gli altri fattori produttivi, esso non può che avere carattere di continuità nel tempo, in corrispondenza della continuità del vincolo giuridico intrinseca al contratto di lavoro subordinato, in quanto contratto di durata. Occorre, tuttavia, precisare questa affermazione alla luce di quanto si è detto circa la natura del potere direttivo, e cioè che la sua sussistenza giuridica non implica necessariamente il suo esercizio materiale. Ebbene, ciò significa che alla possibile istantaneità del comando materiale (il quale, se si vuole, è teoricamente non necessario nemmeno nella fase iniziale del rapporto, qualora la specificazione e conformazione iniziale della prestazione avvenga nel contratto) potrebbe far seguito un periodo indeterminato in cui non ve ne siano altri: anche in questo caso non si potrebbe che constatare che a quell'istantaneità corrisponde la continuatività nel tempo dell'effetto imperativo di quel comando, ferma restando la giuridica facoltà del datore di lavoro di sostituirlo, qualora ne ravvisi l'opportunità, con un altro successivo (cfr. *supra* rif. critico a Napoli). Si tratta, come si dirà, di un profilo estremamente importante a fronte dei più recenti mutamenti dei metodi di organizzazione del lavoro, nonché delle alternative tipologiche disponibili per la soddisfazione delle stesse esigenze organizzative.

10. Impresa, organizzazione del lavoro e attività contrattualmente dovuta. La professionalità 'acquisita' ed il nuovo orizzonte della 'competenza': vecchi e nuovi modelli, vecchie e nuove interpretazioni del dato normativo.

Si è accennato in precedenza che l'art. 2103 c.c., nel definire la prestazione manuale o intellettuale dovuta dal lavoratore, fa riferimento al concetto di *mansioni*, nelle quali viene concordemente rinvenuto il *contenuto* della prestazione stessa: si tratta di quell'insieme di compiti che il lavoratore si vincola contrattualmente a svolgere, non in modo cumulativo, ma selettivamente, in ragione dell'esercizio del potere direttivo, nella sua funzione specificativa, di 'organizzazione

[216] Così, ma in altra prospettiva, A. Perulli (1992), 114.

esterna' della prestazione; si è inoltre affermato, al riguardo, che mentre l'oggetto dell'obbligazione è determinato dal contratto, il potere di specificazione individua e rende esigibile di volta in volta, dal datore di lavoro, il singolo comportamento tra quelli rientranti nell'ambito dell'oggetto stesso. Infine, si è precisato che, operando il potere direttivo all'interno dei confini dell'oggetto dell'obbligazione convenuta nel contratto, la modificazione unilaterale delle mansioni convenute – di cui sempre alla stessa disposizione – costituisce effetto di un potere modificativo che non è riconducibile al potere direttivo stesso.

Non è intenzione né compito di questo lavoro ripercorrere le molteplici letture che, a partire dal 1970, sono state date della complessa disposizione contenuta nell'art. 2103 c.c. Qui è tuttavia necessario soffermarsi su alcuni aspetti del dibattito che assumono particolare rilievo ai fini della trattazione ancora da svolgere.

A) In un contributo di alcuni anni or sono Mario Grandi aveva con acutezza considerato che «mansioni, qualifiche e categorie sono gli istituti formali, frutto di una concettualizzazione tutta convenzionale dell'esperienza organizzativa del lavoro propria di una data ambientazione *storica* dell'impresa industriale, in cui il legislatore ha trascritto giuridicamente la tipologia e l'organizzazione delle posizioni di lavoro soggettive e/o dei profili professionali soggettivi, costituibili inizialmente mediante la formazione del rapporto ed assunti, nella dinamica attuativa del rapporto stesso, ad indicatori del contenuto qualitativo e dei limiti oggettivi del comportamento dovuto»[217].

In effetti, è ormai opinione largamente condivisa che la disciplina appena ricordata appartenga ad un'epoca caratterizzata dal predominio, da un lato, del modello di rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato e, dall'altro, del modello della fabbrica integrata e verticalizzata, rigida ed immutabile, strutturata secondo i principi dell'organizzazione della produzione e del lavoro di tipo taylorista-fordista[218]; una realtà connotata da una divisione del lavoro gerarchica e parcellizzata, dalla rigidità e ripetitività delle mansioni attribuite a ciascun lavoratore e da una puntuale e quasi ossessiva predeterminazione dei tempi e ritmi di lavoro[219]. Di qui l'assegnazione al lavoratore di una 'posizione' o 'ruolo concreto'[220], che definisce 'obiettivamente' i compiti concreti e la collocazione del prestatore nella struttura verticale dell'impresa, nonché la prefigurazione di una progressiva crescita professionale egualmente rigida e sostanzialmente preordinata.

In questo assetto, la contrattazione collettiva (ma si pensi anche al ruolo delle fonti statistiche) ha svolto la sua fondamentale funzione di integrazione del dato normativo legale, attraverso la definizione dei sistemi di classificazione e descrizione delle posizioni lavorative e delle carriere professionali, con la correlativa fissazione dei concreti e differenziati valori della corrispettività retributiva.

Nel contempo, sul versante dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale della disciplina le-

---

[217] M. Grandi (1986), 256.

[218] Peraltro, per più precise considerazioni sul rapporto tra taylorismo e fordismo, spesso impropriamente sovrapposti, v. G. Bonazzi (1998), 139 ss.

[219] V. sin d'ora R. Santucci (1997), 131 ss.; M. Brollo (1997), 36 ss.

[220] F. Liso (1982), 162 ss.

gale cui ci si è appena riferiti, nel corso di una prima, lunga fase di applicazione della nuova disciplina dell'art. 2103, co. 1°, c.c. si sono affermati e consolidati orientamenti che in larga misura miravano ad irrigidire la possibilità di un utilizzo professionalmente flessibile della prestazione del lavoratore; e ciò è avvenuto, da un lato, in relazione alla definizione del concreto *contenuto* della prestazione dedotta in contratto e, dall'altro lato, in relazione sia alla configurazione stessa del *potere* unilaterale di modificazione delle mansioni, sia, più specificamente, alla definizione del concetto di '*equivalenza*'.

Cercando di ripercorrere in modo estremamente sintetico, e con inevitabili semplificazioni, tali orientamenti, si può osservare, sotto il *primo profilo*, che il referente concettuale per la definizione del concreto insieme dei compiti rientranti nell'attività dovuta, quale oggetto dell'obbligazione dedotta in contratto, era stato rappresentato, almeno fino alla riforma statutaria, dalla riflessione di Gino Giugni, il quale, nel magistrale studio sulle mansioni, di alcuni anni antecedente la suddetta (1963), aveva segnalato che il mercato del lavoro, «che è un mercato di 'qualifiche'», crea un raccordo soltanto indiretto tra la qualifica soggettiva del prestatore e quella dedotta nel rapporto. Così, se, da un lato, il lavoratore «non viene assunto per tutti i compiti che è in grado di svolgere, ma solo per quelli che *normalmente* attengono alla sua posizione nel mercato del lavoro», dall'altro la prestazione dovuta «non coincide necessariamente con le figure funzionali abitualmente indicate nei contratti collettivi o nella prassi del collocamento come 'qualifiche' o 'professioni'», bensì, più specificamente, include «tutte le prestazioni che, secondo criteri di normalità ambientali – proprie, quando parte del rapporto sia l'imprenditore, del luogo dove ha sede l'impresa (art. 1368 c.c.) –, appaiano attinenti alla figura professionale tipica a cui il prestatore è nel concreto riferibile»[221].

Questa costruzione, la quale poneva al centro del procedimento di individuazione della prestazione dovuta la *qualifica* – da Giugni, com'è ben noto, intesa come variante semantica di 'mansioni'[222] – faceva dunque riferimento «ad una figura astratta, idealmente rappresentativa della serie … di compiti esigibili dal lavoratore nell'ambito di un'organizzazione produttiva ideale»[223]. Ciò era evidentemente possibile proprio in virtù della ideale coincidenza tra l'astratta divisione del lavoro definibile alla luce delle concezioni organizzative tayloristico-fordiste e quella concretamente riferibile ad un'impresa calata in una determinata realtà territoriale. Di qui la possibilità di ipotizzare, altresì, una generale posizione professionale del lavoratore, relativamente spendibile nel mercato del lavoro esterno, comunque collegata alla professionalità soggettiva.

Dopo lo statuto dei lavoratori, peraltro, la lettura di Giugni, è stata parzialmente rimessa in discussione. Si è infatti osservato che essa, efficacemente coerente con un sistema in cui «vigeva il principio della libera modificabilità (anche in senso peggiorativo) per via convenzionale dell'identità della prestazione e della posizione del lavoratore nell'ambito dell'organizzazione», risultava, invece, inadeguata rispetto agli sviluppi dell'organizzazione industriale del lavoro, nonché alla nuova disciplina introdotta dallo statuto dei lavoratori. Fermi restando i presupposti teorici del ragionamento giugnano (pur senza più richiamare la tipicità ambientale *ex* art. 1368, co. 2°, c.c.,

---

[221] G. Giugni (1963), 120-1; v. anche E. Ghera (1984), 393.
[222] G. Giugni (1963, 32.
[223] Così F. Liso (1982), 165.

bensì gli artt. 1362 e 1366 c.c.), si è così rilevato che il riferimento alle figure professionali del mercato del lavoro esterno rimaneva troppo astratto, occorrendo invece – passando dalla divisione astratta alla divisione concreta del lavoro – considerare più specificamente la concreta organizzazione produttiva in cui si inserisce la prestazione lavorativa; e ciò anche al fine di meglio «soddisfare il requisito della determinatezza dell'oggetto del contratto»[224]. In alternativa alla 'qualifica', pertanto, come referente per la determinazione del contenuto della prestazione dovuta viene così assunta la 'posizione', ovverosia quell'elemento in cui, secondo la sociologia del lavoro, si scompone l'organizzazione reale del lavoro, e che viene concretamente occupato dal lavoratore[225]. Il riferimento alla 'posizione' – che non consiste soltanto nel singolo 'posto' di prima o successiva assegnazione, ma nell'insieme di 'posti' ad esso strettamente correlati che la identifica in quello specifico 'contesto ambientale' – consente, così, di definire più rigorosamente nei suoi contorni la prestazione dovuta, rispetto alla quale poi misurare la legittimità degli spostamenti; esso, inoltre, lascia anche implicitamente trasparire il maggior rilievo assunto negli sviluppi dell'organizzazione dai fattori di specificità aziendale, determinanti ai fini della maturazione di una 'professionalità acquisita' del lavoratore altrettanto specifica (e peraltro, in quanto tale, non facilmente 'esportabile' nel mercato del lavoro).

Sotto il *secondo profilo*, molteplici sono le posizioni che sono affiorate nel dibattito giuslavoristico subito dopo l'emanazione dello statuto dei lavoratori in merito alla permanenza o meno di uno *jus variandi* in capo al datore di lavoro (ai fini dell'analisi qui svolta, ci interesseremo peraltro solo alla mobilità verso mansioni 'equivalenti'). Si va dalla tesi che, negando la sopravvivenza di esso, ha ricondotto integralmente al potere direttivo il potere di modificare in senso orizzontale le mansioni del lavoratore, finendo così per dilatare fino alle mansioni equivalenti il contenuto della prestazione dovuta[226]; a quella che ha riaffermato l'esistenza di uno *jus variandi* di tipo generale, ma senza distinzione tra modifiche temporanee e definitive, e dunque con scarso rilievo pratico (ma importante dal punto di vista concettuale, ai fini della delimitazione dell'oggetto) rispetto alla precedente[227]; a quella che – recuperando dalla precedente disciplina la logica sottostante al limite delle esigenze dell'impresa – ha ribadito l'esistenza di uno *jus variandi* da esercitare nel rispetto della clausole generali della buona fede e correttezza[228]; a quella ancora di tipo 'compromissorio' che – recuperando dal periodo pre-statutario il principio dell'intrinseca temporaneità degli spostamenti da *jus variandi*, e operando un parziale recupero della tesi 'consensualista' – ha riconosciuto la persistenza di uno *jus variandi* per le modificazioni temporanee, ma ha richiesto il consenso del lavoratore per quelle definitive[229], ed infine a quella – affiorata alle origini del dibattito post-statutario, ma ripresa più recentemente – secondo la quale ogni spostamento a mansioni equivalenti sarebbe assoggettato al consenso del lavoratore[230]. Una sorta di 'crescendo' di tutele avente l'effetto di rafforzare la posizione del lavoratore rispetto alla pretesa modificativa del proprio datore di lavoro.

---

[224] F. Liso (1982), 164-7, anche nt. 48.
[225] F. Liso (1982), 163 ss.
[226] U. Romagnoli (1972), 175; M. Persiani (1971), 17-8. Per altri riff. v. F. Liso (1982),153-4, note 24 e 25.
[227] E. Ghera (1984), 394; Dell'Olio (1986), 92 ss. (Estratto). Per altri riff. v. C. Pisani (1996), 14, nt. 10.
[228] Ancora riff. in C. Pisani (1996), 70 ss.
[229] C. Assanti (1972), 147; F. Liso (1982), 169 ss.
[230] G. Suppiej (1972), 37 ss.; C. Pisani (1996), 97 ss.

Ancora più significativa è stata, peraltro, l'evoluzione delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza in relazione alla definizione del concetto di 'equivalenza', per il quale va subito detto che, data la formulazione letterale dell'art. 2103, co. 1°, c.c., si è ben presto esclusa la sua valenza 'economico-retributiva' (in quanto a sua volta assicurata dalla specifica formula 'senza alcuna diminuzione della retribuzione'), sostenendosi il suo valore protettivo nei confronti della professionalità. In questa prospettiva, la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato una serie di limiti che servono a definire il concetto di equivalenza, condizionando la legittimità dello spostamento. Così, è stato anzitutto richiesto che le mansioni di provenienza e di destinazione siano collocate dal contratto collettivo nel medesimo livello di classificazione; ma poi anche che le mansioni di destinazione consentano al lavoratore l'utilizzazione del corredo di nozioni, esperienza e perizia acquisito nella fase pregressa del rapporto di lavoro o, ancora più specificamente, che i compiti lavorativi di provenienza e destinazione appartengano ad una medesima 'area professionale'[231], «intendendosi per essa un insieme di mansioni tutte presupponenti le medesime conoscenze teoriche e capacità pratiche il cui svolgimento permetta al lavoratore la conservazione del patrimonio professionale acquisito»[232]. Talora sono state, poi, prospettate anche ulteriori valutazioni, come ad esempio l'accertamento che lo spostamento non sia svantaggioso per il lavoratore dal punto di vista della collocazione gerarchica, del controllo cui deve sottostare, del prestigio interno ed esterno, della possibilità di sviluppo della carriera, della misura del rischio e dell'aggravio fisico[233]. Invece non ha avuto successo la posizione secondo la quale la norma imporrebbe la funzionalizzazione della mobilità alla crescita professionale del lavoratore[234].

Orbene, nei confronti di questi sviluppi, si è osservato che essi – coerentemente con la prevalenza dei sistemi di produzione organizzati sulla base del modello tayloristico-fordista, cui si è sopra accennato – hanno consentito di attuare una tutela della professionalità di tipo difensivo e 'conservativo', o meglio ancora una tutela di una professionalità 'statica' ancorata al patrimonio professionale acquisito dal lavoratore, ed identificabile con il suo 'saper fare', cioè con le conoscenze tecniche e capacità pratiche attinenti all'esperienza lavorativa maturata nell'impresa (una professionalità, dunque, di tipo 'oggettivo', da non confondere con quella di tipo 'soggettivo', ovvero con il 'sapere' posseduto dallo stesso sulla base delle sue personali istruzione, formazione ed esperienza esterne, ed eventualmente certificata da specifici titoli). Si è peraltro altresì sostenuto che siffatta prospettiva non è più adeguata ai nuovi modelli di organizzazione del lavoro, che sull'onda della globalizzazione dei mercati e della competizione totale, dell'innovazione tecnologico-informatica, dei metodi di comunicazione ed informazione applicati alla produzione di beni e servizi, stanno modificando in modo radicale, e probabilmente irreversibile, tanto il contenuto del lavoro quanto il concetto stesso di professionalità[235].

B) Non è evidentemente possibile, in questa sede, soffermarsi analiticamente sugli aspetti da ultimo enunciati, sui quali è disponibile ormai una bibliografia folta ed approfondita[236]. È invece

---

231 F. Liso (1982), 177.

232 C. Pisani (1996), 113.

233 Per una panoramica, v. ancora C. Pisani (1996), 112 ss.

234 U. Romagnoli (1972), 179 ss., spec. 185.

235 B. Veneziani (1987), 47; F. Carinci (1985), 225 ss.; C. Pisani (1996), 119; M. Brollo (1997), 134 ss., spec. 143 ss.)

236 Oltre agli autori citt. in nota al primo parag. Sia consentito di rinviare, anche per altri riff. a U. Carabelli (1999), 185 ss.

essenziale ai nostri fini, riflettere, ancora una volta in modo estremamente sintetico, sulle implicazioni che le predette vicende hanno avuto, ed anzi stanno ancora avendo, sul piano del contenuto della prestazione di lavoro e sulla professionalità dei lavoratori.

Il tramonto della produzione di massa – alla cui intrinseca necessità di soddisfare la variabilità quantitativa di merci è stato funzionale lo sviluppo e consolidamento modello dell'impresa tayloristico-fordista – e l'emersione di strategie di consumo ispirate alla diversificazione anche qualitativa di beni e servizi – da offrire in un mercato ormai reso senza confini spaziali e temporali dalle nuove tecnologie informatiche, e perciò governato da un principio assoluto di concorrenza (dunque dall'imperativo del contenimento dei costi) – ha stimolato, già nel corso degli anni '80, un profondo ripensamento dei modelli dominanti di organizzazione e divisione del lavoro (data, appunto, l'incapacità del taylorismo-fordismo di soddisfare l'esigenza della variabilità qualitativa del prodotto[237]).

Influenzate dai modelli giapponesi ed americani della *total quality*, del *just in time*, della *slim* o *lean production* e del *management by objectives*, le imprese industriali italiane, e con esse quelle commerciali e dei servizi – nonché in parte anche quelle agricole[238] – si sono impegnate in un intenso e profondo processo di riorganizzazione, oltre che di ristrutturazione e riconversione, nella convinzione della necessità di ribaltare la tradizionale prospettiva trasmessa dal modello tayloristico-fordista: quella del dominio della macchina, con i suoi tempi ed i suoi ritmi, con le sue quantità e la sua fisicità, sull'uomo-lavoratore, chiamato a comportarsi come semplice 'strumento', e dunque a sacrificare la sua intelligenza e la sua volontà all'obbedienza passiva[239]. L'idea dominante è, infatti, che nella nuova fase, aperta dall'operare combinato dei fattori sopra ricordati, occorra riposizionare al centro del sistema produttivo l'uomo, con le sue conoscenze, con la sua intelligenza, poiché è solo l'uomo, in quanto singolo, o in quanto parte di un gruppo, che può essere in grado di governare le nuove forme della 'produzione flessibile'.

Solo l'uomo, infatti, è in grado di sviluppare quella spirale virtuosa di conoscenze dalla quale dipende – grazie alla circolazione istantanea dell'informazione, consentita dall'applicazione delle *ICT* (*Information and Communication Technologies*)[240] – il processo di innovazione permanente che specializza la posizione di mercato dell'impresa e la rende capace di sfidare i tumultuosi flutti della concorrenza globale. Se ci si fa mente locale, si è in presenza di una sorta di vendetta del sistema che, quanto più introietta tecnologia, tanto più rende determinante l'apporto di professionalità dell'uomo: nella storia industriale il lavoro è sempre stato 'materialmente' indispensabile, ma il lavoratore era un elemento d'attrito rispetto al funzionamento della macchina, per quanto l'organizzazione taylorista mirasse a contenere tale effetto di dispersione; ora, invece, nell'organizzazione *post-taylorista*, fermo restando il carattere indispensabile della prestazione di lavoro nella sua 'materialità' (peraltro ormai spesso tale solo nominalmente), si colora di 'indispensabilità' anche l'elemento razionale e volitivo di essa[241]. Pur se talvolta affiora il sospetto di

---

[237] P. Méhaut - J.Delcourt (1995), 18-19 : M. Cevoli (2002), 20.

[238] A. Jannarelli (1993).

[239] H. Braverman (1976), 85 ss.

[240] Su cui v. da ultimo E. Rullani (2001a), 7 ss.

[241] G. Bonazzi (1998), 162; M. Revelli (1997), 50.

essere in realtà in presenza, più che di un post-, di un neo-taylorismo, dato che anche nei nuovi modelli del capitalismo cognitivo si rinviene oggettivamente (nonostante le forme diverse) il DNA dell'autorità, dello sfruttamento del lavoro, del controllo altrui dei mezzi e dei fini del processo[242].

Come è stato ben osservato, i nuovi modelli organizzativi enfatizzano «la qualità dell'apporto umano al processo produttivo, riconoscendo al lavoro umano la capacità di adattamento a contesti in continua trasformazione, di risoluzione di problemi nuovi e non previsti, di relazione con realtà complesse e di interpretazione e lettura di dati non standardizzati, di intervento su situazioni critiche e di scostamento dalla normalità»[243]. Le *ICT* spingono, così, verso l'obsolescenza interi gruppi e figure professionali legati al lavoro tradizionale, inducendo una progressiva conversione delle tradizionali attività di trasformazione e lavorazione di materiali in attività di controllo, verifica, manutenzione coordinamento di sistema, attraverso l'utilizzo delle nuove tecnologie[244]. Affiorano invece 'analisti simbolici'[245], *knowledge workers*, figure professionali capaci di manipolare idee, di gestire informazione e di utilizzare il 'linguaggio' come strumento di produzione[246], lavoratori in possesso delle conoscenze e dell'esperienza che consentono loro di selezionare – tra l'altro *in tempo reale*, grazie anche all'uso delle *ICT*[247] – tra le possibili soluzioni quella ottimale (*best way*) volta a volta richiesta dal processo.

All'«ordine» derivante dalla pianificazione e codificazione tayloristico-fordista – 'chiuso' nella propria realtà aziendale di riferimento, e fondato sulla razionalizzazione della prevedibilità – si sostituisce il «caos» di quella post-taylorista[248] – 'aperto' all'ambiente globale, e fondato sulla razionalizzazione dell'incertezza[249]. E tuttavia, l'organizzazione che 'ascolta' e 'apprende'[250] è in grado di ricondurre continuamente ad unità gli infiniti tasselli del *puzzle* organizzativo, ed il disegno di quest'ultimo si ricompone in forme e strutture sempre diverse: l'organizzazione diviene dinamica, manifestandosi sempre più come un processo inarrestabile (si parla significativamente sempre più frequentemente di *organizing* piuttosto che di *organization*), caratterizzato da flussi di comunicazione intercorrenti tra punti distanti, distinti ma non separati; e ciò induce a riconsiderare perfino il concetto di confine dell'organizzazione stessa[251] (ma sul punto v. *infra*, le connessioni di questo aspetto con i processi di esternalizzazione).

L'organizzazione, peraltro, funziona per il tramite dei soggetti che la compongono, e pertanto è in realtà al loro 'agire riflessivo' (nel senso, appunto, del suo naturale evolversi e permanente conformarsi alle sollecitazioni dell'ambiente esterno, in una ricerca senza fine della riduzione

---

[242] Si v. al riguardo M. Revelli (2001), 172 ss.
[243] F. Guarriello (2000), 4.
[244] F. Butera (1999), 37; A. Accornero (1997), 107; M. Revelli (1997), 48.
[245] R. Reich (1993), 269 ss.; F.Butera (1999), 39 ss.
[246] C. Marazzi (1997), 66; M.Pedrazzoli (1998), 55-6.
[247] M. Agostinelli (1997), 57 ss.; J. Rubery – D. Grimshaw (2001).
[248] D. Callini (2001), 114-5; M. Revelli (1997), 68 ss.; E. Rullani (1998), 13 ss. In generale su ordine e caos nella modernità v. G. Balandier (1991).
[249] Cfr. M. Rispoli, 74. V. anche per spunti R. Santucci, 134 ss.
[250] M. Crozier (1990); A. Accornero (1997), 110.
[251] M. Cevoli (2002), 24.

delle complessità, secondo la lettura autopoietica luhmanniana) che è appunto affidato il compito di soddisfare i nuovi parametri della produzione flessibile.

Ciò che nella nuova dimensione organizzativa viene richiesto al lavoratore non è più il 'sapere' e il 'saper fare', quali elementi costituitivi di una professionalità 'statica' acquisita nella scansione temporale dei vari momenti esistenziali (dalla fase della formazione a quella del lavoro: v. *infra*), bensì il 'sapere come fare', quale indice del bagaglio professionale 'potenziale' del lavoratore, di una professionalità dinamica ed evolutiva, o meglio ancora di una 'competenza' che, attraverso percorsi personali non legati al singolo posto di lavoro, viene alimentata da un'attività formativa continua e da esperienze lavorative plurime e differenziate (c.d. *sapere in azione*), e si manifesta nella capacità di autonoma assunzione delle scelte e decisioni necessarie (*problem solving*), ed anzi imprescindibili, per il funzionamento del sistema[252]. Il contesto lavorativo, dunque, continua ad essere fonte continua di apprendimento, ma in senso diverso dal passato (in cui vigeva il principio del *learning by doing*): non c'è più, come detto, una professionalità 'statica', *firm specific*, da acquisire e tutelare, bensì una 'competenza' da acquisire e da sviluppare (c.d. 'processiva'), e da poter poi spendere anche nel mercato[253], al punto che si è parlato addirittura di una sorta di *rivincita* del mestiere[254]. Anche se, nonostante il lavoro possa essere ormai più 'descritto' che 'prescritto'[255], non basta comunque il sapere perché esista la competenza, poiché esso deve essere utilizzato dal soggetto nel momento giusto, nel modo giusto e nel posto giusto, cioè dev'essere 'contestualizzato'[256]. E ciò, oltre ad alimentare, appunto, la spirale virtuosa della conoscenza stessa (che si arricchisce sul piano tanto professionale che personale ed acquisisce sempre più un altissimo valore d'uso[257]), riversa nel contratto delicati problemi giuridici.

Così, più che 'mansioni' – intese come 'insiemi di compiti specifici' definiti entro confini relativamente precisi dalla divisione del lavoro, che ne attribuisce la responsabilità a differenti lavoratori in ragione dei loro *skills* differenziati – il prestatore è adesso obbligato a svolgere 'insiemi di funzioni'; ad agire, cioè, nel perseguimento di obiettivi predeterminati e normalmente condivisi, ma con tempi e modalità flessibili, in quanto lasciati nella sua piena disponibilità (ed anzi, talvolta risulta flessibile perfino il luogo della prestazione: si pensi a talune tipologie di telelavoro). Ecco perché, come già accennato, al lavoratore viene richiesto non solo di utilizzare sempre più i 'muscoli del cervello'[258], ma soprattutto di prestare una 'collaborazione intelligente', sviluppata fino alla fatidica responsabilità di 'fermare la linea'[259]; una collaborazione, peraltro, che risulta, a ben vedere, anche *essenziale* al sistema, dato il 'potere vulnerante' di fatto riversato nelle sue mani[260]. Insomma, per dirla con molti giuslavoristi, è necessaria meno soggezione e più collaborazione[261],

---

[252] V. Rieser (1991), 92 ss.; A. Accornero (1997), 110-2; F. Butera (1999), 44 ss.; S. Meghnagi (2003).
[253] Ancora A. Accornero (1997), 112; E. Rullani (1999), 29 ss. e Id. (1998), 63.
[254] F. Guarriello (2000), 50.
[255] M. Cevoli (2002), 40.
[256] D. Callini (2001), 115 ss.
[257] E. Rullani (2001a), 20.
[258] P. Thompson (2002), 48.
[259] A Accornero (1997), 129.
[260] G. Bonazzi (1998), 178 ss.
[261] F. Carinci (1985), 221; A. Garilli (1989), 171-2

perché è solo grazie all'adesione ed al coinvolgimento personale, e non col comando autoritativo, che possono trovare soddisfazione i bisogni *flessibili* dell'organizzazione *flessibile* dell'impresa *flessibile*; e ciò, che prima riguardava soltanto un fascia alta di lavoratori addetti a compiti direttivi, tenderebbe progressivamente a divenire la regola e a caratterizzare in generale 'il lavoratore della conoscenza' del nuovo secolo[262], anch'egli irrimediabilmente destinato ad trasformarsi in *uomo flessibile*[263].

È proprio questa configurazione (che naturalmente attiene alle imprese sensibili ai processi di ammodernamento organizzativo, tenuto comunque conto dell'esistenza di una vasta schiera di altre che restano ancora legate al palo di modelli organizzativi tradizionali), inoltre, che spinge a *de-verticalizzare* o, se si preferisce, *orizzontalizzare*, il processo organizzativo, e dunque il rapporto intersoggettivo, secondo modelli di gerarchia 'piatta'[264], in cui allo schema 'discendente' comando/obbedienza (e dunque subordinazione) si sostituisce quello 'piano' autonomia/controllo: non è solo un'inversione di direzione e di prospettiva, ma una rivoluzione logico-organizzativa che, operando sulla base di obiettivi, incide su ogni vicenda del processo produttivo, e su ogni aspetto del lavoro, contenutistico, temporale e logistico[265]. Al punto, poi, da rendere in fin dei conti irrilevante se l'obiettivo è definito in termini individuali o collettivi, in quanto, in questo secondo caso, si tratta solo di una moltiplicazione e complessificazione dei profili interattivi tra i componenti del gruppo o della squadra, comunque già presupposti dal sistema intrinsecamente cooperativo.

Queste riflessioni sono ormai acquisite nel dibattito giuslavoristico; ed è, infatti, sulla base di esse che si è giunti, ormai dalla prima metà degli anni '80, ad accusare l'art. 2103 c.c. di essere storicamente datato, o comunque di necessitare di un *restiling* interpretativo idoneo a metterlo in assonanza con siffatti sviluppi (v. *supra*). Si conviene, comunque, che, sul versante della determinazione della concreta prestazione dovuta (cui, evidentemente, deve essere poi rapportato anche l'ambito delle mansioni equivalenti), il riferimento alla nozione sociologica di 'posizione', o meglio ancora di 'ruolo', quale elemento base in cui si scompone l'organizzazione reale del lavoro, è idoneo a soddisfare l'esigenza di adeguamento appena indicata, in quanto in grado di includere i profili della '*complessità*', dell''*autonomia*' e dell''*importanza*' dei compiti da assolvere, connotando l'attività dovuta in ragione sia della sua funzione nel contesto produttivo sia dei suoi aspetti relazionali con gli elementi (gli uomini e gli altri fattori produttivi) del sistema[266].

Procedendo ancora una volta per sommi capi in una ricognizione estremamente sintetica del complessivo dibattito, funzionale all'analisi qui condotta, va al riguardo precisato che la più recente dottrina ha ribadito che attraverso il concetto di 'ruolo' (inteso come ruolo sia 'atteso' che 'agito'[267]), è possibile dare rilievo agli sviluppi derivanti dai nuovi modelli organizzativi, in quanto esso è in grado di esprimere il senso «non soltanto delle singole operazioni svolte, ma anche dei

---

[262] F. Butera (1999), 37 ss.; L. Frey (2002), 141 ss.
[263] R. Sennet (1999).
[264] E. Rullani (1998) 62; F. Butera (1999), 45 ss.
[265] G. Bonazzi (1998), 170-2.
[266] C. Pisani (1996), 146 (ispirato dagli studi di F. Butera).
[267] Cfr. F. Guarriello (2000), 103.

comportamenti di cooperazione lavorativa, delle pratiche di lavoro, delle regole tecniche, dei comportamenti di assorbimento di varianze tecniche ed organizzative, di quelli richiesti implicitamente dalla tecnologia»[268].

A questo riguardo, taluno è tornato a far riferimento ai 'dati di esperienza o di tipicità ambientale' di cui all'art. 1368, co. 2° – secondo l'insegnamento risalente, come si è detto, a Gino Giugni – riconducendo a tali dati «i posti forgiati all'interno dell'azienda che il lavoratore andrà ad occupare nella concreta divisione del lavoro in uno specifico contesto produttivo»; e ciò al fine di integrare le indicazioni spesso parziali deducibili dall'autonomia collettiva[269]. Va detto, peraltro, che se il richiamo al criterio di normalità ambientale di cui all'art. 1368, co. 2°, c.c., era giustificabile ai tempi dello scritto di Giugni, quando il riferimento alla qualifica poteva in effetti essere riempito di contenuti specifici alla luce di «ciò che si pratica *nel luogo in cui è la sede dell'impresa*» – presumibilmente conoscibile dal lavoratore all'atto della conclusione del contratto – esso non pare utilizzabile ove lo si voglia intendere oggi con riferimento agli specifici modelli organizzativi adottati dall'impresa, di cui il lavoratore potrebbe non avere affatto cognizione prima di entrarvi: e d'altronde si è visto come già Liso avesse seguito altra strada.

Il riferimento al 'ruolo', oltre a consentire di includere nel contenuto della prestazione dovuta una serie di compiti aggiuntivi rispetto a quelli specifici delle tradizionali figure professionali, nonché le c.d. mansioni promiscue o polivalenti, è stato poi considerato utile altresì in relazione ad una rideterminazione del contenuto del concetto di equivalenza, rispetto al quale si è affermato che occorre passare dalla tutela (pregressa) di una professionalità 'statica' alla tutela di una professionalità 'dinamica': nel caso di spostamento 'orizzontale' ad altre mansioni equivalenti, si è detto, non si deve più *necessariamente* verificare la conservazione della professionalità acquisita nell'esperienza pregressa, ma si deve piuttosto accertare più in generale che le nuove mansioni – le quali possono anche avere nulla o molto poco da spartire con la professionalità acquisita nel periodo pregresso – siano almeno portatrici di nuova professionalità, e siano di non minor valore di quelle di provenienza, alla luce, appunto, dei profili della complessità, autonomia e importanza, sopra indicati[270]. E non distanti da questa posizione si collocano, a ben vedere, coloro che, forse troppo genericamente, hanno ritenuto necessario passare ad una tutela della professionalità 'potenziale' del lavoratore, espressa dal sapere polivalente che deriva dalla cultura di base, dalle attitudini e dalla capacità di adattamento del lavoratore[271].

Per quanto riguarda poi specificamente il criterio dell'equivalenza, si è di recente affermato che esso avrebbe il contenuto elastico di una *clausola generale* 'in bianco' rinviante a 'dati di tipicità ambientale', sostanzialmente consistenti nelle valutazioni della contrattazione collettiva: «vista la sua 'vicinanza' alla realtà dell'organizzazione del lavoro», essa avrebbe, infatti, la capacità di raccordare la valutazione «alla razionalità materiale dell'economia e ai rapporti di mercato sui quali interagiscono le organizzazioni sindacali in un certo momento storico ed in uno specifico

---

[268] Così C. Pisani (1996), 145 ss., adeguatamente sviluppando le intuizioni di Liso.

[269] M. Brollo (1997), 128-9.

[270] Ancora C. Pisani (1996), 145 ss., il quale, peraltro, addossa in questo caso al datore di lavoro l'onere di una «riqualificazione circoscritta soltanto a quella attuabile in un lasso di tempo ragionevolmente breve, o comunque non lungo»; A. Garilli (1989), 168 ss.

[271] Cfr. anche per riff. M. Brollo (1997), 155.

contesto aziendale»[272], pur se è difficile negare, essendo l'equivalenza un criterio legale, la possibilità per il magistrato di sindacare le valutazioni della contrattazione collettiva[273].

Infine, va ancora ricordato che si è tornati a riproporre la riconduzione del potere modificativo di cui all'art. 2103, co. 1°, c.c. nell'ambito del potere direttivo, seppure inteso 'in senso lato', così formalmente estendendo, anche sotto questo profilo, a tutta l'area dell'equivalenza il debito lavorativo derivante dal contratto (ed in tal modo viene superato anche il problema dei limiti ulteriori in passato da taluno ricondotti allo *jus variandi*, in particolare quello della temporaneità dello spostamento)[274].

L'impressione che si ricava da una complessiva riconsiderazione del dibattito sviluppatosi in materia è che, come già accennato in precedenza, attraverso la riflessione dottrinale (l'elaborazione giurisprudenziale, di solito parca e guardinga nell'acquisizione dei risultati della ricerca di sociologia ed organizzazione del lavoro, è rimasta più ancorata alla logica tradizionale, pur se in qualche caso essa ha cominciato a muoversi nella stessa direzione), si vada definendo una proposta di lettura del dettato normativo che, assecondando l'evoluzione dei sistemi di organizzazione del lavoro sopra descritta, sta producendo un effetto di allargamento dell'area del debito del lavoratore, attraverso una dilatazione, dal punto di vista quantitativo e qualitativo, della prestazione, sia in quanto attività contrattualmente dovuta (in termini di ampiezza, autonomia e cooperazione), sia attraverso un ampliamento del significato da riconnettere al concetto di equivalenza - perfino collegando ciò ad una ricostruzione giuridica del potere di modificazione come parte del potere direttivo, da intendersi anch'esso ormai in senso 'ampio' e 'dilatato'. Anche se va detto che tutto ciò è stato considerato in sintonia con la necessità di passare dalla tutela di una professionalità 'statica' del lavoratore, appunto *firm specific*, a quella di una professionalità 'dinamica', intesa come sviluppo di competenze idonee ad assicurargli la capacità di operare nei nuovi sistemi organizzativi, ed in generale spendibile nel mercato del lavoro.

D'altro canto occorre prendere atto che anche la contrattazione collettiva ha cominciato a farsi carico dell'adeguamento dei sistemi di classificazione e inquadramento professionale ai nuovi assetti dell'organizzazione del lavoro, al fine di superare le distonie tra questi ultimi ed i contenuti della regolazione sindacale, ormai fin troppo evidenti e rischiose (in quanto denotanti l'inadeguatezza della contrattazione stessa rispetto a questa essenziale funzione di governo del mercato del lavoro). Essa infatti – seppure in modo non omogeneo, e senza attribuire necessariamente esplicito valore al profilo delle 'competenze' – ha progressivamente fatto propria l'esigenza, derivante dall'adozione dei nuovi modelli organizzativi, di riconsiderare i consolidati sistemi di classificazione, aprendosi ad una significativa sperimentazione in tema di posizioni e di relativi contenuti professionali, anche al fine di definire funzioni e collocazione di nuove figure professionali. Ed un aspetto importante di questa evoluzione è rappresentato dal raggruppamento di mansioni di contenuto professionale differenziato in 'categorie' o 'aree' professionali, nel cui ambito è stata consentita la mobilità tra le varie posizioni, posto che le mansioni in esse raccolte sono state esplicitamente considerate equivalenti ai fini dell'art. 2103, co. 1°, c.c. In tal senso la contrattazione collettiva stessa si è assunta, anche in termini di responsabilità definitoria, il carico di dare un

---

[272] Ancora M. Brollo (1997), 163-4, 169-70; L. Castelvetri (1992), 86; ma cfr. già E. Ghera (1984), 396 e F. Bianchi D'Urso (1987), 130 ss.

[273] Sul punto v. M. Brollo (1997), 162 ss.

[274] R. Pessi (1989), 79 ss.; A. Perulli (1992), 31-2; M. Brollo (1997), 29 ss.; M. Marazza (2002), 298 ss.

contenuto 'negoziale' al criterio legale dell'equivalenza; pur se a questo riguardo va ancora una volta ricordato che la quasi totalità di coloro che in dottrina hanno riflettuto sul problema ha comunque riconosciuto il potere del magistrato di sindacare, proprio alla luce del criterio legale di equivalenza, le valutazioni della contrattazione collettiva, e soprattutto che analoga rigida posizione è stata in generale mantenuta anche dalla giurisprudenza.

In effetti, in una recente ricerca si sono individuati vari percorsi seguiti nell'esperienza contrattuale dei differenti settori produttivi, sottolineandosi in particolare l'introduzione in numerosi contratti di «modifiche del sistema di inquadramento unico direttamente realizzate dal contratto nazionale, attraverso il superamento dei tradizionali 7-8 livelli e della logica descrittiva di esemplificazione delle mansioni rientranti nelle declaratorie di ciascun livello»; si è così passati a sistemi di classificazione organizzati non più per mansioni, ma per funzioni, che vengono raccolte in un numero più ridotto di categorie o aree, articolate al loro interno in più gradini, anche retributivi; e la mobilità all'interno di ciascuna categoria o area è stata ritenuta libera, in quanto nell'ambito di essa si presuppone operante il principio di equivalenza, nonostante ci si trovi di fronte a molteplici compiti che rivelano frequentemente contenuti professionali molto differenziati dal punto di vista tanto tipologico che 'gerarchico'. Nella stessa ricerca, peraltro, si è segnalato come in altri contratti siano state istituite apposite commissioni, attribuendo ad esse il compito di procedere alla riforma dei sistemi di classificazione, con l'obiettivo di ridurre la parcellizzazione, di ricomporre le operazioni, di ampliare le mansioni dovute ed arricchire professionalmente il contenuto dell'attività da svolgere valorizzando ed accrescendo il grado di competenze, esperienze, responsabilità e autonomia del lavoratore. Talora, poi, in attesa della ridefinizione dei nuovi sistemi, sono state aggiornate le declaratorie contrattuali, al fine di far emergere e collocare le nuove professionalità[275].

È significativo, infine, che il mutamento di prospettiva qui descritto abbia ormai coinvolto anche il legislatore, il quale più volte, in epoca recente, ha dato segno di avere consapevolezza dei mutamenti avvenuti nell'organizzazione del lavoro. Basti all'uopo pensare, per quanto più ci interessa in questa sede, al D.Lgs. n. 152 del 1997, il quale stabilisce all'art. 1, co. 1°, che il datore di lavoro «è tenuto a fornire al lavoratore, entro trenta giorni dalla data di assunzione le seguenti informazioni: … f) l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti al lavoratore, oppure le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro» (all'art. 3 si precisa, inoltre, che dev'essere comunicata per iscritto, entro un mese dall'adozione, qualsiasi modificazione successiva che non derivi direttamente dalla legge o dal contratto collettivo applicato al lavoratore): dove il riferimento alle caratteristiche e alla descrizione sommaria del lavoro apre ora evidentemente la porta ai nuovi modelli di organizzazione del lavoro (a fronte della più tradizionale previsione dell'art. 96, co. 1°, disp. att. c.c., il quale, com'è noto, stabilisce che «l'imprenditore deve far conoscere al prestatore di lavoro al momento dell'assunzione, la categoria e la qualifica che gli sono assegnate in relazione alle mansioni per ci è stato assunto»)[276].

Insomma, concludendo, alla luce degli sviluppi appena descritti parrebbe doversi concordare con chi ha osservato di recente che «se … l'oggetto del contratto di lavoro costituisce sicuro indice delle modalità organizzative e concretamente adottate dall'impresa, la caratterizzazione dei

---

[275] F. Guarriello (2000), 95 ss.; G. Roma (2002), 116 ss.

[276] Cfr. anche M. Marazza (2002), 302, nt. 139.

nuovi modelli organizzativi post-tayloristici tende a riflettersi sul contenuto della prestazione di lavoro … per fare … riferimento al tipo di attitudini, di preparazione generale o specifica, di capacità richieste al soggetto chiamato a ricoprire un certo ruolo nell'organizzazione aziendale», giungendo peraltro poi a segnalare come «da un lato la perdita del rilievo centrale assegnato alle mansioni … dall'altro l'abnorme dilatazione ad opera della contrattazione collettiva del criterio di equivalenza» sollevino il rischio che l'oggetto dell'obbligazione lavorativa risulti non determinato o non determinabile, come invece richiesto dall'art. 1346 c.c.[277].

11. La dilatazione del contenuto della prestazione nei nuovi modelli di organizzazione del lavoro nell'impresa e la permanenza della funzione e struttura tipiche del contratto di lavoro subordinato. Identità ed entità delle 'partite' dello scambio contrattuale. La contrattazione collettiva e la sua funzione 'tariffaria'; formazione professionale e 'remunerazione' della prestazione collaborativa.

Quanto precede apre la strada ad alcune osservazioni relative alla possibilità o meno di ritenere il contratto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. ancora idoneo a regolare lo scambio di forza lavoro nella moderna realtà organizzativa di tipo post-fordista.

A) La prima di esse è che l'analisi appena sviluppata conferma quanto segnalato sin dall'inizio di questo lavoro, e cioè che i nuovi modelli di organizzazione del lavoro stanno, appunto, portando con sé – assecondati anzitutto dalla contrattazione collettiva, ma anche da un'ormai corposa elaborazione dottrinale – una significativa dilatazione del *contenuto* della prestazione di lavoro, sul piano sia quantitativo che qualitativo. Sotto il primo profilo si è infatti constatato un ampliamento dei compiti richiesti al lavoratore, sia dal punto di vista della determinazione della prestazione concretamente dovuta *ex contractu*, sia dal punto di vista delle prestazioni considerabili equivalenti, anche a stregua della contrattazione collettiva, che possono essere richieste dal datore di lavoro in virtù del potere modificativo di cui all'art. 2103 c.c. Sotto il secondo profilo, invece, si è rilevata come ormai venga richiesto al lavoratore un nuovo impegno collaborativo, che si manifesta non solo sul piano della spontanea e impegnativa ricerca di comportamenti cooperativi di armonizzazione della prestazione con il dato ambientale-organizzativo – tra l'altro sempre più complesso e mutevole – ma anche su quello di una maggiore 'autonomia' professionale nell'esercizio della sua attività, con responsabilità crescenti in ordine alla individuazione e scelta non solo del *come* e del *quando*, ma assai spesso addirittura del *se*, e talora e perfino del *dove* adempiere all'obbligazione di lavoro (anche se frequentemente si può, nel caso concreto, individuare piuttosto un esercizio 'originario' del potere direttivo, con effetti perduranti nel tempo).

A questo riguardo si è già da tempo lamentato, da alcuni studiosi, che, a partire dalla nozione di ruolo – con la conseguente plurifunzionalità dei compiti lavorativi da essa presupposta – fino ad arrivare al connesso ampliamento, assecondato dalla contrattazione collettiva, della nozione di equivalenza – con ridefinizione della stessa professionalità nel senso sopra descritto – sarebbe in atto un'operazione concettuale destinata «ad alterare lo schema tipico della subordinazione, impegnando i singoli lavoratori al risultato finale dell'organizzazione produttiva nel suo complesso»;

---

[277] A. Garilli (1989), 169-170; F. Guarriello (2000), 239; L. Zoppoli (1997), 73; F. Scarpelli (1997), 268; M. Brollo (1997), 171).

di qui il sorgere di rilevanti «perplessità su un'interpretazione che ne farebbe il cardine di un processo di trasformazione (o riaggiustamento) del diritto del lavoro, il quale presuppone a monte una diversa configurazione della nozione di subordinazione»[278].

Ritengo, tuttavia, che, pur condividendosi in buona misura il *senso* di queste affermazioni, esse non siano da accogliere nel loro *contenuto* più propriamente giuridico. Ed ai fini della nostra riflessione torneranno utili alcune precisazioni effettuate nella parte che precede.

Sul punto va detto con chiarezza che gli sviluppi interpretativi di cui stiamo trattando attengono a due aspetti dell'obbligazione di lavoro subordinato strettamente connessi. Il primo è quello riguardante le 'dimensioni', in 'larghezza' e 'profondità', dell'oggetto dell'obbligazione di lavoro (appunto, la prestazione dovuta), nonché, reciprocamente, l'*esercizio* del potere direttivo e le sue funzioni di specificazione del contenuto (e dunque di 'organizzazione esterna') della prestazione dedotta in contratto, e di conformazione (e dunque di 'organizzazione interna') della prestazione stessa in relazione al suo combinarsi con gli altri fattori (umani e 'materiali') della produzione. Il secondo aspetto è invece quello relativo al potere modificativo (*jus variandi*) dell'oggetto stesso dell'obbligazione dedotta in contratto, cui sono riconducibili i due problemi dell'ampiezza e natura del medesimo potere e della definizione della nozione di equivalenza e dei conseguenti limiti derivanti da essa.

Se ciò è vero, si potrà notare che (a parte quanto si dirà più avanti) entrambi gli aspetti hanno, a ben vedere, solo indirettamente a che fare con la funzione e la struttura dell'obbligazione fondamentale che connota il contratto di lavoro subordinato. Quest'ultima, infatti, resta del tutto immutata sotto il profilo del risultato giuridico atteso dal creditore datore di lavoro, il quale continua ad essere configurabile, secondo l'insegnamento di Liso accolto in questo lavoro, come l'«apporto di utilità qualitativamente corrispondente … allo svolgimento delle mansioni». Ma al tempo stesso non muta neppure il profilo giuridico della struttura dell'obbligazione lavorativa, dato che l'individuazione come oggetto dell'obbligazione di un'attività il cui contenuto si caratterizza per una maggiore ampiezza, una maggiore autonomia ed un maggior impegno cooperativo rispetto al passato (e cioè rispetto ai sistemi produttivi improntati al modello tayloristico-fordista), a fronte di una minore 'profondità' (= più autonomia e cooperazione), ma di una (pretesa) maggiore estensione giuridica del potere direttivo (= inclusione in esso del potere modificativo), non incide comunque sulla *giuridica esistenza* del potere stesso, e pertanto sulla possibilità per il datore di lavoro di esercitarlo se, come e quando dovesse averne intenzione e/o necessità. Come si è ben osservato al riguardo, il datore di lavoro può sempre «modificare o sostituire l'obiettivo, assegnarne uno diverso, chiedere la sospensione o l'interruzione dell'attività ad esso strumentale, ordinarne il perseguimento anche a fronte di una previsione di antieconomicità» e così via[279].

D'altronde, essendo il potere direttivo – come si è visto più sopra – *effetto necessario ed essenziale* del contratto di lavoro subordinato (come pure il suo 'contraltare', e cioè l'incidenza sul datore di lavoro del rischio dell'utilità del lavoro: v. *supra*), è impensabile che, attraverso la previsione di una dilatazione, quantitativa e soprattutto qualitativa, del *mero contenuto materiale*

---

[278] A. Garilli (1989), 171.

[279] M. Marazza (2002), 315.

dell'oggetto dell'obbligazione fondamentale si possa determinare una 'disposizione' di esso da parte del datore di lavoro. «Per la contraddizion che nol consente» (come efficacemente argomenta Mario Napoli con riferimento alla subordinazione in generale[280]) l'esistenza stessa – come pure il potenziale esercizio, ma ovviamente anche l'espandibilità – di quel potere devono essere sempre considerati come sussistenti, pena la fuoriuscita dal lavoro subordinato e la ricaduta nel 'limbo' di una differente fattispecie contrattuale (v. *infra*): ne è riprova, a mio avviso indiscutibile, la riconduzione, da parte dell'art. 2095 c.c., della categoria dei dirigenti al lavoro subordinato[281].

Non va poi trascurato un elemento già affiorato nella ricostruzione che precede, e cioè il fatto che i nuovi modelli organizzativi, insieme con l'impiego delle *ICT*, se, da un lato, spingono fortemente nella direzione appena indicata per quanto attiene all'accrescimento dell'autonomia con cui il lavoratore può – ed anzi deve necessariamente – ormai svolgere la propria prestazione lavorativa, così riducendo l'intensità (e talora addirittura l'esercizio) del potere direttivo di specificazione e conformazione[282], dall'altro lato consentono un controllo continuo, istantaneo e penetrante sul comportamento solutorio del lavoratore[283]: si è detto, a questo riguardo, come le vecchie strutture gerarchico/verticali si appiattiscano, mentre si intensificano quelle dialogico/orizzontali[284]. A parte i problemi che ciò pone in termini di tutela del lavoratore rispetto alla pervasività di tali controlli, che rischiano di penetrare continuamente anche nella dimensione della sua sfera privata[285], quel che rileva ai nostri fini è che, poiché il potere di controllo altro non è se non parte integrante dello stesso potere di eterodirezione, in realtà – quasi rispecchiando una sorta di ideale 'principio di entropia' che si potrebbe ritenere governare, nell'ambito del potere direttivo, il rapporto tra la modalità specificativa e conformativa e quella di controllo – la funzione organizzativa del potere di eterodirezione del datore di lavoro subordinato, seppure con modalità differenti dal passato, non ne risulta comunque affatto mortificata, giungendo anzi ad esprimersi in modo assai più sofisticato, dato che tra l'altro che, dal controllo è sempre ed in ogni momento possibile ritornare ad esercitare direttamente il potere direttivo[286]. (Non si deve inoltre dimenticare l'aspetto più generale del controllo dell'organizzazione complessiva dell'attività produttiva, il quale assume grande rilievo altresì nella dimensione reticolare delle esternalizzazioni di fasi o parti dell'attività: ma su questo aspetto v. meglio *infra*).

Quanto detto più sopra, in merito alla diretta attinenza dell'innovazione organizzativa con il solo profilo del contenuto della prestazione dovuta, è stato d'altronde colto con acutezza da Antonio Viscomi, il quale, in un recente studio dedicato alla diligenza del lavoratore subordinato, ha rilevato come l'adozione dei nuovi sistemi organizzativi del lavoro stanno dando origine ad una vera e propria *dilatazione del contenuto* stesso della prestazione o, se si preferisce, ad un suo *ampliamento* in termini qualitativi e quantitativi.

In effetti, questo autore ha sostenuto che il tradizionale concetto di diligenza professionale – quale emergente dall'interpretazione condivisa dall'autore – come perizia tecnica e relazionale,

---

280 M. Napoli (1996), 61.
281 Cfr. anche M. Marazza (2002), 315.
282 M. Grandi (1987), 327; A. Perulli (1992), 269-70.
283 A. Accornero (1999), 41.
284 C. Chiacchierini (2991), 411.
285 Su questi temi, da ultimi, R. De Luca Tamajo (2002a) e A. Bellavista (2002).
286 Così, efficacemente, M. Napoli (1996), 60.

da rapportare ad una determinata attività lavorativa dedotta in contratto (v. *supra*) (una lettura, questa, in cui prevale il parametro della 'natura della prestazione dovuta' di cui all'art. 2104, co. 1°, c.c.), sarebbe utilizzabile in «ambienti organizzativi caratterizzati dalla parcellizzazione delle prestazioni e dalla misurazione (o misurabilità tipicamente tayloristica) delle abilità professionali con riferimento a 'specifiche tecniche' di esecuzione». Invece, in «contesti nei quali al 'sapere' si sostituisce il 'volere'» ed al prestatore viene richiesto «un impegno di cooperazione ed una continua disponibilità a rispondere adeguatamente agli stimoli esterni ed alle variabili esigenze dell'organizzazione» (si pensi a particolari figure del processo produttivo, ovvero a interi sistemi di organizzazione del lavoro che si basano sul diffuso coinvolgimento di tutti i lavoratori), la diligenza tenderebbe piuttosto a identificarsi nella 'professionalità', da intendersi come contributo al funzionamento regolare del processo e come conformità agli *standards* di qualità richiesti, ovvero come «più intenso orientamento della mansione verso l'organizzazione». Ciò, peraltro, non implicherebbe una mutazione in senso soggettivistico della diligenza stessa, quanto piuttosto una dilatazione del contenuto della prestazione; la diligenza, invece, continuerebbe a svolgere la sua funzione esterna ed oggettiva di «valutazione dell'esattezza dell'adempimento nel grado richiesto dal rapporto obbligatorio», solo precisandosi, rispetto alla nuova dimensione debitoria, come «criterio di regolazione teleologica del … contegno [del lavoratore], in funzione del risultato dell'obbligazione e dunque dell'utilità attesa dal creditore» (una lettura, quest'altra, in cui prevale l'altro parametro dell'art. 2104, co. 1°, c.c.: l'interesse dell'impresa). Sulla base di questa ricostruzione Antonio Viscomi giunge poi a ricongiungere la nuova 'dimensione' della prestazione lavorativa nell'organizzazione post-tayloristica con l'individuazione della collaborazione come causa del contratto di lavoro, affermando altresì che in questa prospettiva la diligenza stessa sarebbe destinata ad operare pure «al di là ed oltre l'esercizio degli (ma non in contraddizione con gli) stessi poteri gerarchici»[287].

A parte quest'ultima posizione – esaminata e criticata in apertura di questo lavoro – ed al valore attribuito dall'autore all'espressione «interesse dell'impresa» di cui all'art. 2104, co. 1° c.c. – da me invece sopra collegata all'ottemperanza diligente agli ordini per l'esecuzione e la disciplina erogati del datore di lavoro, nei quali, ed attraverso i quali, si concretizzano le sue scelte tecnico-organizzative (v. *supra*) – ed a parte il perdurante problema della diligenza dovuta nell'adempimento della prestazione (cui si è già fatto sopra riferimento, ma sul quale si tornerà tra breve), deve essere invece sottolineata proprio la precisa e corretta lettura delle esperienze descritte come fenomeno di ampliamento in quantità e qualità del contenuto stesso della prestazione.

Questo è, dunque, quanto sta in realtà avvenendo sul piano del contratto di lavoro subordinato da un punto di vista strettamente giuridico; e ciò, come si dirà tra breve, consente di affermare che ci si muove in un'area nella quale, in realtà, prima ancora del dato giuridico, importano i rapporti di forza individuali e collettivi sottostanti al contratto di lavoro stesso. Un'area, cioè, dove rileva un dato squisitamente socio-economico, preliminare ad ogni altra valutazione: la (libera) definizione negoziale dell'*identità* e dell'*entità* delle 'partite' dello scambio contrattuale da parte dei contraenti individuali, e prima ancora di quelli collettivi, che storicamente hanno svolto questa funzione, almeno nei sistemi in cui è stata assicurata la libertà sindacale, a riequilibrio della debolezza del singolo lavoratore nel mercato.

---

[287] A. Viscomi (1997a) e (1997b), *passim*.

B) Si è visto dunque come, secondo la più recente dottrina giuslavoristica, il concetto sociologico di '*ruolo*' – proprio in virtù della sua 'flessibilità' ed intrinseca riferibilità alle concrete regole organizzative di divisione del lavoro cui si collega la prestazione lavorativa – sia in grado di rappresentare la concreta posizione alla quale riconnettere l'oggetto dell'obbligazione lavorativa, ed alla quale rapportare altresì l'area delle 'mansioni equivalenti' cui può essere adibito il lavoratore, tramite l'esercizio del potere datoriale modificativo dell'art. 2103, co. 1°, c.c.

Orbene, come si è già accennato, non è compito di questo lavoro affrontare i complessi problemi posti dall'interpretazione dell'art. 2103 c.c. nonché dall'intervento della contrattazione collettiva in materia di classificazione ed inquadramento, ed in particolare in tema di equivalenza (specialmente in ragione della ricordata decisione di quest'ultima di considerare talora equivalenti mansioni dislocate in differenti livelli di inquadramento).

Si tratta di problemi tuttora presenti in larga misura nella riflessione dottrinale e nelle aule giudiziarie, dove, oltre al problema del controllo giudiziario del rispetto, anche da parte dei contratti collettivi, del principio di equivalenza in relazione alla tutela della professionalità del lavoratore (v *supra*), si sta accentuando l'emersione di orientamenti volti a sottoporre l'esercizio del potere datoriale di assegnazione, di modifica delle mansioni e di promozione, nonché le stesse scelte regolative della contrattazione collettiva in tema di classificazione, inquadramento e carriere ad un controllo giudiziale sotto ulteriori e differenti profili. Tra questi val la pena, in particolare, segnalare quello relativo al rispetto delle clausole generali della buona fede e correttezza, che si è esteso – a seguito della nota sentenza della Corte Costituzionale 9 marzo 1989, n. 103 – fino all'affermazione di un preteso principio di parità di trattamento[288] – quello dei divieti di discriminazione, quello, infine, della lesione da *mobbing*[289].

Ai fini dell'analisi qui condotta, sia consentito soltanto di segnalare come la tendenza della contrattazione collettiva a regolare il profilo dell'attività dovuta attraverso il riferimento ad aree professionali nel cui interno sono raccolte funzioni professionalmente differenziate, ma considerate equivalenti, *e pertanto liberamente esigibili* dal datore di lavoro, non va necessariamente considerata come una scelta che presuppone l'accoglimento di una concezione secondo la quale il potere di modificazione datoriale di cui all'art. 2103 andrebbe di fatto identificato con lo stesso potere direttivo (una tesi, questa, che è stata sostenuta ancora di recente in dottrina – v. *supra* – ma alla quale, in verità, sono state portate obiezioni a mio avviso decisive – e che comunque non mi sembrano finora essere state confutate – dal punto di vista dell'interpretazione del dato normativo[290]). Non mi pare, infatti, da un punto di vista teorico, che nulla osti a coniugare le nuove tendenze contrattuali con il dettato dell'art. 2103, co. 1°, c.c., nonché con i principi generali in materia di contratti, affermando che l'oggetto dell'obbligazione di lavoro rimane comunque definito dalle mansioni di assunzione (se si preferisce, dai compiti inerenti alla relativa 'posizione professionale', o al 'ruolo' assegnato e ricoperto nell'ambito della specifica organizzazione), fermo restando il riconoscimento in capo al datore di lavoro di uno *jus variandi*, limitato peraltro alle sole mansioni equivalenti a quelle di assunzione, ovvero – nel caso di spostamenti successivi

---

[288] Tra i tanti contributi si v. da ultimi, anche per riff., P. Ichino (2000), 541 ss.; R. Santucci (1997), 25 ss. e 109 ss. e M. Brollo (1997), 59 ss.; C. Zoli (1994), 145 ss.

[289] Su cui da ultimi D. Garofalo (2003), e AA.VV. (2002b).

[290] C. Pisani (1996), 89.

– «alle ultime effettivamente svolte», secondo un processo di esperienze ad espansione progressiva, coerente con quello sviluppo dinamico della professionalità del lavoratore su cui si è sopra soffermati. Ed in tal modo resterebbe comunque soddisfatto il requisito della determinazione o determinabilità dell'oggetto dell'obbligazione lavorativa: ancora una volta, infatti, svolgendo un ragionamento comparativo, si potrebbe rilevare come l'ampiezza, l'autonomia e la cooperazione intrinseche ai compiti, o meglio delle funzioni, riconducibili al 'ruolo', nelle nuove realtà organizzative post-tayloriste, non paiono differenziarsi da quelle da sempre richieste al lavoro dirigenziale.

Ciò detto, può ancora osservarsi che la contrattazione collettiva, facendosi opportunamente carico dello sforzo di avviare, a fronte delle predette nuove realtà tecnico-organizzative, una ridefinizione degli assetti classificatori (e dunque, sostanzialmente, dei vari tipi di oggetto deducibili nell'obbligazione lavorativa) e dell'inquadramento retributivo (e dunque dei livelli tariffari praticabili e/o ottenibili in un *determinato* momento storico ed in un mercato del lavoro *dato*), svolge una funzione che è stata da sempre tipicamente di sua competenza, opportunamente offrendo il proprio mantello di protezione minimale (*standards* minimi di trattamento economico) alla contrattazione individuale, altrimenti esposta ai rischi della debolezza economica del contraente lavoratore[291]. Da questo punto di vista va anzi segnalato come essa si riveli il filtro essenziale attraverso il quale gli equilibri dello scambio possono essere costantemente rapportati alle continue mutazioni in atto sul versante dei criteri per l'individuazione dell'attività dovuta, specialmente in relazione all'analisi delle nuove figure professionali che si affacciano ormai con incessante continuità nel mercato del lavoro[292].

A questo riguardo ritengo, tra l'altro, che sia da condividere l'opinione di chi ritiene che le valutazioni della contrattazione collettiva in merito alla 'proporzionalità' dello scambio *ex* art. 36 Cost. – in quanto tale, e prescindendo dagli altri profili cui si è accennato più sopra (parità di trattamento, mobbing etc.), ovvero dal controllo della sufficienza[293] – sono da ritenere 'sostanzialmente' insindacabili dalla magistratura[294]). Laddove, come ormai chiarito dalla stessa giurisprudenza, in caso di inapplicabilità del contratto collettivo, il giudice, nel determinare la retribuzione proporzionata e sufficiente *ex* art. 36, co. 1°, Cost., ha il potere di discostarsi dai minimi salariali stabiliti dalla contrattazione collettiva, solo a condizione che fornisca adeguata motivazione della differente misura della retribuzione da lui indicata[295].

Ed invece, nel definire – ad es. attraverso le sopra ricordate 'aree professionali' – l'insieme di mansioni che, ai sensi dell'art. 2103, co. 1, c.c. sono da considerare *equivalenti*, la contrattazione stessa svolge, per propria libera scelta, una funzione – non integrativo/delegata, in quanto non v'è alcun rinvio legale, ma piuttosto – interpretativo/esplicativa del dato normativo; funzione che pertanto non è (né giuridicamente né fattualmente) necessitata a svolgere, come in effetti non ha svolto per lunghissimo tempo, potendo il criterio di equivalenza essere oggetto di interpretazione diretta delle parti del contratto individuale, o del datore di lavoro titolare dello *jus variandi*

---

[291] E ciò fin dal periodo immediatamente successivo alla emanazione della Costituzione: v. G. Giugni (1951), 1010.

[292] Sull'importanza di questo tipo di analisi v. S. Meghnagi – G. Coronas (2003).

[293] V. G. Roma (1997), 91 ss.; U. Carabelli (1998), 237.

[294] G. Roma (1997), 34; A. Vallebona (1997), 413; F. Liso (1998), 212 ss.; P. Ichino (2000), 541 ss.; G. Leotta (2002), 697 ss.; S. Bellomo (2002), 139 ss.

[295] Si v. per tutti G. Roma (1997), 28 ss.

(ed a questo riguardo, nel silenzio della legge, non si può non concordare con chi ritiene giusto che, seppure con attenta ponderazione, il giudice svolga il suo controllo circa il rispetto del criterio dell'equivalenza da parte della stessa contrattazione collettiva: v. *supra*).

Non c'è dubbio, comunque, che valutata nel suo complesso, questo tipo di contrattazione 'evolutiva' appare volta non solo a rendere espliciti ed a codificare i nuovi e più ampi contenuti e soprattutto le nuove modalità autonomo-cooperative della prestazione lavorativa subordinata, così evidentemente attribuendo ad essi *rilievo giurico-contrattuale* (nel senso che si preciserà tra breve); ma altresì – sfruttando i margini di flessibilità consentiti dalla norma codicistica, come novellata dallo statuto dei lavoratori – ad includere in una logica gestionale unitaria potere direttivo e *jus variandi*, mansioni di assunzione (o successiva adibizione) e mansioni equivalenti, così intervenendo a definire il contenuto del regolamento negoziale delle parti in relazione all'utilizzazione professionalmente flessibile della prestazione di lavoro. Questo, come si è detto, secondo la prospettiva di favorire *anche* la maturazione di una professionalità più dinamica del lavoratore, idonea a valorizzarne le competenze (nel senso esaminato).

Orbene, una volta chiarito come a tutto ciò corrisponda non un'evoluzione della funzione o struttura dell'obbligazione di lavoro subordinato, ma piuttosto una ridefinizione dei contenuti della prestazione, e dunque di una delle partite dello scambio contrattuale, si spiega come, in questa prospettiva, non possa che assumere particolare rilievo il profilo sinallagmatico della controprestazione, ovvero dell'altra partita dello scambio stesso[296]. E d'altronde anche nell'ambito degli studi sociologici ed organizzativi si è segnalato che alla nuove tecniche di valutazione delle prestazioni debbono corrispondere nuovi sistemi di ricompensa[297]; basti fare l'esempio della c.d. *skill based compensation*, che è un sistema di retribuzione basato non sulle caratteristiche e gli attributi della posizione lavorativa o dell'anzianità aziendale, ma sulla conoscenze e abilità, nonché sulle capacità di apprendimento del prestatore, cosicché riesce a guadagnare di più «chi in un dato tempo, in linea con un preciso programma aziendale, riesce ad approfondire e allargare le proprie conoscenze e competenze professionali»[298].

Da questo punto di vista emerge senza dubbio con forza, in primo luogo, la funzione tariffaria della contrattazione collettiva, la quale dovrebbe 'naturalmente' svilupparsi (come in effetti normalmente fa) in modo che i mutamenti, da essa assecondati, che si verificano sul fronte del contenuto della prestazione lavorativa, trovino riscontro anche sul fronte della controprestazione retributiva, nel rispetto di un principio di *corrispettività*, prima ancora che giuridico, di tipo economico-sociale, incardinato sul valore complessivo dell'attività svolta dal prestatore di lavoro. Un principio, questo, nella cui affermazione si rinviene la storica funzione, e dunque la stessa primordiale ragione di esistenza, del sindacato, e di cui quest'ultimo deve rimanere sempre consapevole, assumendolo come fondamentale elemento dell'azione di tutela svolta (data, tra l'altro, la necessità di salvaguardare lo stesso valore intrinseco, e cioè il potere d'acquisto, dei salari: secondo i dati della Banca d'Italia le *retribuzioni reali nette mensili* – cioè al netto delle imposte e dei contributi sociali a carico dei lavoratori – tra il 1989 ed il 2000 sono cadute di quasi 8 punti percentuali…[299]).

---

[296] Cfr. per analoga sensibilità, in prospettiva inversa, L. Zoppoli (1994), 5 ss.

[297] M. Cevoli (2002), 28.

[298] C. Chiacchierini (2001), 368; R. Santucci (1997), 153 ss.

[299] L. Costabile (2002a).

Per il vero, nello schema di riferimento della nostra riflessione occorrerebbe collocare – per completezza d'analisi – anche l'altro parametro di commisurazione della prestazione, e cioè l'orario di lavoro, ed anche a questo riguardo chi scrive ha avuto occasione di sottolineare in altra sede l'importanza della funzione regolativa svolta, dal dopoguerra ad oggi, dalla contrattazione collettiva in materia di durata e di flessibilità oraria, nonché della sua diretta connessione con il profilo retributivo-corrispettivo del rapporto di lavoro[300]. Si tratta, peraltro, di un altro profilo che in questa sede è, ovviamente, possibile soltanto richiamare).

L'aspetto retributivo è stato colto con acutezza e sensibilità dalla maggior parte degli studiosi che, sin dalle prime manifestazioni di questa contrattazione collettiva 'evolutiva' in materia di classificazione e inquadramento, hanno segnalato l'evolversi anche della retribuzione contrattuale secondo traiettorie inusitate, emergenti dalla previsione di una serie di elementi retributivi integrativi della retribuzione base, concepiti al fine di ristabilire il *valore corrispettivo* di una prestazione più variabile in estensione (anche per la suddetta predeterminazione negoziata dell'ambito di equivalenza) e più densa di autonomia nonché a remunerare comportamenti cooperativi del lavoratore[301]. Da questo punto di vista vengono ad esempio alla mente da un lato l'indennità di posizione organizzativa, introdotta dal CCNL dei Chimici del 1994, la quale è destinata a compensare il lavoratore per l'adibizione alle nuove posizioni lavorative ed alla possibilità di un'ampia mobilità tra mansioni considerate contrattualmente equivalenti[302] e dall'altro gli incentivi di produttività, destinati a premiare un *auspicato* impegno lavorativo[303], ovvero «l'adattamento intelligente alle circostanze organizzative» e «l'adesione fattiva a certe strategie di produzione o riorganizzazione»[304].

In realtà si può forse asserire che la contrattazione collettiva, nella fase di transizione sino ad oggi attraversata (in particolare dopo il Protocollo del 23 luglio del 1993), ha sviluppato politiche contrattuali di *complessiva* ridefinizione degli elementi salariali, prevedendo sia delle voci retributive legate ai nuovi sistemi di classificazione ed inquadramento – inclusive del valore della mobilità su posizioni equivalenti predefinite – sia nuovi elementi retributivi (premi individuali e collettivi) di tipo partecipativo ed incentivante legati alla produttività e alla redditività (e dunque addirittura ad aspetti dell'andamento dell'attività d'impresa, rispetto ad alcuni dei quali si è talora perfino dubitato del valore corrispettivo[305]). Ritengo sia tuttavia da condividere ed assecondare l'attività interpretativa di chi ritiene di dover rifuggire, in generale, da una concezione di carattere 'globalistico', per privilegiare un 'approccio relativistico' di differenziazione giuridico/funzionale dei vari elementi salariali[306]. E si tenga altresì conto del fatto che, frequentemente, le voci retributive previste dalla contrattazione collettiva hanno il valore di corrispettivo, ma non di un comportamento del lavoratore che costituisce oggetto di una *pretesa creditoria* riconosciuta dal contratto in capo al datore di lavoro, bensì di un aspetto 'aggiuntivo' rispetto all'attività solutoria del lavoratore, che è invece rimesso alla libera determinazione di quest'ultimo[307].

---

300 U. Carabelli – V. Leccese (2002).
301 L. Zoppoli (1991b), 31 ss.
302 Cfr. L. Bellardi (1994), 11 ss.
303 V. ancora L. Zoppoli (1991b), 31.
304 M. D'Antona – R. De Luca Tamajo (1991), 6.
305 Cfr. B. Caruso – G. Ricci (1994), 37 ss.; L. Zoppoli (1991b), 33.
306 Cfr. soprattutto ancora Zoppoli (1991b), 31 ss.
307 G. Spagnuolo Vigorita (1994), 150; M. D'Antona – De Luca Tamajo (1991), 8.

D'altronde, siffatta consapevole differenziazione può servire non solo a fini sistematici e tecnico-giuridici (ad es. incidenza reciproca tra le diverse voci), ma anche per rendere sempre più 'sensibili' e 'consapevoli' le stesse parti – ovviamente soprattutto quelle collettive, ma a ben vedere anche quelle individuali, sempre più coinvolte in una diretta contrattazione delle condizioni di lavoro – non solo, com'è naturale, delle dimensioni e della profondità dei mutamenti in atto, ma anche delle conseguenti nuove logiche (tanto economico-sociali, quanto giuridiche) su cui si deve fondare lo scambio contrattuale.

È ovviamente impossibile in questa sede approfondire questa delicata tematica. Vale la pena solo di sottolineare come proprio l'assunzione a carico dell'azione sindacale di questa importante funzione economicamente 'riequilibratrice' possa consentire al sindacato stesso, da un lato, di focalizzare le implicazioni di lungo termine che l'evoluzione organizzativa e quella contrattuale sono in grado di comportare sulla stessa figura del lavoratore subordinato e, dall'altro lato, di meglio definire anche ruolo e funzione di scelte di tipo economico-partecipativo di carattere più generale (riferite, cioè, pure ai risultati dell'attività d'impresa) che possono ispirarne l'attività negoziale. Ciò, in particolare, non solo rispetto all'esperienza contrattuale maturata a seguito del Protocollo del 23 luglio del 1993[308], ma soprattutto rispetto a quella che si potrà sviluppare nel prossimo futuro, anche in ragione delle possibili innovazioni nella struttura della contrattazione collettiva (cfr. in particolare, al riguardo, le proposte del Libro Bianco del Governo[309]).

C) Concludendo non si può trascurare un aspetto già affiorato nella precedente trattazione dei nuovi modelli organizzativi post-tayloristici, e cioè l'importanza che assume la formazione del lavoratore quale strumento essenziale, destinato ad assicurargli l'acquisizione e la manutenzione delle competenze necessarie all'ottenimento ed alla conservazione dell'occupazione.

Sul punto, gli studiosi della formazione hanno segnalato che i nuovi tipi di lavoro sono a più alto contenuto di sapere, ma che quest'ultimo è sempre meno prescrittibile e meno stabile nei contenuti e nei significati e che c'è, dunque, un più alto tasso di obsolescenza nelle conoscenze acquisite con lo studio e l'esperienza. L'idea dei cicli di vita, in base alla quale nell'esistenza di una persona vi è un tempo iniziale in cui acquisire un sapere professionale da praticare poi per tutta la vita, pur se non è mai stata completamente vera, era comunque indirettamente indicativa, nei sistemi tayloristico-fordisti, del fatto che i cicli tecnologici – e in connessione con essi, le necessità formative dei lavoratori – avevano un andamento di lungo termine; oggi, invece, a fronte di un processo di innovazione tecnologico-organizzativa tanto continuo quanto profondo, la formazione si rivela indispensabile non solo per raggiungere livelli qualitativamente elevati di capacità lavorativa, ma anche per consentire l'adeguamento continuo al fabbisogno professionale espresso dal lato della domanda di lavoro, e dunque in generale per fronteggiare il *rischio occupazionale*[310]. D'altro canto si è al riguardo segnalato che le risorse su cui si fondano la qualità e la competitività sono costituite dal capitale sociale (fiducia) e da quello intellettuale (conoscenza) e

---

[308] L. Bellardi (1999), 234 ss.

[309] Su cui l. Bellardi (2003).

[310] M. Cevoli (2002), 20 e 40; Id. (2001), 65 ss.; M. Cevoli – S. Meghnagi (2000), 179 ss.; Gallino, *Se tre milioni vi sembran pochi*, paragrafo conclusivo su formazione).

che la formazione è strategicamente la ricetta idonea a valorizzare entrambi gli aspetti, basandosi sui due ingredienti dell'*apprendimento* individuale e del *coinvolgimento* della risorsa umana[311].

In questa prospettiva non è indifferente, ovviamente, il tipo di formazione richiesta, in cui deve evidentemente rispecchiarsi lo stesso mutamento generale dei saperi richiesti dal nuovo sistema di produzione[312]. Così, si è osservato che la formazione 'non professionalizzante' non dovrà essere più limitata all'istruzione iniziale, ma dovrà accrescersi costantemente nel corso dell'intera vita, mirando ad attestarsi sempre di più al livello di scuola superiore, e possibilmente a livello universitario o finanche post-universitario; essa inoltre, dovrà risultare sempre più caratterizzata da un'istruzione multidisciplinare di tipo non esclusivamente cognitivo e teorico, ma con apprendimento di competenze pratiche e della stessa capacità di integrarsi relazionalmente[313]. Con essa dovranno poi integrarsi, in modo sempre più strutturato, tanto la formazione professionale permanente – anch'essa da praticare nel corso di tutta la vita lavorativa – quanto quella continua – da svolgersi, invece, nel corso del singolo rapporto di lavoro – la quale dovrebbe diventare «uno strumento di accompagnamento delle politiche delle imprese al servizio dell'innovazione e del costante adeguamento del loro capitale umano»[314]. In tutti i casi, inoltre, la formazione professionale dovrà avere contenuti sempre più attenti agli aspetti della cooperazione, dell'informazione, della comunicazione, in coerenza con i nuovi modelli di organizzazione post-tayloristici[315], mentre dovranno essere favoriti percorsi certificabili secondo standards riconosciuti, al fine di assicurare, assieme alla qualità dello sviluppo formativo, la libera circolazione del capitale umano[316].

In questa materia, com'è noto, è intervenuta la L. 8 marzo 2000, n. 53, la quale ha disciplinato questi vari tipi di formazione agli artt. 5 (formazione non professionalizzante e formazione professionale permanente) e 6 (formazione professionale continua). Tali norme hanno già sollevato numerosi problemi interpretativi[317], mentre altri delicati problemi, non solo giuridici, riguardano lo sviluppo delle competenze regionali e specificamente dei servizi pubblici per l'impiego in materia[318].

Ebbene, a questo riguardo si deve constatare anzitutto il significativo diffondersi di posizioni dottrinali volte a sostenere la rilevanza della formazione nell'ambito del contratto di lavoro, sulla cui fondatezza, peraltro, mi sembra possano essere, e sono stati, sollevati molti dubbi.

Invero, in un recente saggio in materia Mario Napoli ha osservato che, a causa dei profondi mutamenti dell'organizzazione del lavoro post-tayloristica sopra descritta, si dovrebbe ormai ritenere che il diritto alla formazione del lavoratore costituisca un vero e proprio effetto naturale del

---

311 C. Chiacchierini (2001), 348.
312 Cfr. i contributi di AA.VV. (1998), 251 ss.
313 F. Butera (1999), 48-9; L. Frey (2002), 143 ss.
314 F. Guarriello (2000), 62; L. Tronti (2003), 57 ss.; P. Lambertucci – S. Bellomo (1998), 351 ss.
315 D. Callini – L. Montaguti (1993), 63 ss. e 111 ss.; AA.VV. (2000), 93 ss.
316 M. Biagi (1996), 165 ss.
317 Cfr. C. Alessi (2001), 1274 ss.; G. Gorretta (2001), 87 ss.
318 Da ultimi v. D. Garofalo (2001), 189 ss. e L. Zoppoli (2003).

contratto di lavoro subordinato, derivante dalla previsione dell'art. 35, co. 2° Cost., letto in relazione agli artt. 2094 e 2103 c.c.[319]. Successivamente, un'analoga posizione è stata sostenuta da Luisa Galantino, secondo la quale, sempre per gli stessi motivi, la formazione sarebbe diventata «parte della struttura causale del contratto di lavoro», configurandosi come un diritto-dovere del lavoratore. Per questa studiosa, peraltro, il vincolo del datore di lavoro potrebbe farsi altresì derivare dall'obbligo, su di lui gravante, di tutela della personalità (non solo fisica, ma anche morale) sancito dall'art. 2087 c.c., nonché dall'onere di cooperare, ai sensi dell'art. 1206 c.c., all'adempimento della prestazione (*mora credendi*); laddove, il vincolo del lavoratore sarebbe riconducibile all'obbligo di adempiere all'obbligazione lavorativa secondo diligenza professionale, da commisurarsi, *ex* art. 2104, co. 1°, c.c., alla natura della prestazione e all'interesse dell'impresa[320]. Infine, ancora più di recente, lungo la stessa traiettoria si è mossa anche Fausta Guarriello, la quale ha aggiunto, a questo coacervo di fonti dell'obbligo datoriale (con la variante dell'art. 1217 c.c. invece dell'art. 1206 c.c.), anche il rispetto del criterio di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.)[321].

La questione risulta, evidentemente, di particolare importanza, in quanto direttamente collegata all'innovazione organizzativa e, di conseguenza, al problema dell'adattamento e della mobilità professionale, in situazioni rilevanti anche ai fini del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e dei licenziamenti collettivi. E d'altronde, un sia pure minimo vincolo formativo a carico del datore è stato anche sostenuto in relazione alla mobilità verso mansioni equivalenti, segnalandosi opportunamente la sussistenza di un rapporto reciprocamente inverso tra equivalenza ed *extrema ratio* del licenziamento individuale per g.m.o.[322].

Personalmente ritengo che, allo stato della normativa legale, non sia possibile costruire a carico del datore di lavoro, sulla base dei vincoli contrattuali, un obbligo di fornire al lavoratore formazione professionale. E ciò tanto nel caso di soppressione di un posto (qualunque ne sia la causa), con relativo esubero di personale – il quale, nel rispetto del principio dell'*extrema ratio* del licenziamento per g.m.o, impone la ricerca di mansioni equivalenti cui adibire il lavoratore – quanto nel caso di innovazione tecnologico-organizzativa che, pur senza sopprimere la posizione lavorativa, la trasformi modificandone il contenuto professionale, e ponga, di conseguenza, la questione (oltre che, ancora una volta, del possibile spostamento del lavoratore ad altra posizione con mansioni equivalenti, onde evitare il licenziamento per g.m.o., sempre nel rispetto del predetto principio dell'*extrema ratio*) della riqualificazione del lavoratore stesso affinché possa rimanere assegnato ad essa. Per quanto attiene al primo aspetto, mi sono già intrattenuto in altra sede, cui mi permetto di rinviare[323]; per quanto attiene, invece, al secondo aspetto, mi pare che le obiezioni di recente rivolte da Domenico Garofalo a tutte le tesi sopra ricordate – le quali intendono ricavare dall'assetto normativo vigente un obbligo formativo a carico del datore di lavoro – siano particolarmente stringenti, riuscendo, appunto, a dimostrare come il fondamento normativo da ciascuna di esse invocato risulti inadeguato al fine proposto[324].

---

[319] Napoli (2002), 46-8.

[320] L. Galantino (2000), 541.

[321] F. Guarriello (2000), 221.

[322] C. Pisani (1996), 130 ss.; v. anche F. Scarpelli (1997), 292 ss. e M. Brollo (1997), 157-9.

[323] U. Carabelli (2001a), anche per l'applicazione del principio dell'*extrema ratio*, sorto, appunto, con riferimento al licenziamento per g.m.o., al licenziamento collettivo.

[324] D. Garorofalo (2001), 236 ss.

A tali critiche si può solo aggiungere che, dal lato del lavoratore, sembra parimenti incongruo invocare la diligenza professionale di cui all'art. 2104, co. 1°, c.c., al fine di costruire un suo 'dovere' formativo, dato che essa – una volta intesa come ispirata ai parametri di comportamento conformi al patrimonio di esperienze e conoscenze tecniche riconducibili alle 'regole dell'arte' relative all'attività oggetto dell'obbligazione contrattuale (v. *supra*) – non è certo in grado di per sé di obbligare il lavoratore allo svolgimento dell'attività formativa, ma solo di vincolarlo, nell'adempimento anche delle funzioni richieste dai nuovi modelli organizzativi, o dalle c.d. nuove professioni (v. ancora *supra*), al rispetto di quegli *standards* di conoscenza che si consolidino progressivamente, appunto, come 'regole dell'arte' dell'attività da svolgere, e che dovranno essere dal lavoratore stesso già acquisiti e posseduti nell'esercizio di quest'ultima.

In verità, volendo dare un ulteriore contributo di riflessione – ma nella consapevolezza di proporre un confine talora di difficile individuazione – si potrebbe ritenere che, proprio nel caso di introduzione di un'innovazione tecnico-organizzativa, è senz'altro riscontrabile, a carico del datore, un onere cooperativo consistente nell'assicurare l'erogazione delle istruzioni necessarie al 'funzionamento' della medesima; ma entro questi limiti mi sembra che si sia in presenza non di una effettiva attività di 'formazione professionale', bensì della fornitura di 'istruzioni per l'uso', le quali, anzi, si traducono, a ben vedere, in veri e propri comandi riconducibili nell'alveo della stessa funzione di conformazione o organizzazione 'interna', del potere direttivo, con conseguente posizione di soggezione del lavoratore. Al contrario, per i motivi appena spiegati, non mi sembra che vi sia né onere né obbligo del datore di lavoro di assicurare al lavoratore l'erogazione della formazione professionale necessaria per accedere alla *comprensione* di quelle istruzioni ed alla conseguente loro applicazione in relazione all'innovazione introdotta.

Quel che più importa segnalare è che questa situazione di incertezza sembra destinata a durare ancora per lungo tempo, dato che non pare che il legislatore abbia, in questo momento, particolare interesse ad introdurre vincoli formativi direttamente gravanti sul creditore della prestazione lavorativa nell'ambito del contratto di lavoro subordinato. Proprio in questa prospettiva, peraltro, risulta di particolare importanza il ruolo che in questa materia può essere svolto dalla contrattazione collettiva, la quale, d'altronde, proprio in collegamento con la più recente evoluzione, ha frequentemente creato un raccordo diretto tra innovazioni tecnico-organizzative e formazione professionale, nella prospettiva di assicurare al singolo lavoratore il possesso delle caratteristiche professionali necessarie per 'adattarsi' ai predetti mutamenti[325]. Non v'è inoltre da trascurare il ruolo ad essa esplicitamente assegnato dall'art. 6, L. n. 53 del 2000, nel cui ambito v'è indubbiamente spazio per la definizione anche di un obbligo formativo di fondamento contrattuale da porre a carico del datore di lavoro, sempre in connessione con l'esigenza che ai processi di ammodernamento organizzativo continuo corrisponda un altrettanto continuo processo di adattamento dei lavoratori attraverso la formazione professionale.

Non si tratterebbe certo di una novità. Si pensi che in uno scritto in tema di apprendistato ormai assai risalente nel tempo, una studiosa aveva rilevato come l'evoluzione della contrattazione collettiva del tempo (1966) inducesse a ritenere che, per via della fonte negoziale, «in certe ipotesi,

---

[325] V. S. Meghnagi (2001), 31 ss.

in cui le esigenze tecniche assumono un carattere di particolare imperiosità, la funzione dell'addestramento si inserisca persino nella struttura del normale contratto di lavoro, entri a far parte del contenuto negoziale», in qualità di «contenuto di un onere e rispettivamente di un interesse, se non addirittura come contenuto di un obbligo e rispettivamente di un diritto» [326]. Ebbene, i tempi sono cambiati, come pure, evidentemente, i sistemi di produzione, ma mi sembra significativo come in epoca non sospetta, in una realtà economico-sociale e sindacale caratterizzata ancora da accesi toni di conflittualità, specie in relazione a problemi di sfruttamento efficiente degli impianti produttivi, la formazione affiorasse come importante elemento dello *scambio* negoziale a livello collettivo, al punto da potersi addirittura ipotizzare la sua traduzione in vincolo datoriale direttamente rilevante sul piano del contratto individuale di lavoro. Non mi sembra dunque che vi sia da scandalizzarsi se oggi, in presenza di un'evoluzione della realtà economico-sociale e sindacale analogamente conflittuale, quale quella descritta sin dalle prime pagine di questo lavoro, la formazione possa rivelarsi ancora elemento rilevante dello stesso scambio collettivo ed individuale, divenendo, attraverso le previsioni del contratto collettivo, in qualità di obbligazione datoriale, una sorta di *attribuzione remunerativa* che si aggiunge alla retribuzione nella definizione del contenuto dell'obbligazione corrispettiva del datore di lavoro. E ciò possibilmente in armonia con, ma comunque anche indipendentemente dai, futuri sviluppi legislativi e dalle scelte che essi potranno effettuare, in risposta ai forti stimoli che in tema di formazione provengono dall'Unione Europea[327], come pure ai preziosi suggerimenti di chi ha proposto di considerare la formazione quale vero e proprio bisogno del lavoratore connesso ad un 'rischio' di *deperimento professionale*[328].

12. Impresa, organizzazione e contratto: la teoria dei costi transazionali. Dal *make* al *buy*: le nuove frontiere dell'organizzazione dell'attività economica nei sistemi a sviluppo capitalistico. Attività organizzata, pluralismo contrattuale e specializzazione funzionale. Subordinazione, autonomia, e…

Si è detto in precedenza che l'organizzazione dell'attività d'impresa di cui all'art. 2082 c.c., come pure di qualsivoglia altra attività giuridicamente rilevante per l'ordinamento, si fonda sul presupposto che l'esercente di essa si procaccia i fattori di cui ha necessità attraverso strumenti giuridici differenziati, tra cui in particolare il contratto; e si è altresì precisato che il contratto di lavoro subordinato costituisce solo *uno* degli strumenti con cui ci si può procurare il fattore lavoro. Si possono adesso aggiungere due ulteriori considerazioni.

La prima è che vi possono essere situazioni nelle quali l'esercizio dell'attività non abbisogna del fattore lavoro, onde l'organizzazione di essa comprende l'utilizzazione di strumenti giuridici destinati a procacciare solo altri fattori rilevanti per l'attività stessa; così come, reciprocamente, vi possono essere attività che si fondano solo sul lavoro, onde l'organizzazione si esaurisce nell'insieme dei contratti di lavoro con cui ci si procura questo fattore[329].

La seconda è che il contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato ha rappresentato, tanto nella logica del codice civile, quanto nella concreta evoluzione dei rapporti di produzione dell'ultimo mezzo secolo, il contratto di lavoro tipico con il quale l'impresa industriale ha

---

[326] M. Rudan (1966), 470 ss.; uno spunto, questo, giustamente segnalato dallo stesso D. Garofalo (2001), 241-2.
[327] Cfr. D. Garofalo (2001), 142 ss.; M. Biagi (1996).
[328] A. Supiot (1996), 56 ss.
[329] Cfr. anche M. Marazza (2002), 157-8.

soddisfatto il proprio fabbisogno di forza lavoro. Ed invece, negli ultimi 15/20 anni si è sviluppata una tendenza delle imprese a ricorrere in maniera sempre più sempre intensa ai c.d. contratti di lavoro 'atipici', un'espressione – priva di fondamento scientifico, ma che è entrata ormai nel linguaggio comune – con la quale si intende quell'insieme di rapporti di lavoro di tipo *subordinato* e *non* di cui le imprese, stimolate dai bisogni di flessibilità e di contenimento dei costi di lavoro, si servono per soddisfare le proprie esigenze di flessibilità e di contenimento del costo di lavoro.

Queste considerazioni trovano riflesso giuridico in un'importante teoria economica che, in epoca recente, è balzata all'attenzione del dibattito giuslavoristico, in quanto ha sollecitato una generale riflessione sul problema dei costi di produzione, utile a fornire una spiegazione dell'evoluzione dell'impresa verso modelli organizzativi completamente diversi dal passato[330]. Ci si riferisce alla teoria dei costi transazionali, risalente alle elaborazioni di Ronald H. Coase[331] e successivamente sviluppata da Oliver E. Williamson[332], autorevoli esponenti della c.d. scuola neo-istituzionalista.

Utilizzando le parole con cui di recente Riccardo Del Punta ne ha sintetizzato alcuni concetti fondamentali, si può dire che «l'impresa gerarchica esiste, secondo Coase, perché le transazioni di mercato hanno un costo; se tutte le transazioni potessero aver luogo senza costo, ogni relazione sociale avrebbe la natura di una relazione di mercato e non si avrebbe né organizzazione né autorità». Di qui la concezione dell'impresa come 'struttura di governo' dei fattori della produzione, ma soprattutto – per quanto più interessa rilevare in questa sede – l'affermarsi della consapevolezza che se «scopo principale delle istituzioni capitalistiche è la riduzione dei costi di transazione, paragonati ad attriti in un sistema meccanico», tale principio incide anche sulla selezione, in base ai valori economici dell'efficacia e dell'efficienza, «delle diverse forme organizzative interne dell'impresa, e segnatamente … delle diverse forme di organizzazione del fattore lavoro»[333].

Ciò ci consente di affrontare un aspetto determinante dell'organizzazione post-fordista della produzione: la scomparsa della grande impresa verticalizzata, struttura tipica del settore industriale nell'epoca del taylorismo-fordismo, e la diffusione, tanto nel settore industriale che in quello dei servizi, dell'impresa leggera e snella del post-taylorismo, con ampia diffusione delle pratiche sia di *esternalizzazione* (c.d. *outsourcing*) di parti o fasi dell'attività stessa, sia di organizzazione reticolare della produzione. Una vicenda, questa, le cui ragioni di fondo si possono rinvenire proprio nel fatto che globalizzazione dei mercati, innovazione tecnologico-informatica, metodi di comunicazione ed informazione applicati alla produzione hanno fanno esplodere – in mancanza di molti dei correttivi del passato come ad es. l'attivazione di processi inflazionistici – l'esigenza delle imprese, per sostenere l'impatto di una concorrenza senza confini, di dare valore assoluto all'imperativa 'regola' capitalistica dei costi, e specificamente di quelli di transazione, sottoponendo ad attento ripensamento le strategie di integrazione verticale che avevano caratterizzato la precedente fase di sviluppo.

---

330 Cfr. infatti in questo senso P. Ichino (1996), 13 ss. e Id. (2000), 256 ss. e L. Corazza (2002), 183 ss.

331 Di cui v. i saggi raccolti in R. H. Coase (1995).

332 Di cui v. i saggi raccolti in O. E. Williamson (1987).

333 R. Del Punta (2001), 27-8; v. anche L. Corazza (2002), 184-5.

Per il vero, con riferimento all'*outsourcing*, non si deve dimenticare che si è in presenza di un fenomeno strutturalmente analogo a quello che, già nel corso degli anni '70, aveva interessato la stessa grande impresa industriale, la quale aveva sviluppato strategie di decentramento produttivo, dislocando intere parti o fasi del processo produttivo fuori dei cancelli della fabbrica, ed utilizzando giuridicamente non soltanto contratti di appalto per fornitura e subfornitura di beni e servizi, ma anche il lavoro a domicilio (che non a caso viene ridisciplinato nel 1973 con la L. n. 877): tra i settori in cui questo fenomeno è risultato più emblematico vi è senza dubbio quello tessile-abbigliamento[334]. Ed anche a quel tempo il decentramento ha potuto trovare largamente spiegazione nella logica dei costi, tra i quali sia il buon senso che ricerche sul campo inducono a ricondurre quelli economico-normativi imputabili allo Statuto dei lavoratori, allora fresco d'approvazione.

Il fenomeno è proseguito, com'è noto, in modo più o meno analogo per tutti gli anni '80 e '90, ma si può senz'altro affermare che nei tempi più recenti le strategie di esternalizzazione si sono sviluppate in forme assai più sofisticate, evolvendosi con un'accelerazione e con un'ampiezza difficilmente prevedibili fino a qualche tempo fa. E' stato al riguardo segnalato in un recente scritto che, mentre in un primo momento l'*outsourcing* ha interessato solo attività marginali rispetto a quello che viene definito come il *core business*, ovvero l'attività principale dell'impresa, successivamente, con la «terziarizzazione della seconda generazione, ne sono state investite attività non riguardanti la 'periferia' del ciclo produttivo, bensì i suoi aspetti più intrinseci»: insomma, cominciano ad essere esternalizzate non soltanto fasi meramente ausiliarie o strumentali all'attività principale, ma anche funzioni centrali e delicate, molto prossime al cuore del processo produttivo primario. E talora si arriva a conferire all'impresa «un ruolo non tanto di produzione diretta, ma di gestione del marchio, di ricerca e innovazione, o addirittura di *general contractor*, cioè di mera coordinazione dei risultati produttivi di altre imprese subfornitrici»[335].

Do what you do best, make it better and outsource the reste, questa è la formula che riassume efficacemente motivi e aspirazioni sottostanti le scelte di esternalizzazione *virtuosa*[336], che in termini più espliciti possono essere individuati anzitutto nella riduzione dei costi e nel miglioramento delle *performances* ottenuti tramite il ricorso ad *outsourcee* specializzati[337]. Questi ultimi, infatti, sono in grado di offrire beni e servizi di miglior livello ed a prezzi più competitivi (rispetto ai costi che l'impresa che esternalizza dovrebbe sostenere per produrli in proprio), dato che, in virtù, appunto, della specializzazione, la produzione di quei beni e servizi costituisce a sua volta per l'*outsourcee* il *core business* aziendale, normalmente sviluppato secondo economie di scala ottimali. Si tratta, tra l'altro, di una formula, che è suscettibile di riprodursi *a cascata* lungo una catena di subfornitori (c.d. *production chain*[338]), che consente di accedere a beni e servizi di alta qualità a moltissimi operatori – altrimenti costretti ad utilizzarne di livello qualitativo inferiore –

---

334 L. Frey, (1975); U. Carabelli (1978), 111 ss.

335 R. De Luca Tamajo (2002b), 10 ss.; già Id. (1999), 49 ss. Con espressioni assai significative, Jeremy Rifkin parla di 'economia priva di peso': J. Rifkin (2000), 41 ss., e Z. Bauman (2002), in una dimensione più generale, di 'modernità liquida'.

336 Come la chiama R. De Luca Tamajo (2002b), 19, contrapponendola a quella effettuata con fini di frode alla legge.

337 S. Vicari (2002), 71.

338 G. Standing (1999), 84.

e che può perfino assicurare, ove gli *outsourcee* siano ben conosciuti nel mercato, anche un ritorno ulteriore per l'impresa che esternalizza, in termini di miglioramento dell'immagine. Non sono da trascurare inoltre i vantaggi derivanti dalla liberazione di risorse da attività '*non core*' per destinarle ad attività *core*, così migliorando i processi di crescita: insomma, dare in *outsourcing* a chi ha sviluppato competenze e strutture migliori di quelle interne «consente di risparmiare tempo e risorse, aumentando l'efficienza»[339].

Al fine di determinare il livello ideale di equilibrio tra entità delle esternalizzazioni e, reciprocamente, del *core* da salvaguardare e rafforzare si è proposta l'applicazione del concetto di «catena di valore» – elaborato negli studi economici americani – secondo il quale, concepita l'impresa, appunto, come una *production chain*, occorrerebbe misurare per ogni anello di essa la capacità di creazione di maggior valore aggiunto, al fine di valutare quali anelli convenga eliminare dalla catena[340]. In realtà su questo tipo di calcolo finiscono frequentemente per incidere variabili legate a fattori nazionali, geografici, territoriali, temporali, normativi, politici, sociali, sindacali etc.; è pur vero, peraltro, che tutti questi fattori hanno normalmente una diretta incidenza sui costi di produzione, che la scienza economica pretende ormai di misurare, anche se si tratta di un 'calcolo' a tal punto sofisticato da richiedere a sua volta esperti specializzati (vi sono imprese – i c.d. *facility management services* – specializzatesi nei servizi di cessione[341]).

Un altro aspetto da segnalare è rappresentato, come da più parti sottolineato, dalla maggiore flessibilità di sistema che il *buy* consente rispetto al *make*, al punto che da taluno si è segnalato come sia ormai possibile una vera e propria 'rivoluzione' delle strategie dell'impresa: dalla produzione 'pressata', imposta dalle rigidità del ciclo, si passa a quella 'tirata' o 'aspirata' dal mercato; il flusso di produzione cambia dunque direzione, non più discendente, ma montante[342]. Ed in effetti, mentre nel sistema taylorista-fordista l'impresa soffre di rigidità che impongono, al fine di proteggere la sua posizione di mercato, la costituzione di riserve o di risorse in eccedenza, secondo lo schema del *just in case*, viceversa l'impresa post-tayloristica, sia in quanto tale (e dunque nei suoi *interna corporis*), sia in quanto parte di una strategia organizzativa di esternalizzazioni (e dunque in quanto eventuale anello di una catena di esternalizzazioni), opera secondo lo schema *just in time* (cui si riconnette, evidentemente, quello della *slim* o *lean production*), la cui idea di base è costituita dalla continua ricerca dell'eliminazione dei tempi morti e degli sprechi o delle risorse in eccedenza, tendendo ad un azzeramento dei costi di immobilizzo[343]. Si tratta evidentemente di un aspetto di percezione immediata nella logica del *buy*, posto che si possono continuamente variare sia i flussi quantitativi, sia le caratteristiche qualitative di beni e servizi attraverso la variabilità e la varietà dei subfornitori (le cui relazioni con il committente, pur se fondate sulla libertà di contratto, posso rivelarsi temporanee, discontinue, ovvero tendere a 'fidelizzarsi' ogni qualvolta vi sia un interesse (reciproco) alla conservazione del rapporto[344]; ma tale aspetto – specialmente nei sistemi organizzati secondo i principi della *Total Quality*[345] – sta diventando in realtà

---

339 Ancora S. Vicari (2002), 71-2; v. anche A. De Paolis (2000), 37 ss.
340 R. Virtuani (1997), 109.
341 L. Calcaterra (2002), 168.
342 P. Méhaut – J. Delcourt (1995), 24.
343 G. Bonazzi (1998), 170-2; A. Accornero (1997), 115-116; E. Rullani (2001a), 18.
344 Cfr. E. Cori (1997), 161; M. G. Colombo (1996), 54.
345 Su cui si v. in generale AA. VV. (1997) e L. Galantino (1995).

un elemento integrante anche dell'organizzazione interna della singola impresa, così esaltando, tra l'altro, come detto più sopra, il valore della collaborazione personale dei lavoratori nell'esecuzione della prestazione dovuta.

Uno dei profili più significativi del fenomeno qui descritto, per le sue forti implicazioni giuridiche, è costituito dal fatto che talora l'outsourcing si manifesta soltanto su di un piano giuridico, in quanto dal punto di vista logistico non avviene nessuno spostamento materiale della prestazione: si tratta della c.d. esternalizzazione '*intra moenia*', il cui effetto è quello di far lavorare in stretta contiguità spaziale lavoratori dipendenti da datori di lavoro giuridicamente differenti, con quanto ne consegue in termini di difficoltà di discernere dove iniziano e dove finiscono le organizzazioni dell'uno e dell'altro datore[346]; e talvolta l'esternalizzazione (sia essa *intra* o *extra moenia*) avviene in favore di un'impresa (eventualmente anche di nuova costituzione) alla quale l'impresa che esternalizza ha provveduto preliminarmente a cedere quella parte o ramo dell'azienda destinata alla produzione del bene o servizio oggetto di esternalizzazione. L'un caso e l'altro sono destinati ad essere fortemente incisi dalla nuova regolamentazione che la legislazione delegata introdurrà a breve, in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, co. 2°, lett. m) prima frase, e lett. p) nn. 1, 2 e 3, L. n. 30 del 2003, i quali prevedono rispettivamente l'abrogazione della L. n. 1369 del 1960 (e dunque sia del divieto di interposizione di cui all'art. 1, sia del principio di uniformità di trattamento di cui all'art. 3, per i casi di c.d. appalto interno) e l'applicazione della disciplina sui trasferimenti d'azienda anche nel caso di insussistenza del requisito dell'autonomia funzionale del ramo ceduto prima del momento del trasferimento (estensione, questa, di una normativa di tutela che peraltro, in questo caso, si rivela non necessariamente vantaggiosa per i lavoratori dell'entità ceduta[347]).

Ciò detto, occorre ancora sottolineare che un altro fenomeno si sta frequentemente affiancando a quello dell'*outsourcing*, giungendo ad *integrarlo* e a svilupparne ulteriormente le potenzialità: quello dell'organizzazione reticolare, la quale – è stato detto con chiarezza – non si oppone al mercato e alla gerarchia, posto che, al contrario, lo stesso mercato e la stessa gerarchia stanno evolvendo verso la forma rete[348]. Al riguardo si è osservato che l'impresa *verticalizzata*, rispetto alla quale le stesse esternalizzazioni costituiscono una variante strategica di diversificazione solitamente descritta come passaggio dal *make* al *buy*, tende assai spesso a scomparire, o comunque a diminuire di importanza, «rispetto a *reti* di enti relativamente indipendenti, enti costituiti sia da aziende collocate nel mercato, sia da unità organizzative interne alle imprese (che hanno nomi come divisioni, profit center etc., e che agiscono come se fossero imprese)»[349].

Si è rilevato che, da un punto di vista concettuale, mentre nell'*outsourcing* l'impresa concentra le sue migliori risorse sulle attività chiave, e delega tutto il resto, nell'impresa rete si gestisce la conoscenza, o meglio, si distribuisce la migliore conoscenza disponibile Inoltre, mentre nell'*outsourcing* c'è un'impresa che gestisce tutto il processo, che si concentra sulle cose che sa far bene, esternalizzando tutto il resto, nell'impresa rete ogni azienda che vi partecipa in qualche modo la

---

346 L. Gallino (1998), 94; R. De Luca Tamajo (1999) e Id. (2002b), 54 ss.

347 Cfr. le acute considerazioni al riguardo di R. De Luca Tamajo (2002b), 20-1.

348 E. Rullani (2001b9, 69; v. anche L. Furlanetto – C. Mastriforti (2000), 47.

349 Sin dall'inizio della riflessione F. Butera (1988), 58 e Id. (1991), 64 ss.

'gestisce': le aziende sono 'molecole' della stessa rete, onde i vantaggi sono distribuiti in generale tra tutti, e chi riesce a sfruttare meglio la rete si avvantaggia in termini proporzionali[350]; si è parlato, con efficace espressione, di *federal job structure*[351]. Va detto, peraltro, che questo assetto 'reticolare' può manifestarsi in stretta connessione non solo con fenomeni di integrazione territoriale (si pensi ai distretti industriali tipici della realtà italiana[352]), ma anche con strategie di gruppo, onde i singoli 'nodi' della rete sono società partecipate dall'unica grande *holding* che le controlla ed in cui si accentra il controllo gestionale della rete[353]. Dunque, anche se è opinione condivisa che, in linea di principio, sia intrinseca al concetto di rete l'assenza di un centro dominante – poiché ciascuno dei nodi dovrebbe assolvere in modo autonomo e indipendente la sua funzione, integrandosi con gli altri[354] – nei fatti, specialmente in presenza dei gruppi, può esserci un nodo di essa, normalmente l'impresa madre, destinato a gestirla ed a svolgere il 'governo delle transazioni'[355], così identificandosi con la *core competence* della rete stessa[356]: di modo che si assiste in realtà a forme miste di organizzazione reticolare, *outsourcing* e verticalizzazione.

Un profilo di riflessione rilevante ai fini della nostra analisi, in quanto strettamente connesso ai processi di maturazione delle competenze del lavoratore, è che nelle reti, sia per effetto dell'aumento degli scambi possibili, sia per la possibilità di sperimentare e simulare processi virtuali attraverso l'impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, si attivano relazioni tra gli individui e si genera nuova conoscenza. Solo che ciò avviene ormai prescindendo perfino dai confini del contesto organizzativo della rete, i quali risultano sempre più labili: «lo spazio fisico non è più, o non è più il solo contenitore dei processi organizzativi, muta la concezione dello spazio e del tempo, l'usare una macchina può coincidere con l'apprendere da una tecnologia o da uno scambio di informazioni con altri membri che agiscono nell'ambito della medesima comunità anche se non sono fisicamente contigui»[357]. E parallelamente, in questa prospettiva, la stessa impresa, nel suo «percorso verso il sapere codificato, il linguaggio e le reti, può comporsi e decomporsi con facilità e rapidità, mentre l'organizzazione che resta stabile – anche se evolve nel tempo – si sposta a livello super-imprenditoriale e viene a identificarsi con i linguaggi, le reti, le forme più complesse di organizzazione sociale»[358].

Orbene, all'interno di questo quadro di riferimento si è detto che, assai spesso, anche «le grandi partizioni interne dell'impresa assomigliano sempre più quasi ad imprese nell'impresa», e che i nuovi modelli di impresa finiscono a loro volta per assomigliare sempre più a reti piuttosto che a castelli: microstrutture permanenti e temporanee, strutture organizzative virtuali, isole di produzione, strutture di lavoro relativamente autoregolate, posizioni lavorative dotate di alto grado di

---

350 S. Vicari (2002), 73-4; cfr. anche M. Revelli (1997), 63ss.
351 G. Standing (1999), 122-3.
352 Per le prime ricerche v. G. Becattini (1987); A. Bagnasco (1988); S. Brusco (1989).
353 V. da ultimo V. Pinto (1999) ed ivi riff.
354 E. Rullani (1998), 62.
355 G. Dioguardi (1995), 169.
356 E. Rullani (2001a), 25-6; S. Vicari (2002), 73-4; Cori (1997), 161 ss.
357 M. Cevoli (2002), 43.
358 E. Rullani (1988), 97-8; cfr. anche G. Standing (1999), 122-3; M. Revelli (1997), 60-1.

autonomia ma strettamente integrate nel processo, sono i nodi di una struttura di lavoro decentrata e reticolare, che si riproduce negli *interna corporis* dell'impresa ad immagine e somiglianza di quella esterna. Qui si manifestano le tendenze, di cui si è parlato in precedenza, verso un lavoro caratterizzato da contenuti professionali profondamente diversi dal passato, con esaltazione soprattutto delle conoscenze e delle competenze necessarie per governare i processi[359], al punto che si è giunti ad affermare che il lavoro sta tornando ad assumere le caratteristiche del mestiere[360], ovvero a ragionare in termini di 'imprenditorialità del lavoro', dato che l'impresa chiede sempre più al lavoratore di operare in piena autonomia e responsabilità, di verificare, di certificare il prodotto, in altre parole di 'misurarsi con il risultato', delegandogli funzioni sempre più significative del processo[361].

È in connessione con le caratteristiche organizzativo-professionali appena descritte che può essere ora affrontata la questione della tendenza alla diffusione dei contratti di lavoro 'atipici', di tipo subordinato e non, cui si è accennato in precedenza.

Ai fini della nostra analisi, volta a cogliere il rilievo di questa tendenza, appunto, *soltanto* dal punto di vista dell'organizzazione del lavoro e della professionalità, è opportuno trattare separatamente dei due fenomeni, in quanto ad essi tendono a ricollegarsi differenti aspetti tanto della struttura organizzativa quanto dell'impiego professionale della forza lavoro: mentre per i contratti speciali di lavoro subordinato, come si dirà, rilevano profili che riguardano tanto la loro collocazione nell'ambito della struttura organizzativa dell'impresa, quanto (almeno per alcuni di essi) le professionalità dei lavoratori occupati per il loro tramite, per i contratti di tipo *non* subordinato rilevano soprattutto i profili attinenti alla funzione e struttura e del contratto di lavoro (in breve: assenza di subordinazione), dato che, essi non sembrano invece interessati da diversificazioni sul piano professionale.

A) I contratti 'speciali' di lavoro subordinato (in particolare lavoro a termine, part-time, lavoro interinale; ad essi dovranno tra breve essere aggiunti, non appena verrà data attuazione alle previsioni della Legge delega n. 30 del 2003, la somministrazione, il *job sharing* nonché – stante l'indeterminatezza della delega, per ipotesi anche – il lavoro a chiamata e il lavoro occasionale e accessorio) se, da un lato, permettono un uso flessibile della forza lavoro sotto differenti profili – in particolare quello della durata della prestazione o del rapporto – dall'altro consentono al datore di lavoro di continuare a godere di tutti i vantaggi derivanti dalla subordinazione del prestatore.

In una logica economico-organizzativa, i lavoratori che sono legati all'impresa con uno dei predetti contratti sono normalmente definiti, nel linguaggio scientifico anglosassone con la generica espressione di *contingent workers*. Le modalità del crescente utilizzo di queste forme di lavoro possono essere di almeno tre tipi, ma in ogni caso questo sviluppo tende a produrre un'ulteriore profilo di strutturazione binaria di tipo *core/periphery* dell'attività d'impresa.

---

[359] V. comunque F. Butera (1999), 44 ss.

[360] Cfr. *supra*, ma v. anche G. Standing (1999), 122-123.

[361] F. Butera (1991), 24; A. Accornero (1999, 30; G. Dioguardi (1995), 168 ss.; E. Rullani (1998), 63 ss.

In primo luogo la proliferazione del ricorso ai *contingent workers* serve, infatti, all'impresa soprattutto per modificare il proprio numero di addetti in ragione delle variazioni periodiche della domanda di mercato (è il caso del lavoro a termine, del lavoro interinale e finanche del part-time): attorno ad un gruppo di lavoratori impiegati stabilmente, l'impresa crea così una corona di lavoratori 'temporanei' «in modo da poter aumentare o diminuire il numero di addetti reagendo velocemente alle variazioni stagionali, mensili e persino settimanali delle tendenze del mercato»[362].

Altre volte, invece, la ripartizione centro/periferia si manifesta funzionale ad una strategia volta a ripartire l'attività dell'impresa tra funzioni essenziali attinenti al '*core business*', cui vengono destinati lavoratori fidelizzati e legati all'impresa da un contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, e funzioni accessorie o secondarie, che potrebbero anche essere tranquillamente esternalizzate, la quali vengono svolte, con minore interesse alla qualità del lavoro, con impiego di prestatori assunti con contratti speciali di lavoro subordinato, di carattere rigorosamente temporaneo[363].

Ai fini dell'analisi qui sviluppata, peraltro, l'aspetto più interessante è costituito dalla rilevazione che, assai spesso (in collegamento con, ma anche indipendentemente da questa seconda situazione) l'utilizzo dei *contingent workers* avviene per la copertura di posizioni lavorative di basso contenuto professionale dislocate nella periferia organizzativa dell'impresa; ai lavoratori occupati con contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato sono, invece, riservate le posizioni centrali professionalmente più ricche e significative[364].

Rispetto ai fenomeni appena descritti, *nel dibattito italiano* si è acutamente osservato, su di un piano squisitamente giuridico, che «la durata della prestazione (a tempo pieno o ridotto; a orario costante o variabile) oppure del rapporto (a tempo determinato o indeterminato) non è più una variabile o elemento accidentale del negozio …. Al contrario, proprio perché la sua rilevanza è prevista e legalmente tipizzata, l'elemento temporale (della durata della prestazione oppure, indirettamente, della durata del rapporto) assume un ruolo essenziale nella funzione economica del contratto e perciò del tipo normativo del rapporto di lavoro in relazione all'interesse più o meno durevole dell'impresa»[365].

Si tratta di una riflessione assai rilevante sul piano teorico, che mi sembra suscettibile di ulteriore valorizzazione e sviluppo alla luce di quanto si è detto più sopra. Più precisamente, si potrebbe ritenere che la specializzazione funzionale dei contratti speciali sulla base della durata della prestazione o del rapporto, nel senso appena indicato, si possa colorare, nella prassi, di ulteriori e più peculiari specializzazioni funzionali. Un'affermazione di questo tipo è d'altronde contenuta in una recente ricerca, nella quale si è constatata, in linea generale, una tendenza ad un uso, appunto, 'specializzato' dei vari tipi contrattuali nell'ambito del contesto organizzativo dell'impresa,

---

362 J. Rifkin (1995), 311; v. anche A. Accornero (1999), 54-5, per il quale, peraltro, il c.d. lavoratore *fluttuante* è collocato, più che nella periferia, negli interstizi dello schema organizzativo dell'impresa.

363 L. Corazza (2002), 190 ss.; A. Felstead – N. Jewson (1999), 1.

364 J. Atkinson (1986), 14 ss.; J. Gough (1992), 35; E. Invernizi (2000), 435 ss.; R. Rizza (2000), 20; L. Gallino (2001), 18 ss.; A. Gorz (1992), 75 ss.; L. Costabile (2002b).

365 E. Ghera (1999), 498.

nel senso appena indicato[366].

Lasciando da parte il part-time – le cui caratteristiche lo rendono un istituto utilizzabile secondo finalità e modalità estremamente differenziate e difficilmente riconducibili ad unità – rispetto al lavoro interinale sembra che non si sia verificata, almeno fino ad oggi, una concentrazione d'uso con riferimento a lavori di bassa professionalità, ma piuttosto che il ricorso a questo tipo di rapporto risponda ad esigenze molto diversificate[367]. Pur tuttavia, a fronte del relativamente alto numero di trasformazioni in contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato, si potrebbe comunque sostenere che, nel nostro paese, l'istituto stia acquisendo una propria (ulteriore) 'specializzazione' funzionale, nel senso di venire utilizzato come strumento selettivo del lavoratore da assumere in via definitiva e stabile, e ciò in ragione della possibilità per le imprese di sfruttare, attraverso il ricorso ad esso, la capacità selettiva delle imprese di fornitura[368].

Da questo punto di vista parrebbe particolarmente utile incentivare questa tendenza dal punto di vista legislativo (ad es. con specifici incentivi all'assunzione del lavoratore a tempo indeterminato da parte delle imprese utilizzatrici), in eventuale connessione con il dato contrattuale. Si ricordi, a quest'ultimo riguardo, che la contrattazione collettiva può sia determinare, ai sensi dell'art. 1, co. 2°, lett. a, L. n. 196 del 1997, le causali aggiuntive, rispetto a quelle legali, a fronte delle quali viene consentito il ricorso all'istituto, sia escludere, ai sensi dell'art. 1, co. 4°, lett. a, talune mansioni da tale tipologia contrattuale: in tal senso essa ha nelle proprie mani la possibilità di indirizzare l'istituto – anche con riferimento alla professionalità dei lavoratori per i quali viene consentito l'avviamento – in una direzione o nell'altra, a seconda di quelle che sono le sue valutazioni di politica contrattuale e di governo del mercato del lavoro. E ad ogni buon conto val la pena ricordare che il legislatore, all'art. 5, L. n. 196 del 1997, ha previsto percorsi formativi specifici per i lavoratori interinali, i quali, ancora una volta attraverso il possibile intervento della contrattazione collettiva, potrebbero essere resi funzionali anche a questo obiettivo.

Per quanto riguarda, invece, il contratto di lavoro a termine, da talune ricerche sul campo relative al periodo precedente all'emanazione del D. Lgs. n. 368 del 2001, derivano alcuni *indizi* nel senso di una sua funzionalizzazione all'obiettivo di una ripartizione del personale tra *core* e *periphery* sulla base della professionalità, anche se va segnalato che allo stato dei fatti non è possibile attingere a dati pubblici (nell'ambito delle indagini ISTAT) in grado di fornire informazioni precise circa i profili professionali dei lavoratori che in un certo arco di tempo siano stati occupati con contratti a termine; le uniche informazioni, solo in parte utili, sono quelle che risultano da ricerche private, ovvero da dati raccolti e forniti da associazioni imprenditoriali. Così, seppure sulla base di dati non facilmente interpretabili, si è affermato che tra i lavoratori che svolgono lavoro non qualificato si rinviene una percentuale tutt'altro che marginale occupata con lavoro a tempo determinato (tra il 20 e il 30 %, a seconda dell'area geografica, con una situazione decisamente peggiore al sud[369]).

---

366 M. Samek Lodovici – R. Semenza (2001), 23.

367 Cfr. G. Altieri – C. Oteri (2002). Peraltro da altri si è detto stati espressi timori che l'istituto interessa in larga misura operai generici: M. Carrieri (2002), 51.

368 G. Altieri – C. Oteri (2002); v. anche i dati indicati su *Affari e Finanza*, inserto de *La Repubblica*, 3 febbraio 2003, 48, dove si parla del 32% di trasformazioni.

369 G. Altieri – C. Oteri (2000); C. Oteri (2001), 520; F. Mazzolari – R. Semenza (2001), 228-9.

In verità, occorre segnalare che, fino all'emanazione del n. 368, i contratti collettivi hanno potuto attuare – sulla base della legislazione in vigore che assegnava loro il compito di prevedere le causali, aggiuntive a quelle legali, in cui era possibile il ricorso ad essi – un fondamentale filtro/controllo sull'accesso delle imprese a queste risorse normative di flessibilità. E ad un esame delle clausole dei contratti collettivi che – ai sensi dell'art. 23 L. n. 56 del 1987 – hanno, appunto, svolto questa importante funzione integrativa del dato legale, non risulta che le causali di accesso siano state definite in funzione di professionalità di basso livello. Ove dunque si sia verificata nei fatti l'utilizzazione di tali contratti per lo svolgimento di lavori di bassa qualificazione, ciò può essere dipeso, a ben vedere, solo dalla prassi applicativa delle imprese. Va notato, peraltro, che i presupposti giuridici sono radicalmente mutati con l'emanazione del D.Lgs. n. 368 del 2001, il quale, com'è noto ha soppresso la tassatività causale precedentemente prevista per il ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato, prevedendo solo che esso possa essere stipulato «a fronte di *ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*»; una formula la cui ampiezza è tale da includere una varietà pressoché illimitata di ipotesi. Ebbene, proprio questa sostanziale liberalizzazione del ricorso al contratto a termine, determinata dall'eliminazione dei limiti causali, potrebbe aprire la possibilità per le imprese, evidentemente tutta da verificare nei mesi a venire, di un *ancor più netto* utilizzo dello stesso al fine di attuare quella struttura binaria *core/periphery* fondata su una diversificazione professionale di cui si è detto in precedenza. E questo, a ben vedere, potrebbe avvenire anche qualora dovesse consolidarsi l'opinione secondo cui le ragioni legittimanti il ricorso ad esso devono avere natura temporanea[370].

È da sottolineare che ove ciò avvenisse, si alimenterebbe, sul fronte del lavoro subordinato, un nuovo dualismo tra lavoratori stabili e lavoratori precari, ma dalle caratteristiche particolarmente pericolose: essendo esso fondato sulla professionalità posseduta e sviluppata dei lavoratori, la frattura, anche dal punto di vista socio-economico, non sarebbe, nemmeno da un punto di vista 'teorico', temporanea (sono precari coloro che attendono 'pazientemente' di entrare nel mercato del lavoro stabile), ma tenderebbe a divenire cronica (chi è precario perché dotato di scarsa professionalità non avrà mai la possibilità di accedere ai posti stabili). E' constatazione largamente condivisa nel dibattito nazionale ed internazionale, infatti, che nei confronti di lavoratori temporanei di bassa qualificazione c'è uno scarsissimo interesse d'investimento in termini formativi da parte delle imprese; laddove al contrario nei confronti dei lavoratori più professionalizzati c'è, da parte delle imprese, un interesse alla stabilizzazione del rapporto, con conseguente attivazione di meccanismi di fidelizzazione di vario tipo (più retribuzione, più formazione etc.) (un obiettivo, in verità, che, almeno per le professionalità più elevate, o più ricercate nel mercato, può addirittura risultare difficile, a causa sia della stessa logica 'globale' dei nuovi processi di acquisizione di conoscenza e competenze, cui ho fatto riferimento più sopra, sia della possibilità che, grazie al miglioramento dei sistemi informativi, il lavoratore abbia maggiore conoscenza della domanda di lavoro)[371].

A parte la necessità, qualora si verificassero siffatte tendenze, di intervenire per evitare effetti destabilizzanti per il mercato del lavoro, è certo comunque che già il solo rischio appena descritto segnala l'importanza di un'attenzione specifica della contrattazione collettiva per la creazione di

---

[370] V. per tutti V. Speziale (2001), 377 ss.; U. Carabelli (2001b).

[371] Agli autori sopra citati si aggiunga J. Gough (1992), 36; E. Rullani (2001a, 28.

circuiti formativi specificamente dedicati ai lavoratori precari, in una logica di attuazione e sviluppo di quanto previsto dall'art. 7, co. 2°, D.Lgs. 368.

B) Il problema della marginalizzazione professionale non interessa, invece, almeno in linea di principio, il fenomeno del ricorso, da parte delle imprese, a contratti autonomi, ed in particolare a quelli di seconda generazione[372], eventualmente anche per lo svolgimento di attività precedentemente svolte da lavoratori occupati con contratti di lavoro subordinato: ci si riferisce alle c.d. collaborazioni coordinate e continuative che, com'è noto, hanno conosciuto negli ultimi 10 anni uno sviluppo senza precedenti. Ricerche ben approfondite hanno, infatti, ormai attestato che l'utilizzo di questi lavoratori avviene in relazione ad un *mix* di attività di alto, medio o basso contenuto professionale[373].

Se, dunque, l'aspetto della professionalità sembra risultare – almeno allo stato dei fatti, dato che si tratta di una realtà in forte movimento – 'neutro' rispetto alla scelta dell'impresa (e talora indubbiamente dello stesso lavoratore) di optare per un rapporto di lavoro di questo tipo, la ragione del loro sviluppo parrebbe da ricercare, evidentemente, nella soddisfazione di interessi in generale diversi da quelli perseguibili con la stipulazione di contratti di lavoro subordinato.

A questo riguardo si è ben evidenziato in un recente saggio, attento anche all'evoluzione sviluppatasi negli Stati Uniti, come la strategia dell'*outsourcing* (accompagnata o meno da quella dell'organizzazione reticolare) sia stata ormai collocata al centro dell'azione organizzativa delle imprese, coinvolgendo 'globalmente' le scelte strategiche relative anche alla gestione della forza lavoro. In termini di *esternalizzazione* andrebbero dunque valutate non soltanto le decisioni relative al decentramento produttivo, ma anche quelle riguardanti il ricorso, in sostituzione del contratto di lavoro subordinato, a contratti di lavoro autonomo (tanto di prima che di seconda generazione), quale ulteriore evoluzione dal *make* al *buy*[374]. Da altri, poi, con particolare riferimento alle nuove professionalità, si è ancora rilevato che, poiché la conoscenza assume un rilevante valore economico che induce a 'mercificare' i relativi rapporti, si assiste ormai ad una politica delle imprese volta a trasformare i rapporti di lavoro subordinati in prestazioni di servizio, al limite acquisite nel mercato volta a volta, cui corrisponde analogo interesse dei lavoratori, i quali tendono a massimizzare l'utilità del loro lavoro e a rifiutare una logica di fedeltà all'impresa[375]; costoro dunque, specie se (convinti di essere) portatori di competenze facilmente spendibili nel mercato, si avventurano in esso ed operano come *freelances*, per poi eventualmente intessere con l'impresa rapporti anche continuativi[376].

In verità, v'è ormai ampio consenso sull'analisi – ben emergente, tra l'altro, dalla nota ricerca comunitaria sfociata nel volume *Au delà de l'emploi*, e specificamente nel rapporto conclusivo di

---

372 V. l'ormai classico S. Bologna – A. Fumagalli (1997).

373 G. Altieri – C. Oteri (2001), 22 ss., dove vengono richiamati i risultati anche di altre ricerche; F. Mazzolari – R. Semenza, 228 ss.; R. Rizza (2003), 90.

374 L. Corazza (2002), 189 ss.; R. Del Punta (2001), 32, U. Carabelli (1999), 191.

375 G. Provasi (2002), 27, il quale peraltro ritiene che tali comportamenti speculari ostacolino la comunicazione e quindi la cooperazione necessaria alla produzione di nuova conoscenza: v. *infra*.

376 A. Felstead – N. Jewson (1999), 8-9; E. Invernizzi (2000), 435 ss.

Alain Supiot[377] – secondo cui, a causa dell'evoluzione rappresentata dai nuovi modelli di lavoro tipici dell'organizzazione post-taylorista dell'impresa e dell'applicazione alla produzione delle nuove *ICT* (che è in grado di incidere profondamente sull'aspetto spazio/temporale della prestazione, nonché del conseguente processo di convergenza del lavoro subordinato verso quello autonomo e viceversa : v. *supra*), per l'impresa risulta assai più praticabile del passato scegliere – a livello di rapporto individuale – di *sostituire* il lavoro subordinato con strumenti alternativi quali il lavoro autonomo e professionale, soprattutto nelle vesti della collaborazione coordinata e continuativa o del lavoro occasionale, o l'associazione in partecipazione[378] (ci si riferisce, per essere chiari, a fenomeni sostitutivi leciti, ai quali è pertanto estraneo l'intento di frodare la legge attraverso l'adozione di uno schema contrattuale improprio). E d'altro canto è emerso ampiamente, nel corso anche di questo lavoro, come nell'organizzazione del lavoro post-tayloristica, *di fatto*, il datore di lavoro potrebbe non avere più necessità (o comunque averne in misura sempre più decrescente, di solito in rapporto al livello professionale del lavoratore) di esercitare il potere direttivo di organizzazione esterna ed interna della prestazione (nonché gli altri poteri di coordinamento spazio/temporale della prestazione), pur conservandone sempre la *titolarità giuridica*.

Sotto questo profilo, tornando ad un discorso di convenienze e di costi, Riccardo del Punta ha di recente ricordato (riprendendo le osservazioni di Hugh Collins) che «i neo-istituzionalisti non sono stati sin qui in grado di spiegare, dal loro punto di vista, perché esistono contratti di lavoro subordinato, in luogo di contratti di servizio continuativi (che consentono di tenere bassi i costi di transazione, evitando nel contempo i 'costi di subordinazione')»; e a questo interrogativo lo stesso Del Punta ha risposto ipotizzando che «essi consentono una minore spendita di autorità, e dunque un'integrazione organizzativa più 'debole'; ma è vero, per altro verso, che questo vantaggio comparativo tende a perdere di importanza, nella misura in cui i modelli di organizzazione del lavoro si trasformano in senso post-fordista»[379].

Se, dunque, il problema è fino a che punto possa 'convenire' al datore di lavoro di continuare a servirsi di un contratto di lavoro subordinato – invece che di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa, ma ormai anche di lavoro occasionale, data l'ulteriore prospettiva aperta dall'art. 4, co. 1°, lett. c) della Legge Delega n. 30 del 2003, ovvero di un contratto di associazione in partecipazione, anch'esso ormai di largo uso nell'esperienza pratica – non può non riconoscersi, alla luce di quanto appena detto, che la scelta sarà effettuata sulla base di un razionale calcolo economico-gestionale dei costi. Solo che, a questo fine, come deducibile da quanto sopra argomentato, è indispensabile mettere in conto, dal lato del datore di lavoro, *non soltanto* i 'costi della subordinazione' – e specificamente il rischio dell'utilità del lavoro (v. *supra*), nonché, si può ora aggiungere, la traslazione (prevalentemente assicurativa, talora diretta) a carico del datore di lavoro di una parte del rischio della mancanza di lavoro, oltre a tutti gli altri effetti diretti ed indiretti del contratto[380] – *ma anche*, per così dire, i vantaggi 'interni' ad essa, e cioè le caratteristiche intrinseche, strutturali, dell'obbligazione di lavoro subordinato (in altre parole la stessa subordinazione). Ed è questa elementare constatazione che dovrebbe, a mio avviso, guidare tanto il lavoro dell'interprete quanto quello del legislatore che intenda regolamentare *ex novo* il rapporto

---

[377] A.Supiot (1999); v. anche Id. (2000), 222 ss.

[378] Cfr. E. Invernizi (2000), 435 ss.

[379] R. Del Punta (2001), 32.

[380] Per questi aspetti v. E. Ghera (2002), 54 ss., 77 ss. e 280 ss.

tra il lavoro subordinato e il suddetto lavoro autonomo di seconda generazione.

Ritengo che non sia compito di questa relazione affrontare questo importante aspetto dell'organizzazione del lavoro dell'impresa post-fordista, che la collega direttamente con il mercato del lavoro esterno. E d'altro canto mi sembra che sarebbe prematuro sviluppare in questa sede ragionamenti approfonditi sul punto, nelle more dell'emanazione della normativa delegata che, in attuazione della delega conferita al Governo dalla predetta L. n. 30, è destinata a disciplinare la materia delle collaborazioni coordinate continuative e del lavoro occasionale. Posso solo segnalare che, alla luce di quanto fin qui argomentato, sarebbe opportuno che si evitassero soluzioni normative atte soltanto ad assecondare una 'fuga' dal contratto di lavoro subordinato e dai predetti 'costi della subordinazione', ma che – proprio in coerenza con i nuovi modelli di organizzazione del lavoro, ed in risposta ai nuovi bisogni organizzativi delle imprese – fossero piuttosto in grado di stabilire un giusto equilibrio tra costi e vantaggi dell'utilizzo dei vari tipi contrattuali.

Penso così, in particolare, alla definizione di quali siano gli elementi strutturali della collaborazione coordinata e continuativa, ed in particolare – tralasciando il profilo della continuità – al *se* il relativo contratto debba essere connotato dall'esistenza di uno specifico potere di 'coordinamento' in capo al 'committente'. Ed in caso di risposta positiva, di quali siano le sue intrinseche caratteristiche, idonee a differenziarlo dai poteri (direttivo, modificativo, di collocazione spaziale e temporale della prestazione etc.) del datore di lavoro subordinato. A questo riguardo, già prima della L. n. 30, eleganti operazioni interpretative hanno affermato che per effetto del contratto di collaborazione coordinata e continuativa – in quanto differenziato da quello di lavoro autonomo di cui all'art. 2222 c.c. – sorgerebbe in capo al 'committente' uno specifico potere di 'coordinamento'[381]. E con interpretazioni successive si è poi operato un suo progressivo ampliamento, fino quasi a sovrapporlo in estensione e profondità (tempo, luogo, identità e modalità del 'risultato/prestazione') ai poteri derivanti dal contratto di lavoro subordinato[382]. Orbene, al di là di quella che potrà essere la scelta del legislatore delegato (la legge delega comunque esclude esplicitamente la subordinazione, e parrebbe ricondurre il coordinamento al solo progetto o programma di lavoro), mi sembra, comunque, che seguendo queste interpretazioni, si finisca per dare un duro colpo alla *razionalità* sia economica (bilanciamento tra vantaggi e svantaggi del ricorso all'uno o all'altro istituto), sia giuridica del sistema, poiché si vanifica la funzione specifica del tipo normativo del contratto di lavoro subordinato. Per tale via, insomma, si consente al datore di lavoro di scaricare sul lavoratore il rischio dell'utilità del lavoro e di alleggerirsi degli altri 'costi della subordinazione' sopra indicati, ma gli si attribuisce comunque il potere di 'governare' la prestazione come se essa fosse subordinata. Ed invece è questa una delle partite dello scambio contrattuale che, a mio avviso, occorrerebbe valorizzare, proprio nella logica di un utilizzo non fraudolento dello strumento e di un equo bilanciamento di costi e vantaggi dell'uso dell'uno o dell'altro tipo di contratto.

Un discorso differente potrebbe invece essere effettuato in relazione alla *formale* previsione, contenuta nella L. n. 30, della possibilità di stipulare contratti di lavoro occasionale, ai fini della cui sussistenza vengono previsti sia un limite economico/remunerativo di 5000 Euro sia uno temporale di 30 giorni, nell'ambito dell'anno solare. A me pare anzitutto che in tal modo si rischi di

---

[381] M. Persiani (1998), 209 ss.

[382] V. da ultimo M. Marazza (2002), 247 ss., dove altri riff.

creare un'ulteriore situazione di incertezza normativa: resta infatti stabilire in che cosa consista il lavoro occasionale e se anch'esso possa avere una forma di coordinamento, pur se, già sul piano concettuale, pare davvero difficile rendere compatibili 'coordinamento' e 'occasionalità'. E' evidente, poi, che se si volesse ridurre la differenza tra la collaborazione coordinata continuativa ed il lavoro occasionale al solo profilo del limite temporale dei 30 giorni o a quello economico dei 5000 Euro, si favorirebbe, nei fatti, un'ulteriore 'fuga', questa volta anche dai 'costi' imposti al contratto di collaborazione coordinata e continuativa, con i quali si è appena cominciato a ridurre il divario con il contratto di lavoro subordinato (anche se in realtà il riferimento all'anno solare rappresenta comunque un limite di grande importanza al fine di evitare abusi eccessivi)[383].

Infine, sempre nella stessa logica, mi sembrerebbe opportuno riflettere per un momento sulla proliferazione in atto dei rapporti di associazione in partecipazione, rispetto alla quale sarebbe probabilmente necessario – oltre che prevedere forme di tutela del lavoratore – ribadire con forza che, a fini antifraudolenti, occorre tener *rigorosamente* conto del rapporto tra fine produttivo dell'associante e competenze professionali richieste all'associato (è possibile che l'addetto alle pulizie o la segretaria esecutiva possano essere associati ad un imprenditore che gestisce una *software house*?) ed altresì richiedere un'altrettanta rigorosa sussistenza degli altri requisiti di cui all'art. 2549 e ss. c.c., tra cui un'effettiva partecipazione agli utili d'impresa e l'esclusione di poteri invasivi dell'associante sull'associato, tali da risultare comparabili a quelli del datore di lavoro subordinato[384]. Altrimenti anche questo specifico tipo di contratto sarà destinato soltanto ad operare come ennesimo mezzo di fuga dal contratto di lavoro subordinato e dai 'costi' della subordinazione.

C) Tirando le fila del discorso condotto in quest'ultima parte della relazione, mi piace ricordare che Giampiero Proia, nella relazione presentata l'anno scorso al Convegno dell'Aidlass, in uno dei passaggi conclusivi, affermava, a proposito delle prospettive di riforma, che «a prescindere da ogni altro rilievo, sono comunque da evitare eccessi di ingegneria regolativa, che possono dar luogo a sovrapposizioni o duplicazioni di modelli; mentre è necessario verificare attentamente quali di essi siano idonei a soddisfare esigenze effettive del sistema produttivo, ovvero possano cogliere anche interessi reali degli stessi lavoratori»[385]. Ebbene, nonostante l'equilibrato suggerimento, la successiva legge di riforma del mercato del lavoro, la L. n. 30 del 2003, si è mossa in direzione ben diversa: quella di un'ulteriore proliferazione di rapporti di lavoro 'atipico', cui fanno riscontro sovrapposizioni funzionali e finanche strutturali (basti pensare al lavoro interinale ed alla somministrazione, al part-time ed al lavoro a chiamata, nonché, come si è accennato alle collaborazioni coordinate e continuative ed al lavoro occasionale), che rischiano di provocare confusione applicativa , ma anche distorsioni nel funzionamento del mercato del lavoro.

Personalmente condivido quanto, con apprezzabile equilibrio, è stato di recente raccomandato da Raffaele De Luca Tamajo, e cioè di essere disponibili, rifuggendo da immobili difese del passato, ad affrontare 'senza vischiosità ideologiche' l'aggiornamento del tessuto normativo, reso

---

[383] Per un'aggiornata panoramica sulla normativa che ha progressivamente interessato le collaborazioni coordinate e continuative, v. C. Colantoni (2001).

[384] Su cui v. da ultimo A. Allamprese (2000).

[385] G. Proia (2002b), 452.

necessario dai complessi mutamenti dell'organizzazione della produzione e del lavoro nell'impresa post-taylorista[386]. Ed a questo riguardo, senza alcuna pretesa progettuale, sia consentito concludere con un'osservazione di metodo, prima ancora che di contenuto.

Anzitutto – ed in questo mi ritrovo in piena sintonia con Proia – sono convinto che sia interesse generale dar vita, attraverso un'organica regolazione legislativa, ad una ridefinizione delle tipologie contrattuali del lavoro *subordinato* e *non*, evitando però un inutile, ed anzi pericoloso, eccesso di moltiplicazione delle forme contrattuali e di sovrapposizione tra di esse, e limitandosi a consentire solo quelle ritenute essenziali ai bisogni dell'*organizzazione* moderna dell'impresa e del mondo del lavoro. Proprio in questa prospettiva, peraltro – ed in questo è il mio modesto contributo alla discussione di questo problema – deve essere ben chiara la *funzione speciale* che ciascuna di tali forme deve assolvere nel sistema, nonché, di conseguenza, la *struttura* differenziata delle relative obbligazioni, e dunque i diversi rischi gravanti sulle parti ed i differenti poteri che si distribuiscono tra di esse. Ciò affinché, guardando la questione dal lato del datore di lavoro, ad una complessiva valutazione non soltanto dei '*costi*' di ciascuna di queste forme contrattuali – ivi compresi quelli attinenti alle *tutele* che si riconoscono al lavoratore, a seconda del tipo rapporto (e mi riferisco, com'è evidente, alle tutele 'nel' rapporto e non a quelle 'nel' mercato, le quali devono essere intese come aggiuntive e non sostitutive delle prime[387]) – ma anche dei '*vantaggi*' offerti da ognuna di esse, sia possibile riscontrare un razionale bilanciamento di valori (non vi sia, cioè un'equiparazione di vantaggi a costi diversificati).

Voglio così sottolineare che, pur dovendosi sempre perseguire l'auspicato sviluppo occupazionale, non si deve mai trascurare il problema degli equilibri del sistema giuridico del lavoro nel suo complesso, e non certo per mero ed astratto amore per l'ordine, bensì per evitare l'inefficacia, nonché ineffettività, della sua funzione regolativa del mercato, con conseguenze dannose anche per gli equilibri economici e sociali. Per una società come la nostra, giunta al suo livello di sviluppo, non è infatti importante soltanto *quanta*, ma anche *quale tipo* di occupazione è in grado di creare il sistema economico, grazie anche ad un accorto uso degli strumenti di regolazione giuridica.

Ricordo, a quest'ultimo riguardo, una simpatica frase che mi ha fatto riflettere e che, nella sua semplicità, penso possa piacere a tutti coloro che esercitano il mestiere delle riforme legislative, o che comunque con la loro attività interpretativa incidono sulla norma: «i bottoni vanno cercati dove sono caduti, e non in cucina, soltanto perché lì c'è più luce»[388]; altrimenti … si resterà sempre con la giacca in disordine.

13. Bibliografia

AA.VV. (1997), *Qualità totale e diritto del lavoro*, Ricerca diretta da L. Spagnuolo Vigorita, Giuffré, Milano, 57 ss.

AA.VV. (1998), *Mutamento dei saperi*, in Cillario-Finelli, *Capitalismo e conoscenza*, Manifestolibri, Roma, 251 ss.

AA.VV. (2000), *Viaggio tra i perché della disoccupazione intellettuale in Italia*, Giuffrè, Milano.

386 R. De Luca (2002), 18.

387 Su questo aspetto sia consentito un rinvio a U. Carabelli (2002a) e Id. (2002b).

388 A. Wildavsky (1980), 79.

AA.VV. (2002a), *Danno biologico*, Sez. Spec. 3, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro dell'AIDLaSS, Foggia-Baia delle Zagare, 25-6 maggio 2001, Giuffré, Milano, 369 ss.

AA.VV. (2002b), *Il mobbing. Aspetti lavoristici: nozione, responsabilità, tutele*, Giuffré, Milano.

ACCORNERO Aris (1997), *Era il secolo del lavoro*, Il Mulino, Bologna.

- ID. (1999), *L'ultimo tabù*, Ed. Laterza, Roma-Bari.

AGOSTINELLI Mario (1997), *Tempo e spazio nell'impresa postfordista*, Manifestolibri, Roma.

ALESSI Cristina (2001), *Commento agli artt. 5 e 6*¸ in M. Napoli – M. Magnani – E. Balboni (a cura di), *Commentario della L. 8 marzo 2000, n. 53*, in *Nuove Leggi Civ.* , 1274 ss.

ALLAMPRESE Andrea (2000), *Sulla distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione d lavoro e contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 705 ss.

ALTIERI Giovanna – OTERI Cristina (2000), *Il lavoro atipico in italia alla fine degli anni '90*, in *Suppl. Rass. Sind.*, n. 35, 26 settembre 2000.

- IDD. (2001), *I lavoratori atipici: analisi e prospettive*, in *Quad. Rass. Sind.*, n. 3, 22 ss.

- IDD. (2002), *Rapporto* 2001 dell'IRES per conto di Nidil/CGIL, del gennaio 2002.

ASCARELLI Tullio (1959), *Norma giuridica e realtà sociale*, in Id., *Problemi giuridici*, I, Giuffré, Milano. Il saggio era già stato pubblicato in *Dir. Econ.* 1955, 1179 ss.

ASSANTI Cecilia (1972), *Commento all'art. 13*, in C. Assanti – G. Pera, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 139 ss.

ATKINSON John (1986), *Employment Flexibility and Internal and External Labour Markets*, in *New Forms of Work and Activity*, European Foundation for the Improuvement of Living and Working Condition, Luxemburg, 1 ss.

AULETTA Giuseppe (1958), voce *Attività (Dir. Priv.)*, in *Enc.* Dir, III, 981 *ss.*

BAGLIONI Guido (1995), *Democrazia impossibile?*, Il Mulino, Bologna.

BAGNASCO Arnaldo (1988), *La costruzione sociale del mercato*, Il Mulino, Pavia.

BALANDIER George (1991), *Il disordine. Elogio del movimento*, Ed. Dedalo, Bari.

BALDASSARRE Antonio (1989), voce *Diritti Sociali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI.

BAUMAN Zygmunt (2000), *La solitudine del cittadino globale*, Feltrinelli, Milano.

- ID. (2002), *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari.

BECATTINI Giacomo (1987) (a cura di), *Mercato e forze locali. Il distretto industriale*, Il Mulino, Bologna.

BECK Ulrich (2000), *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Einaudi, Torino

- ID. (2001), *La società globale del rischio*, Asterios, Trieste.

BELLARDI Lauralba (1994), *I nuovi contratti per le aziende chimiche*, in *Lav. Inf.*, n. 21, 11 ss.

- ID. (1999), *Concertazione e contrattazione*, Cacucci, Bari.

- ID. (2003), *Le relazioni industriali in transizione: nodi critici e ipotesi di riforma*, in corso di pubblicazione.

BELLAVISTA Alessandro (2002), *Poteri dell'imprenditore e privacy*, in *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Atti del Convegno di Studi di Venezia, 12 aprile 2002, Cedam, Padova,

BELLOMO Stefano (2002), *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino.

BERTI Giorgio (1986), *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Cedam, Padova.

BIAGI Marco (1996), *Formazione e qualità: note per una strategia comunitaria dell'occupazione*, in *Il diritto dei disoccupati*, Studi in Onore di Koichiro Yamaguci, a cura di M. Biagi - Y. Suwa, Giuffrè, Milano, 165 ss.

- ID. (2001), *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 257 ss.

BIANCHI D'URSO Fulvio (1987), *La mobilità 'orizzontale' e l'equivalenza delle mansioni,* in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 1, 117 ss.

BOERI Tito ed ALTRI (2002), *Non basta dire no*, Mondadori, Milano.

BOLOGNA Sergio – FUMAGALLI Andrea (1997) (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione*, Feltrinelli, Milano.

BONAZZI Giuseppe (1998), *Storia del pensiero organizzativo*, F. Angeli, Milano.

BRAVERMAN Harry (1976), *Lavoro e capitale monopolistico*, Einaudi, Torino.

BROLLO Marina (1997), *La mobilità interna del lavoratore*. *Commento all'art. 2103,* in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffré.

BRUSCO Sebastiano (1989), *Piccole imprese e distretti industriali*, Rosemberg & Sellier, Torino.

BUTERA Federico (1988), *La flessibilità: da fonte di regolamentazione a componente di nuovi modelli di regolamento nelle organizzazioni*, in AA.VV., *La sfida delle flessibilità*, F. Angeli, Milano.

- ID. (1991), *Il castello e la rete*, F. Angeli, Milano.

- ID. (1999), *I lavoratori della conoscenza: il lavoro, la formazione, la rappresentanza*, in A. Ranieri (a cura di), *Il sapere e il lavoro*, F. Angeli, Milano, 35 ss.

CALCATERRA Luca (2002), *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli*, Ed. Sc. It., Napoli, 127 ss.

CALLINI Daniele (2001), *Leggere le organizzazioni*, F. Angeli, Milano.

CALLINI Daniele – MONTAGUTI Lubiano (1993), *Cambiamento organizzativo e formazione,* F. Angeli, Milano.

CAMPOBASSO Gian Franco (1997), *Diritto commerciale,* 1, *Diritto dell'impresa*, Utet, Torino.

CARABELLI Umberto (1978), *Struttura sindacale ed evoluzione della contrattazione collettiva nell'industria tessile*, in B. Veneziani (a cura di), *La contrattazione collettiva in Italia 1945-1977*, Cacucci, Bari.

- ID. (1998), *Intervento*, in Atti del XII Congresso dell'AIDLaSS, Milano 23-5 maggio 1997, su *Autonomia collettive e occupazione,* Giuffré, Milano, 229 ss.

- ID. (1999), *Flessibilizzazione o destrutturazione del mercato del lavoro? Il lavoro interinale in Italia e in Europa*, in *Studi in onore di G. Giugni*, I, Cacucci, Bari, 185 ss.

- ID. (2001a), *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 111 ss.

- ID. (2001b), *Intervento* programmato al Seminario del CESRI-LUISS su *La riforma del lavoro a termine*, Roma 22 ottobre 2001, in http://www.unicz.it/lavoro/Carabelli_368.htm

- ID. (2002), *Dagli ammortizzatori sociali alla rete integrata di tutele sociali: alcuni spunti per una riforma del welfare*, in *Econ. & Lav.*, n. 1, 57 ss.

- ID. (2002b), Intervento al «I Seminario di studi "Massimo D'Antona"», su *Il Libro Bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul Cambiamento*, Firenze 18 gennaio 2002, Atti pubblicati nel sito dell'AIDLaSS www.aidlass.org/dantona/intervento_Carabelli.htm.

CARABELLI Umberto – LECCESE Vito (2002), *Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia*, in http://unicz.it/lavoro/Carabelli_Leccese.pdf

CARINCI Franco (1985), *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 203 ss. (Relazione all'VIII Congresso dell'AIDLaSS, Napoli, 12-14 aprile 1985).

CARINCI Franco - DE LUCA TAMAJO Raffaele -TOSI Paolo - TREU Tiziano (1998), *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro*, Utet, Torino.

CARRIERI Mimmo (2002), *La temporaneità come regola e come problema. Note sul lavoro interinale*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2, 43 ss.

CARUSO Bruno – RICCI Gianfranco (1994), *Sistemi e tecniche retributive*, in B. Caruso – C. Zoli – L. Zoppoli, *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Jovene, Napoli, 37 ss.

CASSÌ Vincenzo (1961), *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, Giuffré, Milano.

CASTELVETRI Laura (1992), *Fonti collettive e differenziazioni normative tra lavoratori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 81 ss.

- ID. (2001), *Libertà contrattuale*, Giuffré, Milano.

CESSARI Aldo (1969), *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffré, Milano.

CEVOLI Marida (2001), *Organizzazione e diagnosi delle competenze*, in *Quad. Rass. Sind.*, , n. 2, 65 ss.

- ID. (2002), *Nuove identità di lavoro*, EDIESSE, Roma.

CEVOLI Marida –MEGHNAGI Saul (2000), *La competenza al singolare*, in *Quad. Rass. Sind.*, n. 2, 179 ss.

CHIACCHIERINI Claudio (2001), *Competere attraverso l'organizzazione*, Cedam, Padova.

CIPRESSI Pierpaolo (1967), *Il luogo della prestazione di lavoro subordinato*, Giuffré, Milano.

COASE Ronald (1995), *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna.

COLANTONI Claudia (2001), *A proposito di collaborazioni coordinate e continuative*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 1, 29 ss.

COLOMBO Massimo G, (1996), *Il modello del mercato verticale organizzato*, in S. Mariotti, *Mercati verticali organizzati e tecnologie dell'informazione*, Fondazione Adriano Olivetti.

CORAZZA Luisa (2002), *L'*outsourcing *come strategia per la competitività*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli*, Ed. Sc. It., Napoli, 183 ss.

CORI Enrico (1997), *Controllo organizzativo, politiche di gestione e dinamica dei rapporti interaziendali*, Giuffré, Milano.

CORRADO Renato (1956), *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Utet, Torino.

COSTABILE Lilia (2002a), *Aspetti economici del Libro Bianco del Ministero del Lavoro,* in *Studi Economici*, n.77, 107 ss.

- ID. (2002b), *Riforme istituzionali ed esiti economici: l'evoluzione della 'relazione d'impiego' ed il ruolo del capitale umano nell'esperienza italiana*, *Nota di apertura*, in *Econ. Pol.*, n. 3, 349 ss.

COTESTA Vittorio (2001), *Le basi culturali della cooperazione e del conflitto nella fabbrica di Melfi*, in *Econ. & Lav.*, n. 3, 181 ss.

CROZIER Michel (1990), *L'impresa in ascolto. Il management nel mondo post-industriale*, Il sole 24 ore, Milano.

DAHRENDORF Ralf (1995), *Quadrare il cerchio*, Laterza, Roma-Bari.

D'ANTONA Massimo – DE LUCA TAMAJO Raffaele (1991), *La retribuzione ad incentivi: introduzione*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 1, 5 ss.

DELL'OLIO Matteo (1986), *I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Utet, Torino, Estratto.

DE NOVA Giorgio (1974), *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova.

DEL PUNTA Riccardo (2001), *Economia e diritto del lavoro*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 3 ss.

- ID. (2002), *Ragioni economich, tutela dei lavori e libertà del soggetto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 401 ss.

DE LUCA TAMAJO (1999), *I processi di terziarizzazione* intra moenia *ovvero la fabbrica multisocietaria*, in *Dir. Merc. Lav.*, n. 1, 49 ss.

- ID. (2002a), *I controlli sui lavoratori*, in *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Atti del Convegno di Studi di Venezia, 12 aprile 2002, Cedam, Padova, 27 ss.

- ID. (2002b), *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in Id. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli*, Ed. Sc. It., Napoli, 9 ss.

DE PAOLIS Alessandro (2000), Outsourcing *e valorizzazione delle competenze*, F. Angeli, Milano.

DE SIMONE Gisella (1995), *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, F. Angeli, Milano.

DIOGUARDI Gianfranco (1995), *L'impresa nella società del terzo millennio*, Laterza, Roma-Bari.

FELSTEAD Alan – JEWSON Nick (1999), *Global Trends in Flexible Labour*, MacMIllan Basingstoke.

FERRARO Giuseppe (1998), *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 429 ss.

FERRO LUZZI Paolo (1985), *L'impresa*, in AA. VV., *L'impresa*, Giuffré, Milano.

FORRESTER Viviane (1997), *L'orrore economico*, Ponte alle Grazie, Firenze.

GALANTINO Luisa (2000), *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.

FREY Luigi (1975), *Lavoro a domicilio e decentramento dell'attività produttiva*, F. Angeli, Milano.

- ID. (2002), *Le innovazioni tecnologiche e la struttura professionale dell'occupazione*, in *L'impresa al plurale. Quaderni della partecipazione*, n. 9, 137 ss.

FURLANETTO Luciano – MASTRIFORTI Carlo, *Outsourcing e globlal services*, F. Angeli, Milano

GAETA Lorenzo (1993a), *Subordinazione e autonomia nella dottrina*, in L. Gaeta – P. Tesauro, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, t. I, Utet, Torino.

- ID. (1993b), *Lavoro a distanza e subordinazione*, Ed. Sc. It., Napoli.

GALANTINO Luisa (1995) (a cura di), *Qualità totale e rapporto di lavoro*, Giuffré, Milano.

- ID. (2000)*, Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.

GALLINO Luciano (1978), voci *Dizionario di sociologia*, Utet, Torino.

- ID. (1998), *Se tre milioni vi sembran pochi*, Einaudi, Torino.

- ID. (2001), *Il costo umano della flessibilità*, Laterza, Roma-Bari.

GARILLI Alessandro (1989), *Sez. III. La mobilità orizzontale fra 'soggezione' e 'collaborazione'*, in A. Garilli - A. Bellavista, *Innovazioni tecnologiche e statuto dei lavoratori: i limiti ai poteri dell'imprenditore fra tutela individuale e collettiva (artt. 4-9-13)*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 6, 139 ss.

GAROFALO Domenico (2001), *Formazione e lavoro tra diritto e contratto*, Cacucci, Bari (e.p.).

- ID. (2003), *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tutela risarcitoria*, in corso di pubblicazione.

GAROFALO Mario Giovanni (1999), *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Studi in onore di G. Giugni*, I, Cacucci, Bari, 453 ss.

GHERA Edoardo (1984), *La mobilità aziendale e i suoi limiti*, in *Mass. Giur. Lav.*, 392 ss.

- ID. (1988), *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 621 ss.

- ID. (1999), *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Studi in onore di G. Giugni*, I, Cacucci, Bari, 477 ss.

- ID. (2002), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.

GHEZZI Giorgio (1965), *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffré, Milano.

GIANNINI Massimo Severo (1949), *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 1 ss.

GIUGNI Gino (1951), *Nullità dell'accordo tra datore di lavoro e prestatore di lavoro per una retribuzione inadeguata alle mansioni esplicate,* in *Foro Pad.*, I, 1009 ss.

- ID. (1963), *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.

GORRETTA Gianluca (2001), *Commento agli artt. 5, 6, 7, 8 e 18*, M. Miscione (a cura di), *I congedi parentali*, IPSOA, Milano.

GOUGH James (1992), *Wher's the Value in Post-Fordism?*, in N. Gilbert – R. Burrows – A. Pollert, *Fordism and Flexibility. Division and Changes,* MacMillan Press Ltd, Basingstoke, 31 ss.

GORZ André (1992), *Metamorfosi del lavoro*, Bollati Boringhieri, Torino.

GRANDI Mario (1986), *La mobilità interna*, in AA.VV., *Strumenti e limiti della flessibilità dell'organizzazione aziendale*, Giuffré, Milano, 251 ss.

- ID. (1987), voce *Rapporto di lavoro*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Giuffré, Milano, 313 ss.

- ID. (1997), *«Il lavoro non è una merce»: una formula da rimeditare*, in *Lav. dir.*, 557 ss.

- ID. (1999), *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 309 ss.

GRECO Paolo (1939), *Il contratto di lavoro*, Utet, Torino.

GUARRIELLO Fausta (2000), *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Jovene, Napoli (e.p.).

HERNANDEZ Salvatore (1968), *Posizioni non contrattuali del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova.

ICHINO Pietro (1985), *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, II, Giuffré, Milano.

- ID. (1987), *L'orario di lavoro e i riposi. Commento agli artt. 2107-2109,* in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffré.

- ID. (1989), *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffré, Milano.

- ID. (1994), voce *Orario di lavoro*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, X, Torino, Utet, 391 ss.

- ID. (1996), *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano.

- ID. (2000), *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XXVII, t. 2, Giuffré, Milano.

- ID. (2001), *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 165 ss.

INVERNIZI Emanuele (2000), *La comunicazione organizzativa: teorie, modelli e metodi*, Giuffré, Milano.

JANNARELLI Antonio (1993), *Diritto Agrario e società industriale*, 2 tomi, Cacucci, Bari.

LAMBERTUCCI Pietro – BELLOMO Stefano (1998), in P. Santoro Passarelli, *Flessibilità*, III, Giappichelli, Torino, 351 ss.

LASSANDARI Andrea (2001), *Il contratto aziendale decentrato*, Giuffré, Milano.

LECCESE Vito (2001), *L'orario di lavoro*, Cacucci, Bari.

LEGA Carlo (1963a), *La diligenza del lavoratore*, Giuffré, Milano.

- ID. (1963b), *La comunità di lavoro nell'impresa*, Giuffré, Milano.

LENER Angelo (1985), voce *Potere (in generale): b) Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, vol. XXXIV, 610 ss.

LEOTTA Giuseppe (2002), *Alcuni appunti per una rilettura del comma 1 dell'art. 36 della Costituzione*, in *Riv. Giur. Lav.*, II, 697 ss.

LISO Francesco (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda*, F. Angeli, Milano.

- ID. (1998), *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 191 ss., (Relazione al XII Congresso dell'AIDLaSS, Milano 23-5 maggio 1997, Atti pubblicati in *Autonomia collettive e occupazione,* Giuffré, Milano, 3 ss.)

LOI Piera (1999), *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.,* 547 ss.

MAGRINI Sergio (1973), voce *Lavoro (Contratto individuale)*, in *Enc. Dir.*, 369 ss.

MANCINI Federico (1957), *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffré, Milano.

MARAZZA Marco (2002), *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova.

MARAZZI Chrstian (1997), *Il lavoro autonomo nella cooperazione comunicativa*, in S. Bologna – A. Fumagalli (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione*, Feltrinelli, Milano, 43 ss.

MARINO Giorgio (1976), *La collaborazione nel contratto individuale di lavoro*, Giuffré, Milano

MATTAROLO Maria Giovanna (2000), *Obbligo di Fedeltà del prestatore di lavoro. Commento all'art. 2105*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffré.

MAZZIOTTI Fabio (1974), *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli.

MAZZOLARI Francesca (2001), *Scenari di flessibilità del lavoro nelle imprese*, in SAMEK LODOVICI Manuela – SEMENZA Renata, *Le forme di lavoro. L'occupazione non standard: Italia e Lombardia nel contesto europeo*, F. Angeli, Milano, 205 ss.

MAZZOTTA Oronzo (1979), *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffré, Milano.

MÉDA Dominique (1997)*, Società senza lavoro*, Feltrinelli, Milano.

MEGHNAGI Saul (2001), *Tra dialogo sociale e azione legislativa*, in *Quaderni Rass. Sind.*, n. 2, 31 ss.

- ID. (2003), *The quality of work and the quality of learning in Italian small firms*, in corso di pubblicazione.

MEGHNAGI Saul - GIANFRANCO Coronas, *Politiche del lavoro e ammortizzatori sociali. Il ruolo della formazione continua e delle analisi dei fabbisogni* (2003), in corso di pubblicazione.

MEHAUT Philippe – DELCOURT Jacques (1995), *Le rôle de l'entreprise dans la production des qualifications : effets formateurs de l'organisation di travail*, Document CEDEFOP, Berlino.

MENGONI Luigi (1965), *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Riv. Soc.*, 675 ss.

- ID. (1971), *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano.

- ID. (1986), *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 5 ss.

- ID. (1996), *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffré, Milano, 1 ss.

- ID. (1998), *I diritti sociali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1 s.

MIGLIORANZI Luigi Adolfo (1940), *Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'azienda*, in *Dir. Lav.*, I, 78 ss.

MILLIBAND Ralph (1994), *Socialism for a Sceptical age*, Polity Press, Cambridge (UK)

MORTATI Costantino (1954), *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, I, 149 ss.

NAPOLI Mario (1996), *Contratto e rapporto di lavoro oggi*, in Id., *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Giappichelli, Torino, 3 ss., da cui le citazioni in testo. Il saggio era già stato pubblicato in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, T. II, *Diritto del lavoro – Diritto commerciale*, Giuffré, Milano, 1995, 1057 ss.

- ID. (2002), *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in Id., *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*, Giappichelli, Torino, 40 ss., da cui le citazioni in testo. Il saggio era già stato pubblicato in *Riv. Giur. Lav.*1997, I, 263 ss.

NIGRO Mario (1989), voce *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, in *Enc. Giur. Treccani*, II.

NOGLER Luca (2002), *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. Dir. Lav.*, 109 ss.

O' HIGGINS Paul (1996), *«Il lavoro non è una merce». Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.,* 295 ss.

OTERI Cristina (2001), *Il lavoro atipico in Italia: tendenze e interpretazioni*, in *Dir. Merc. Lav.* n. 3, 511 ss.

PARDOLESI Roberto, voce *Analisi economica del diritto*, in *Dig. Civ.*, Sez *Civ.*, Utet, Torino, 309 ss.

PEDRAZZOLI Marcello (a cura di) (1995), *Danno biologico e oltre*, Giappichelli, Torino.

- ID. (1998), *Lavoro* sans phrase *e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 49 ss.

PERA Giuseppe – PAPALEONI Marco (2003), *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova.

PERSIANI Mattia (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova.

- ID. (1971), *Prime osservazioni sulla nuova sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Dir. Lav.*, I, 11 ss.

- ID. (1995), *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1 ss.

- ID. (1998), *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. Lav.*, I, 203 ss.

- ID. (2000), *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1 ss.

PERULLI Adalberto (1992), *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffré, Milano.

- ID. (1996), *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XXVII, t. 1, Giuffré, Milano.

- ID. (2002), *Il potere direttivo del datore di lavoro*, in *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Atti del Convegno di Studi di Venezia, 12 aprile 2002, Cedam, Padova, 9 ss.

PESSI Roberto (1989), *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffré, 1989.

PINTO Vito (1999), *Il lavoro nei gruppi imprenditoriali: oltre il decentramento?*, in *Giornale Dir. Lav.Rel. Ind.*, 1999, 445 ss.

PISANI Carlo (1996), *La modificazione delle mansioni*, F. Angeli, Milano

PROIA Giampiero (2002a), *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. Dir. Lav.*, 87 ss.

- ID. (2002b), *Flessibilità e tutela «nel» contratto di lavoro subordinato*, in *Giornale Dir. Lav.*, 411 ss.

PROVASI Giancarlo (2002), *La società della conoscenza e il futuro del lavoro*, in *L'impresa al plurale. Quaderni della partecipazione*, n. 9, 15 ss.

RABAGLIETTI M.F. (1956), *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Giuffré, Milano.

REICH Robert (1993), *L'economia delle nazioni*, Il Sole 24 ore libri, Milano.

REVELLI Marco (1997), *La sinistra sociale*, Bollati Boringhieri, Torino.

- ID. (2001), *Oltre il Novecento*, Einaudi, Torino.

RIESER Vittorio (1991), *L'analisi della professionalità nel quadro delle trasformazioni delle condizioni di lavoro*, in AA.VV., *Professionalità in transizione*, 81 ss.

RIFKIN Jeremy (1995), *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era del post-mercato*, Baldini & Castoldi, Milano.

- ID. (2000), *L'era dell'accesso*, Oscar Mondadori, Milano.

RIZZA Roberto (2000), *Trasformazioni del lavoro, nuove forme di precarizzazione lavorativa e politiche del* welfare*: alcune riflessioni preliminari*, in *Soc. Lav.*, n. 78-9, 13 ss.

- ID. (2003), *Il lavoro mobile*, Carocci, Roma.

ROMA Giovanni (1997), *Le funzioni della retribuzione*, Cacucci, Bari.

- ID. (2002), *Retribuzioni e inquadramento*, in *Econ. & Lav.,* n. 3, 105 ss.

ROMAGNOLI Umberto (1967), *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffré. Milano.

- ID. (1972), *Commento all'art. 13*, in AA.VV., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli-Fori It., Bologna-Roma, 174 ss.

- ID. (1995), *Il lavoro in Italia*, Il Mulino, Bologna.

RONDINONE Nicola (2001), *L'«attività», nel codice civile*, Giuffré, Milano.

RUBBERY Jill – GRIMSHAW Damian (2001), *Les TIC, l'emploi et la qualité de l'emploi*, in *Revue Int. Dr. Trav.*, 207 ss.

RULLANI Enzo (1988), *Flessibilità del lavoro e flessibilità di impresa: le nuove regole dele sviluppo industriale*, in AA.VV., *La sfida delle flessibilità*, F. Angeli, Milano.

- ID. (1998), *Dal fordismo realizzato al postfordismo possibile: la difficile transizione,* in E. Rullani – L. Romano, *Il postfordismo*, Etaslibri, Milano, 2 ss.

- ID. (1999), *Dopo Taylor: il nuovo rapporto tra conoscenza e produzione*, in A. Ranieri (a cura di), *Il sapere e il lavoro*, F. Angeli, Milano, 20 ss.

- ID. (2001a), *New/net/knowledge economy: le molte facce del postfordismo*, in *Econ.Pol.Ind.*, 2001, n. 110, 5 ss.

- ID. (2001b), *L'organizzazione tra old e new economy*, in *L'impresa al plurale. Quaderni della partecipazione*, n. 9, 63 ss.

RUSPOLI Maurizio (2002), *Sviluppo dell'impresa e analisi strategica*, Il Mulino, Bologna.

SALVATI Michele (2001), *Servono gli economisti del lavoro?*, in http://www.aiel.it/bacheca/Firenze/Papers/ Salvati.pdf

SAMEK LODOVICI Manuela – SEMENZA Renata, *Il percorso di ricerca*, in Idd., *Le forme di lavoro. L'occupazione non standard: Italia e Lombardia nel contesto europeo*, F. Angeli, Milano.

SANDULLI Pasquale (1974), *Prestazione di lavoro subordinato e attività di rappresentanza*, Giuffré, Milano.

SANTUCCI Rosario (1997), *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Giappichelli, Torino.

SCARPELLI Franco (1997), *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro*, in AA.VV., *Qualità totale e diritto del lavoro*, Ricerca diretta da L. Spagnuolo Vigorita, Giuffré, Milano, 263 ss.

SCIARRA Silvana (2001), *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta Europea dei diritti fondamentali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 391 ss.

SCOGNAMIGLIO Renato (1978), *La rilevanza del lavoro nelle disposizioni fondamentali della Costituzione*, in

R. Scognamiglio (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Angeli, Milano, 1978, 15 ss.

- ID. (1997), *Danno biologico e rapporto di lavoro*, in *Arg, Dir. Lav.*, n. 5, 1 ss.

- ID. (2000), *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.

- ID. (2001), *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 95 ss.

SEN Amartya (2002), *Globalizzazione e libertà*, Mondadori, Milano.

SENNET Richeard (1999), *L'uomo flessibile*, Feltrinelli, Milano.

SMURAGLIA Carlo (1958), *La Costituzione e il sistema del diritto del* lavoro, Feltrinelli, Milano.

SPAGNUOLO VIGORITA Luciano (1986), *Subordinazione e impresa*, in *Orient. Giur. Lav.*, 983 ss.

SPEZIALE Valerio (2001), *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giornale Dir. Lav.Rel. Ind.,* 361 ss.

STANDING Guy (1999), *Global labour flexibility*, MacMillan Press Ltd., Basingstock/London.

STIGLITZ Joseph E. (2002), *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, Torino.

SUPIOT Alain (1994), *Critique du droit du travail*, Puf, Paris.

- ID. (1996), *Crisi del* welfare *e mutamenti del diritto del lavoro in Francia*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 52 ss.

- ID. (1999), *Au delà de l'emploi*, Flammarion, Paris (Rapporto generale per la Commissione Europea).

- ID. (2000), *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 217 ss.

SUPPIEJ Giuseppe (1957), *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Cedam, Padova.

- ID. (1972), *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori*, in *I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori*, Atti del IV Congresso Nazionale dell'AIDLaSS, Saint Vincent, 3-6 giugno 1971, Giuffré, Milano.

- ID. (1982), *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova.

THOMPSON Paul (2002), *Contestando il quadro complessivo: lavoro, occupazione ed economia politica all'interno e oltre il dibattito sul processo lavorativo*, in *Soc. Lav.*, n. 86-7, 40 ss.

TRONTI Leonello (2003), *Capitale umano e nuova economia. Riorganizzazione dei sistemi formativi e sviluppo dei mercati delle conoscenze*, in *Dritti Mercati Lavori*, n. 1, 53 ss.

TREU Tiziano (2001), *Politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna.

VALEBONA Antonio (1997), *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 382 ss., (Relazione al XII Congresso dell'AIDLaSS, Milano 23-5 maggio 1997, Atti pubblicati in *Autonomia collettive e occupazione,* Giuffré, Milano, 79 ss.).

VARDARO Gaetano (1989), *Il potere disciplinare giuridificato*, in Id., *Itinerari*, a cura di L. Gaeta, A. Marchitiello, P. Pascucci, F. Angeli, Milano, 181, già pubblicato in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, 1 ss.

VENEZIANI Bruno (1975), *I controlli dell'imprenditore ed il contratto di lavoro*, Cacucci, Bari.

- ID. (1987), *Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 3 ss.

- ID. (2000), *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 779 ss.

VICARI Salvatore (2002), *L'*outsourcing *come strategia per la competitività*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli*, Ed. Sc. It., Napoli, 71 ss.

VIRTUANI Roberta (1997), *L'outsourcing nei sistemi informativi aziendali*, F. Angeli, Milano.

VISCOMI Antonio (1997a), *«Quell'agile ritmo che l'azienda si aspetta»: qualità totale e diligenza del lavoratore*, in AA.VV., *Qualità totale e diritto del lavoro*, Ricerca diretta da L. Spagnuolo Vigorita, Giuffré, Milano, 219 ss.

- ID. (1997b), *Diligenza e prestazione di lavoro*, Giappichelli, Torino.

WILDAVSKY Aaron (1980), *The Art and Craft of Policy Analysis*, Mac Millan Press, Basingstoke.

WILLIAMSON Oliver. E. (1987), *Le istituzioni economiche del capitalismo*, F. Angeli, Milano.

ZOLI Carlo (1988), *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Giuffré, Milano.

- ID. (1994), *Parità di trattamento e retribuzione*, in B. Caruso – C. Zoli – L. Zoppoli, *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, I, Jovene, Napoli, 145 ss.

ZOPPOLI Antonello (2000), *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Ed. Sc. It., Napoli.

ZOPPOLI Lorenzo (1991a), *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Ed. Sc. It., Napoli.

- ID. (1991b), *Nozione giuridica di retribuzione, incentivazione e salario variabile*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 1, 29 ss.

- ID. (1994), *Accordi sindacali sul salario variabile nell'industria e rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Retribuzione incentivante e rapporti di lavoro*, Ricerca diretta da L. Zoppoli, Giuffré, Milano, 1 ss.

- ID. (1997), *Lo spirito del dono e il contratto di lavoro: Qualità Totale, socialità primaria e arricchimento delle corrispettività 'negoziate'*, in AA.VV., *Qualità totale e diritto del lavoro*, Ricerca diretta da L. Spagnuolo Vigorita, Giuffré, Milano, 57 ss.

- ID. (2003), *Il lavoro di Aracne: formazione e politiche attive dell'impiego nelle recenti dinamiche istituzionali*, in *Diritti Lavori Mercati*, n. 1, 85 ss.

Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*

Silvana Sciarra

1. Metodo comparato e metodo europeo. L'esempio italiano 125
1.1 Il passato del diritto del lavoro italiano 125
1.2 Il presente 130
2. Il linguaggio sincronico del diritto del lavoro. Alla ricerca di una destinazione europea 134
3. Diritto del lavoro e 'sensi di colpa'. Alla ricerca di un equilibrio delle fonti 140

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 12/2003

1. Metodo comparato e metodo europeo. L'esempio italiano

Per impostare una comparazione diacronica nel diritto del lavoro, in linea con quanto si prefigge questo volume della *Rivista*, ho ritenuto di dover prendere le mosse da un ambito circoscritto. Il primo obiettivo è verificare se e come, tenendo conto di una impostazione disciplinare specialistica e di un solido impianto costituzionale dei diritti sociali, il diritto europeo sia riuscito – lentamente, ma pervicacemente - ad affondare le sue radici nell'ordinamento italiano.

Il secondo obiettivo consiste nel valutare se, quando lo sguardo si dirige verso alcuni temi che, anche fuori dall'Italia, hanno inciso sul patrimonio culturale dei giuristi del lavoro e sui loro strumenti di analisi, la lingua adottata si fa sincronica, pur nelle inevitabili sfaccettature di una comunicazione aperta e mutevole fra ordinamenti diversi.

Una lettura delle principali vicende legislative e giurisprudenziali che hanno caratterizzato l'evoluzione della materia non può non seguire lo svolgersi nel tempo di avvenimenti che riguardano l'integrazione del mercato e, successivamente, l'avvio dell'Unione monetaria. Il terzo obiettivo ha a che fare, pertanto, con la precisazione di un ruolo del diritto del lavoro – in quanto disciplina ancora prevalentemente calata nelle competenze legislative nazionali - nel quadro delle politiche macroeconomiche europee.

La comparazione diacronica dimostra, a questo riguardo, che gli obiettivi prioritari del mercato e della moneta non hanno contaminato il diritto del lavoro fino al punto da condizionarne lo sviluppo, privandolo di una sua propria identità. L'emersione dei diritti sociali nell'ordinamento europeo segue un suo percorso lento, ma continuo, intrecciato con una complessa revisione istituzionale volta a creare un nuovo equilibrio fra competenze statali ed europee[389].

Un sincretismo linguistico più spinto – se è concesso usare questa terminologia per un ordinamento, come quello europeo, in cui proprio la diversità delle lingue nazionali meglio simbolizza la ricchezza delle molteplici culture - si fa notare soprattutto con l'avvio della Strategia europea per l'occupazione, dopo il vertice di Lussemburgo del 1997 e l'introduzione nel Trattato di Amsterdam del Titolo VIII. Il Metodo aperto di coordinamento, una nuova tecnica regolativa che dalle politiche occupazionali si sta estendendo ad aree contigue, quali l'inclusione sociale, le pensioni e forse anche la sicurezza sociale, si muove su direttrici interdisciplinari e basa le sue probabilità di riuscita su percorsi virtuosi di informazione e di apprendimento. Per i giuristi del lavoro, adusi alla sfida che proviene dal metodo interdisciplinare, gli spunti di riflessione circa la centralità della materia hanno a che fare non tanto con una inutile difesa dei suoi confini disciplinari, quanto con la ricerca di una sua interna coerenza.

1.1 Il passato del diritto del lavoro italiano

L'uscita dei giuristi del lavoro italiani da ambiti solo nazionali di riflessione si deve, soprattutto dagli anni sessanta in poi, alla diffusione di un raffinato ed originale metodo di comparazione,

---

[389] La *Convenzione sul futuro dell'Europa*, presieduta da V. Giscard d'Estaing, affiancato da G. Amato e J.L. Dehaene, è stata varata dal Consiglio Europeo di Laeken, del 14 e 15 dicembre 2001.

influenzato prevalentemente dagli scritti di Otto Kahn-Freund e dal suo diretto coinvolgimento nell'organizzazione di gruppi di ricerca[390].

Non si può dare conto in questa sede dell'inesauribile impulso che la ricerca militante voluta, promossa, coordinata ed ispirata da questo fertile studioso ha impresso a singoli ricercatori e ad istituzioni, incluse quelle comunitarie. Ciò che si può fare è tracciare un percorso di avvicinamento al diritto europeo tramite gli strumenti della comparazione giuridica. L'apparente scarsa attenzione rivolta ad un ordinamento sovranazionale atipico - come certamente doveva apparire la CEE e prima ancora la CECA agli occhi di giuristi impegnati nella elaborazione di nuove categorie interpretative del diritto interno – si deve leggere come esigenza di dare precedenza al consolidamento di uno 'stile italiano'[391] nel quadro variegato del diritto del lavoro europeo.

Fin dagli inizi degli anni cinquanta, la dottrina italiana si interroga circa l'autonomia della materia e rincorre una 'terza dimensione' per superare e risolvere un inutile quanto sterile dualismo fra una sua anima pubblica ed una contrapposta anima privata[392]. La divisione fra diritto pubblico e diritto privato, a lungo accettata e coltivata dai giuristi italiani, fu lucidamente individuata come dato caratteristico – ed in verità un po' anomalo - in una delle prime indagini comparate dedicata allo studio dell'ordinamento italiano. In quel contesto si indicò il diritto del lavoro come una delle discipline emergenti più adatte a mettere in crisi una tale dicotomia[393].

Nel 1951 nacque la CECA, con il Trattato di Parigi. Questa Comunità, fondata su presupposti pragmatici e su esigenze contingenti – ma non per questo meno valide[394] – di unificazione del mercato del carbone e dell'acciaio, diede luogo ad importanti esperimenti di riconversione produttiva e di formazione professionale per i lavoratori interessati dalle trasformazioni delle imprese carbo-siderurgiche. La CECA, se confrontata con la CEE, pose un più forte accento sulle politiche sociali e mostrò un 'dogmatismo' meno spinto nelle politiche di liberalizzazione del mercato[395]. Ciò era da attribuire, come è stato sostenuto in termini più generali, alla scelta dei governi nazionali di trovare un'alternativa al mancato trattato di pace dopo la fine della seconda guerra mondiale e di

---

390 Nella cerchia di giuslavoristi che facevano capo a Kahn-Freund vi era Gino Giugni, come egli stesso ricorda nella *Intervista* concessa a P. Ichino, *Riv. It Dir. Lav.*, 1992, p. 429. Si veda inoltre T.Treu, *Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro italiano*, in *Giorn. Dir Lav. Rel. Ind*. 1979, ed anche in R.Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano 1980; G.G.Balandi e S. Sciarra (a cura di), *Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su Otto Kahn-Freund*, Roma 1982.

391 L'espressione è mutuata da J. Merryman nel suo contributo in M. Cappelletti, J. Merryman, J. Perillo, *The Italian Legal System*, Stanford 1967.

392 Come ricordato da Cazzetta, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, in *Quaderni Fiorentini*, 1999, pp. 615-16, in cui si richiama il primo congresso internazionale di diritto del lavoro tenutosi nel 1951 a Trieste (*Atti del Primo Congresso Internazionale Di Diritto Del Lavoro*, Ed. Univ. di Trieste 1952). In quel primo Congresso - si veda ad esempio la relazione di Udina e le comunicazioni sul tema - spazio fu dedicato al diritto internazionale del lavoro ed alla sua formazione. In quell'occasione si praticò un terreno di analisi non troppo frequentato dalla dottrina italiana successiva. Si segnala la relazione di Ascarelli, *Formazione di un diritto comune del lavoro*, p. 40 ss., un vero e proprio 'manifesto' delle funzioni del diritto comparato.

393 J. Merryman, in Cappelletti et al., *The Italian Legal System*, cit., p. 211. In anni successivi il diritto del lavoro venne, invece, lasciato fuori dalle riflessioni promosse dall'Associazione Italiana di Diritto Comparato. Si veda *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano 1982.

394 Sull'importanza storica del Trattato CECA v., più di recente, le interessanti riflessioni di C. Pinelli, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, 2002, pp. 46-7.

395 Secondo l'opinione di A. e G. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, Parigi 1993 (VIII ed), p. 160.

bilanciare il raggiungimento di interessi esclusivamente nazionali con la perdita di una parte della sovranità nazionale[396].

Nella seconda metà degli anni cinquanta, quando videro la luce il Rapporto Spaak ed il Rapporto Ohlin[397], era fervido in Italia il dibattito circa l'impatto delle norme costituzionali sul diritto del lavoro. La dottrina si preparava con accortezza a rivisitarne i principali istituti, alla luce dei nuovi principi democratici introdotti dalla Carta costituzionale. Lo scenario fornito ai padri fondatori da questi autorevoli Rapporti rafforza l'idea, confermata dalla ricerca più recente e documentata, che la dimensione sociale non fosse estranea ai costruttori dell'Europa e neanche dimenticata, quanto piuttosto difficile da coordinare con la missione prioritaria del Trattato, protesa alla creazione di un mercato comune.

Tuttavia, se si sfogliano i principali manuali, la nascita della CEE, con il Trattato di Roma del 1957, sembra avvenire in un contesto lontano dalle preoccupazioni del diritto del lavoro italiano. In quegli anni di avvio della Comunità esisteva, con molta probabilità, una profonda scissione fra una élite di burocrati impegnati nel perseguire l'integrazione europea[398] e gli ambienti accademici, soprattutto quelli specialistici, ancora privi di una forte identità scientifica, quali erano gli ambienti giuslavoristici del tempo. Nel dibattito contemporaneo una tale cesura sembra in gran parte superata. Il ruolo del giurista del lavoro attento agli sviluppi del diritto europeo si è fatto in anni recenti assai pregnante e talvolta carico di implicazioni simboliche oltre che pratiche sul piano della elaborazione delle politiche legislative.

Con ciò non si vuol dire che la dottrina italiana fosse sorda ai richiami inviati da un ordinamento sovranazionale in formazione. Uno dei primi volumi, pubblicati nell'ambito dei seminari organizzati da Giuliano Mazzoni presso l'Istituto di diritto del lavoro dell'Università di Firenze, è dedicato alla politica sociale comunitaria degli esordi[399]. I contributi in esso raccolti, eterogenei nello stile e nel metodo adottato, rivelano, anche a distanza di tempo, l'esigenza avvertita dagli studiosi di affiancare all'analisi giuridica, talvolta molto dotta e sofisticata[400], un'informazione accurata circa le politiche sociali comunitarie, sia per i loro contenuti, sia per le modalità seguite dalle istituzioni nella loro elaborazione.

---

396 È questa la nota tesi di A. Milward, *L'Europa in formazione*, in *Storia d'Europa*, vol. I, *L'Europa oggi*, Torino 1993, in particolare p. 189 ss.

397 Un'analisi accurata di questi importanti documenti - entrambi prodotti nel 1956 - è fornita da S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale della integrazione europea*, Bologna 2003, p. 44 ss. Opportunamente si segnala l'importanza del Rapporto Ohlin nell'affermare l'utilità oltre che l'opportunità del mantenimento di sistemi sociali differenziati all'interno degli Stati Membri. In tema S. Deakin, *Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy*, in P. Davies, A. Lyon-Caen, S. Sciarra, S. Simitis, *European Community Labour Law. Principles and Perspectives*. *Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford 1996 p. 63 ss.

398 L'atteggiamento 'filo europeo degli alti funzionari del Ministero degli Affari Esteri' è segnalato, come elemento di forte continuità nel perseguire gli obiettivi comunitari, da T. Padoa Schioppa, *Europa, forza gentile*, Bologna 2001, p. 94, in un capitolo dedicato all'Italia ed alle sue diverse fasi di avvicinamento all'Europa.

399 *La politica sociale della Comunità Economica Europea*, Milano 1960.

400 Il volume sopra citato include un elegante contributo di O. Kahn-Freund, *Alcuni problemi relativi alla composizione delle controversie di lavoro sotto il profilo del diritto comparato*, p. 77 ss., tema quanto mai estraneo alle competenze del diritto comunitario e tuttavia, a detta dello stesso autore, utile a comprendere che la strada di un diritto sovranazionale è aperta dallo studio degli ordinamenti nazionali. Altri contributi sono affidati a funzionari delle istituzioni comunitarie.

L'armonizzazione dei sistemi nazionali apparve fin da allora agli osservatori lungimiranti un obiettivo posto al termine di un cammino impervio. Anche per questo sembrò importante non perdere di vista la funzione e l'evoluzione delle altre fonti internazionali, in particolare quelle dell'OIL, nello sforzo di adeguamento degli standard nazionali a quelli sovranazionali[401]. L'obiettivo era di tenere aperto nel nostro come in altri paesi europei, un sistema di circolazione degli standard di tutela[402], proficuo per formare una cultura giuridica meno ripiegata su se stessa e più aperta alla comprensione del ruolo delle istituzioni internazionali nelle trasformazioni del diritto. Si tratta - è bene sottolinearlo - di tentativi isolati all'interno del panorama italiano, sia dottrinale che giurisprudenziale[403].

È soprattutto nella fucina di giuristi europei voluta dall'Alta Autorità della CECA che spiccano, fra le altre, le acute intelligenze dei migliori giuristi del lavoro italiani. In una voluminosa raccolta di studi intitolata '*Collezione di diritto del lavoro*' si trovano i presupposti di conoscenza indispensabili alla costruzione di un moderno diritto del lavoro ed anche i germi di un metodo comparato indipendente, non condizionato dalle istituzioni committenti e, proprio per questo, proficuo per il legislatore sovranazionale. Nonostante il vuoto di poteri istituzionali della CECA nel campo delle politiche sociali[404], l'ansia di conoscenza degli ordinamenti nazionali del lavoro creò un clima aperto di confronto fruttuoso ed espose i giuristi nazionali alla comprensione di ordinamenti diversi.

Nel 1959, la creazione di una associazione fra editori specializzati in materie giuridiche ed attivi in più paesi consentì la pubblicazione contemporanea dei volumi della collana in quattro lingue. L'integrazione attraverso la ricerca giuridica, in quel fortunato esperimento, tributò rispetto alle lingue nazionali ed alle particolari implicazioni del linguaggio tecnico-giuridico. Quest'ultimo, come è noto, non è mai asettico, ma serve ad illustrare l'origine ed il significato di importanti istituti caratterizzanti l'ordinamento nel suo complesso e dunque conduce a capire le diversità, invece di assimilare dentro formule comuni funzioni diverse delle norme giuridiche.

Nell'arco di circa un decennio, dal 1958 in poi, Luigi Mengoni fornì il suo contributo a molte delle pubblicazioni promosse dalla CECA, incentrate sui più significativi istituti della materia[405]. A que-

---

401 Nello stesso volume *La politica sociale*, cit., si veda L. Gilardi Riva Sanseverino, *L'attuazione delle Convenzioni internazionali del lavoro nella CEE e, in particolare, nell'ordinamento italiano*, p. 61 ss., in cui si rammenta che in quegli stessi anni di avvio della CEE era in preparazione la Carta Sociale Europea del Consiglio di Europa, il cui presupposto era quello della osservanza da parte degli stati membri delle norme minime contenute nelle Convenzioni dell'OIL.

402 Ho usato questa terminologia nell'analisi di avvenimenti recenti che hanno costretto il diritto del lavoro a guardare simultaneamente in più direzioni per cogliere l'influenza sincretica di fonti internazionali fra sé diverse. Si rinvia a S. Sciarra, *From Strasboug to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy*, in P. Alston (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford 1999, p. 473 ss.

403 Come osservò M. Offeddu nelle conclusioni del suo libro, *Le convenzioni internazionali del lavoro e l'ordinamento giuridico italiano*, Padova 1973, p. 200.

404 L'art. 3 e) del Trattato CECA faceva riferimento ad una generica promozione delle condizioni di vita e di lavoro, mentre l'art. 46.5 affidava all'Alta Autorità il compito di promuovere l'informazione, consultando i governi nazionali per rendere possibile un tale miglioramento. Non è nostalgico, ma semplicemente informativo, il riferimento alla cessazione dell'attività della CECA ed al Protocollo annesso al Trattato di Nizza che si occupa degli aspetti finanziari e della destinazione del fondo per la ricerca.

405 Si veda di recente M. Napoli, *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e d'umanità, cultore di diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2002, p. 151 ss., che cita in bibliografia tutti i contributi di Mengoni nella Collezione di diritto del lavoro della CECA

sto autore, ben noto nel resto d'Europa anche al di fuori di questa disciplina, si deve una attenzione non rituale nei confronti dei temi comunitari, poi confermata nel tempo[406].

Sotto l'egida della CECA si colloca anche un volumetto prezioso per la costruzione di una spiccata identità del diritto del lavoro italiano. Nel 1964 Gino Giugni tracciò in modo sintetico ed efficace i contorni dell'originale sistema nazionale di contrattazione collettiva e scrisse il rapporto di sintesi, relativo ai sei paesi membri[407].

L'attenzione di questo autore per il diritto vivente, oltre che per il diritto positivo, nonché la sua familiarità con l'ordinamento nord-americano, lo resero omogeneo alla cerchia di comparatisti che si formò intorno a Kahn-Freund. Anche se il lavoro del *Comparative labour law group,* di cui Kahn-Freund fu solo ispiratore, senza mai farne parte[408], non fu orientato alla produzione di studi direttamente funzionali all'elaborazione di politiche comunitarie, esso creò un patrimonio comune di nozioni ed una metodologia sofisticata di analisi comparata a cui le generazioni successive di studiosi di vari paesi hanno potuto attingere.

Più lenta appare la sistemazione di una materia - come il diritto comunitario del lavoro - all'interno dei manuali. Si deve alla dottrina internazionalista la diffusione accurata degli elementi di diritto comunitario che hanno avvicinato gli specialisti di diritto del lavoro al linguaggio, oltre che alle tecniche regolative proprie di un ordinamento sovranazionale[409].

È da ricordare che viene dalla Francia uno dei primi e più riusciti contributi della dottrina nel proporre una lettura congiunta delle norme internazionali e delle norme propriamente europee di diritto del lavoro[410]. Non si vuole con questo richiamo attrarre l'attenzione su una citazione bibliografica, quanto piuttosto porre in evidenza la terminologia – diritto sociale e non diritto del

---

406 L. Mengoni, *Libera circolazione dei lavoratori*, in *La Comunità economica europea*, Corso di lezioni litogr., Milano 1975. Sullo stesso tema Mengoni aveva già pubblicato un saggio in *Dir. Lav.* 1970, p.165 ss.

407 G. Giugni, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nelle industrie siderurgica e mineraria*, Milano 1964. Giugni ha anche curato il rapporto finale, basato su rapporti nazionali dei sei paesi aderenti. Si v. CECA, Alta Autorità, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nelle industrie della Comunità 1953-1963,* Lussemburgo, giugno 1967.

408 Come riferisce B. Aaron, *The Comparative Labor Law Group: a Personal Appraisal*, in *Comparative Labor Law*, 1977, p. 229 ss. Il gruppo ha prodotto varie pubblicazioni citate da Aaron, a cui si deve anche un interessante resoconto del modo di impostare la comparazione.
Kahn-Freund collaborò anche alle pubblicazioni della CECA. Si veda, ad esempio, un suo efficace rapporto di sintesi in *I rapporti tra datori e lavoratori sul piano aziendale. Forme e funzioni*, Bruxelles 1967. Ciò conferma una sua eccezionale funzione di collegamento fra i vari piani in cui si svolgeva la ricerca lavoristica comparata ai suoi esordi.

409 G. Gaja, *La giurisprudenza della Corte Comunitaria sulla politica sociale*, *Pol. Dir*. 1977, che riproduce una comunicazione al Convegno *'Politiche comunitarie e giurisprudenza della Corte di giustizia'*, tenutosi a Siena nel settembre 1977; F. Pocar, *Diritto comunitario del lavoro*, vol. 13 dell'*Enciclopedia giuridica del lavoro,* diretta da G.Mazzoni, Padova 1983. Si noti che la stessa Enciclopedia ospitò un corposo volume di F. Di Cerbo e G. Zangari, *Il diritto del lavoro dei paesi dell'Europa continentale partecipanti alla CEE*, Padova 1984. In esso – in una fase ormai avanzata della vita della Comunità - con una curiosa trovata, non è incluso il Regno Unito, in quanto paese a *common law*, accorpato pertanto in altri volumi della stessa opera enciclopedica con Stati Uniti, Canada ed Australia. L'opera citata, oltre all'estrema opinabilità del metodo adottato, si pone in controtendenza rispetto al metodo in precedenza promosso dai volumi della CECA, volto ad approfondire gli studi di diritto nazionale dei paesi membri della Comunità, al fine di valutarne le assonanze o, più spesso, le dissonanze in funzione della comune adesione al Trattato istitutivo.

410 G. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, pubblicato da Dalloz (che nella prima edizione del 1969 si chiamava *Droit social européen*) ha avuto una grande diffusione. Dalla V edizione nel 1980 è firmato anche da A. Lyon-Caen. Il libro è giunto nel 1993 alla VIII edizione.

lavoro – adoprata nel titolo. Per lungo tempo si è posto il problema, non solo linguistico, di chiarire quanta parte del diritto sociale comunitario rientrasse nel diritto del lavoro e quanto l'espressione 'politiche sociali', ricorrente nel gergo comunitario, fosse compatibile con l'evoluzione di sistemi normativi di diritto del lavoro a livello nazionale. Si vedrà in seguito come questo problema si è gradualmente attenuato, sia per uno sforzo nazionale di apprezzamento delle norme sovranazionali che via via emergevano dall'indistinto delle politiche sociali, sia per i mutati indirizzi che queste ultime hanno assunto.

Solo ad occhi distratti il passato del diritto del lavoro italiano, quello che, proprio mentre le Comunità europee erano agli albori, si andava consolidando intorno a valori costituzionali fondamentali, può apparire rinchiuso in un provincialismo asfittico. Si tratta in realtà, nonostante talune ritrosie, di un diritto in espansione verso orizzonti sovranazionali. La dottrina più attenta ha saputo agevolare una tale evoluzione senza abbandonare la difesa delle caratteristiche peculiari dell'ordinamento ed anche mantenendo vivo il pluralismo del dibattito scientifico, arricchito dalla combinazione di una matrice cattolico-sociale con una componente laica e riformista.

La lezione di Tullio Ascarelli, affidata ai giuristi del lavoro nel lontano 1951, affinché si superasse il 'nazionalismo positivista' attraverso il diritto comparato, sembra aver dato buoni frutti[411].

1.2 Il presente

Su queste premesse si basa il presente del diritto del lavoro, aperto all'influenza del diritto europeo ed anche capace di influenzarlo. Per comprendere l'iniziale ritrosia della dottrina nell'affrontare temi connessi al diritto comunitario ed anche per giustificare certi suoi pregiudizi neppure apertamente confessati, occorre dire che il Trattato CEE sembrava perseguire obiettivi del tutto divergenti rispetto all'evoluzione di un diritto del lavoro da poco uscito dal bozzolo del diritto corporativo, pronto a volare alto sia sui cieli della giurisprudenza, sia su quelli della legislazione speciale.

L'Italia, come del resto la Francia che si era battuta fin dall'inizio per l'inserimento nel Trattato di alcuni standard di tutela[412], ha spesso assunto un atteggiamento orgoglioso nel preservare le sue prerogative di politica legislativa all'interno del territorio lavoristico[413].

---

411 T.Ascarelli, *Formazione,* cit., p. 43.

412 È noto l'impegno della Francia, fin dalla redazione del rapporto Spaak, per l'inserimento nel Trattato istitutivo degli articoli in materia di parità retributiva fra uomo e donna ed equivalenza nei periodi di ferie retribuite, affinché già nella prima fase del periodo transitorio si raggiungesse, attraverso l'armonizzazione di queste misure legislative, l'eliminazione di distorsioni nella concorrenza. La materia dell'orario di lavoro e del lavoro straordinario trovò collacazione in un Protocollo allegato al Trattato. Ne dà conto, dal punto di vista storico, F. Lynch, *France and the origins of the European Community*, in S. Dahl (a cura di), *National interests and the EEC-EC-EU*, Trondheim 1999, p.15 ss. I dettagli e l'analisi giuridica complessiva sono in O. Kahn–Freund, *Labor Law and Social Security*, in E. Stein (a cura di), *American Enterprise in the European Common Market. A Legal Profile*, Ann Arbor, The Univ. of Michigan Law School 1960, vol. I p.325 ss.

413 Basti pensare al lungo rifiuto dell'Italia di adottare la Direttiva n. 75/129 del 17 febbraio 1975 sui licenziamenti collettivi, in ragione della già esistente disciplina volontaria della materia contenuta in un accordo interconfederale del 1965. Il caso culminò con la condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia. Cfr. C 91/81, *Racc.*, 1982, p.2133, e C 131/84, *Racc.*, 1985, p. 3531. Sul tema si veda il contributo di un'internazionalista, A. Adinolfi, *Sull'attuazione in Italia della direttiva comunitaria concernente i licenziamenti collettivi*, in *Riv. Dir. Int*., 1983, p. 76 ss.

Bisogna riconoscere, a distanza di tempo, che anche nella materia che qui ci interessa, l'approccio funzionalista tanto più ha mostrato la sua validità quanto più la posta in gioco era alta. L'impegno della Francia, dettato da interessi esclusivamente nazionali, ha avuto un insperato effetto di costituzionalizzazione della norma sulla parità retributiva fra uomo e donna per uno stesso lavoro[414]. Un tale principio ha guadagnato negli anni un valore di gran lunga più solido rispetto all'obiettivo di tutelare la libera concorrenza nel mercato, eliminando misure potenzialmente distorsive.

L'Italia, forse a causa della minore solidità del suo sistema economico, non fu protagonista in tale vicenda e si riservò, in quella come in altre occasioni, uno 'spazio interstiziale' fra Francia e Germania[415]. L'orgoglio nazionale ha, in taluni casi, assunto le caratteristiche di un adempimento lento, se non addirittura svogliato, agli obblighi di attuazione del diritto europeo, con la conseguenza di relegare l'Italia fra i paesi meno efficienti nel trasporre le direttive nell'ordinamento interno.

Un tale atteggiamento è cambiato, anche se non sono mancati casi di forte dialettica fra legislatore nazionale e istituzioni comunitarie circa i tempi ed i modi per attuare la trasposizione nell'ordinamento interno di talune riforme, in ossequio al principio di un mercato sempre più efficiente, perché libero da monopoli[416].

Si può solo speculare circa una distanza culturale del diritto del lavoro italiano dalle matrici del diritto comunitario. A voler scegliere un esempio fra i tanti, si può osservare che, mentre in Italia si assisteva all'ascesa delle organizzazioni sindacali, pilastri portanti di un autonomo sistema di contrattazione collettiva e di autotutela sindacale, in Europa l'art. 118 del trattato istitutivo della CEE affidava alla Commissione il compito di 'promuovere una stretta collaborazione tra gli Stati Membri nel campo sociale' per una serie di materie, fra cui 'il diritto sindacale e le trattative collettive tra datori di lavoro e lavoratori'. Non è difficile comprendere che, a fronte di un impegno comunitario così vago, si scegliesse di indirizzare verso il diritto sindacale nazionale energie e sforzi propositivi.

Con il passare del tempo, quella che poté apparire nient'altro che una sfumatura nella semantica adottata dai padri fondatori, divenne il segno di un divario profondo, attenuato solo in parte dalle

---

Ugualmente emblematica la vicenda della Direttiva 93/104, in materia di orario di lavoro. Per la mancata trasposizione, la Commissione ha fatto ricorso alla Corte di Giustizia nel dicembre 2002, chiedendo pesanti sanzioni pecuniarie, anche a seguito della censura della Corte nei confronti dell'Italia. Cfr. *Commissione c. Italia*, C386/98, Racc. 2000, p. 1277

414 C. Barnard, *The Economic Objectives of Article 119*, in T.Hervey e D. O'Keeffe, *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester 1996, p. 321 ss.

415 Sarà questa la soluzione adottata anche in vista dell'Unione monetaria, secondo T. Padoa Schioppa, *Europa*, cit., p. 105.

416 Ho analizzato *Job Centre* come caso 'esemplare' nel rapporto fra Corte di giustizia europea e legislatore nazionale in relazione al lento e faticoso superamento del monopolio pubblico del collocamento. Rinvio a S. Sciarra, *Job Centre: An Illustrative Example of Strategic Litigation*, in Ead. (a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford 2001, p. 241 ss. Un altro esempio di ritardo istituzionale si è avuto nell'uso dei fondi strutturali, divenuto più efficiente in anni recenti, mentre sempre critico rimane il rapporto con le istituzioni comunitarie in materia di aiuti di stato. Su questi punti si rinvia a T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna 2001, p.86 ss. Si veda anche la recente sentenza (del 7 marzo 2002, in causa C-310/99, *Repubblica italiana c. Commissione CE*) con cui la Corte di giustizia ha confermato che taluni aspetti della disciplina degli sgravi contributivi concessi dal legislatore italiano nel caso di stipulazione di contratti di formazione e lavoro sono da considerarsi aiuti di Stato, come tali in contrasto con la normativa comunitaria.

riforme intervenute successivamente. Si constatò, infatti, che le carenti basi giuridiche nel Trattato, da un lato, ed i meccanismi decisionali del Consiglio, improntati frequentemente al principio dell'unanimità, dall'altro, avrebbero potuto condurre ad una mortificazione del diritto del lavoro nelle sue molteplici funzioni.

Il passato ed il presente del diritto del lavoro italiano di fronte all'Europa si differenziano proprio in questo. Ad un iniziale atteggiamento di attesa prudente, subentra gradualmente un atteggiamento critico ed informato. Le acute punte di scetticismo che hanno segnato talvolta l'avvicinamento al diritto europeo[417], sono state controbilanciate dalla scoperta di una autonoma ed indipendente capacità di sintonizzare i contributi nazionali sulle onde delle politiche sociali europee, senza rinunciare ai principi fondanti della materia.

Il linguaggio del diritto comparato, nelle sue espressioni più sofisticate, è stato utilizzato, come si è visto, per perfezionare gli strumenti di analisi del diritto interno e per accorciare le distanze dall'Europa. Per questo motivo, il linguaggio del diritto europeo potrebbe essere diacronicamente interpretato come una prosecuzione del precedente, quasi che, con il passare del tempo, il fine della comparazione sia divenuto il mettere a confronto l'ordinamento sovranazionale con gli ordinamenti nazionali degli Stati Membri, ricavandone una analisi a più piani, con implicazioni diverse a seconda della materia affrontata.

In realtà non è così ed anzi occorre mettere in guardia da una simile comparazione diacronica. Si dirà in seguito perché è importante, soprattutto nella fase attuale di integrazione europea, mantenere 'puro' il metodo della comparazione e liberarlo da implicazioni che ad esso non appartengono.

È rassicurante intanto constatare che sulla strada di un diritto del lavoro europeo metodologicamente indipendente si sta muovendo una nuova generazione di giuslavoristi, impegnata a valorizzare le peculiarità dell'ordinamento interno sia nella fase di proposta che dal livello nazionale si muove verso le istituzioni comunitarie, sia nella fase di risposta, ovvero di valutazione critica circa contenuti, tempi e modalità degli adempimenti comunitari[418].

L'ingresso nel presente del diritto del lavoro italiano – un presente condiviso con quello di altri paesi europei, più di quanto non lo fosse il passato - è segnato da alcuni tratti originali, che si tenterà di delineare brevemente, prima di affrontare – se si vuole in modo più sincronico – l'analisi dei temi che contraddistinguono l'evoluzione recente della materia.

---

[417] Una voce scettica circa l'evoluzione delle politiche sociali europee è stata quella di Federico Mancini, uno dei più illustri giuristi del lavoro italiani, divenuto Avvocato generale presso la Corte di giustizia nel 1982 e poi nominato giudice nel 1988 fino al 1999, anno della sua morte. I suoi più importanti contributi al diritto europeo sono raccolti in F. Mancini, *Democracy and Constitutionalism in the European Union*, Oxford 2000.

[418] Il merito principale di una tale equilibrata operazione culturale va riconosciuto a Massimo D'Antona (del quale v. principalmente gli scritti di diritto comunitario e comparato del lavoro ora raccolti nel primo volume delle *Opere*, Milano 2000, p. 279 ss.). Esempi significativi, su problematiche recenti, sono, fra gli altri, M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia 2000; B. Caruso, *Il contratto collettivo europeo*, in *Diritto privato comunitario*, vol. II, *Lavoro, impresa e società*, a cura di V. Rizzo, Napoli 1997 ed anche *Alla ricerca della 'flessibilità mite' Il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, *Dir Rel. Ind.* 2000; B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario, Riv. Giur. Lav.* 2000, p. 779 ss.

Innanzi tutto si deve osservare con soddisfazione che la dottrina giuslavorista si è appropriata di uno stile maturo e dimostra familiarità con le fonti europee. I titoli dei manuali segnalano coraggio nell'accogliere una terminologia che riflette la volontà di contribuire a creare i principi fondatori di un ordinamento comunitario del lavoro, ancorché incompleto ed impreciso[419]. Né va sottovalutata l'attenzione dedicata alla giurisprudenza della Corte di giustizia, proposta sia secondo un metodo casistico[420], sia accorpando filoni interpretativi e valutandone criticamente l'impatto su grandi settori della materia[421].

Su questo sfondo informato ed anche variegato, quanto alle opzioni metodologiche e di politica del diritto adottate, scorrono gli anni novanta, caratterizzati, come è stato efficacemente scritto, da un 'miscuglio tra l'obiettivo di non incrinare il consenso sociale e il desiderio di introdurre misure di deregolamentazione e di flessibilità'[422]. Il dibattito politico fu segnato da una contrapposizione ideologica talvolta assai dura, che puntava a destabilizzare la scelta europea, descrivendola come sbilanciata, a causa dell'assenza di politiche occupazionali nelle linee-guida sulle politiche macroeconomiche emanate dal Consiglio europeo[423]. L'instabilità dell'economia italiana non lasciava, nei fatti, ampi margini di trattativa nelle sedi europee e l'austerità fu apprezzata come una scelta necessaria dai protagonisti più consapevoli, incluse le organizzazioni sindacali[424].

Ai costi da pagare per l'ingresso in Europa, ma anche ai vantaggi di lungo periodo che da una tale scelta era verosimile aspettarsi, si può far risalire una errata biforcazione delle posizioni assunte dai giuslavoristi italiani. Comincia a svilupparsi in quegli anni un atteggiamento sotterraneo che si avvicina molto al senso di colpa. Non deve sorprendere questa metafora così poco vicina al linguaggio giuridico. Essa verrà riproposta nelle conclusioni di questo mio contributo per affermare che anche i giuristi possono soffrire per le proprie scelte represse e giungere ad esternare, specie nel ruolo di consiglieri del legislatore, comportamenti dettati da un incombente senso di inadeguatezza, più che da una interpretazione coerente del sistema di norme da riformare.

Il tracciato di avvicinamento all'Europa viene talvolta utilizzato per formulare una critica esasperata del sistema di diritto del lavoro, quasi a voler bruciare le tappe per conquistare rapidamente la meta, credendo in tal modo di poter emulare i paesi ritenuti più forti ed efficienti.

In questo atteggiamento che si può definire di rincorsa dell'Europa si cela, come dirò dopo, un equivoco di fondo ed una forzatura del ruolo innovatore del giurista del lavoro. Nel rincorrere la

---

[419] M. Roccella e T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova 1992 (III edizione 2002); A. Baylos Grau, B. Caruso, M. D'Antona, S. Sciarra, *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna 1996; G. Arrigo, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. I, Milano 1998 e vol. II 2001; R. Foglia, *Il lavoro*, in *Trattato di diritto privato,* diretto da M. Bessone, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, vol. XXVI, Tomo II, Torino 1999.

[420] M. Roccella, *Diritto comunitario del lavoro. Casi e materiali*, Torino 1999, II ed.

[421] M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino 1997; R. Foglia, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova 2002.

[422] M. Ferrera e E. Gualmini, *Salvati dall'Europa? Welfare e lavoro in Italia fra gli anni '70 e gli anni '90: le riforme fatte e quelle che restano da fare*, Bologna 1999, p.95. Si veda anche M. Giuliani e C.M. Radaelli, *Italian Political Science and the European Union, Journal of European Public Policy* 1999, p. 517 ss.

[423] Come ricorda un giuslavorista protagonista delle vicende politiche di quegli anni. Si veda T. Treu, *Politiche del lavoro*, cit., p. 84 ss.

[424] L. Bellardi, *Concertazione e contrattazione*, Bari 1999, p. 64 ss.; L. Bordogna, *Unione monetaria e relazioni industriali in Europa*, in *Stato e Mercato*, 1996, p. 467 ss.; M. D'Antona, *Il Protocollo sul costo del lavoro e l' "autunno freddo" dell'occupazione*, ora in *Opere*, vol. II, Milano 2000.

meta si rischia di piegare il metodo comparato a finalità contingenti, contaminando l'analisi giuridica con opzioni passeggere, talvolta lette in chiave esageratamente ideologica.

Ciò che invece non va perso di vista, anche nell'urgenza di adeguare l'ordinamento interno ad un contesto sovranazionale, è il ruolo delle tradizioni nazionali, vero e proprio contrappeso nel bilanciamento dei poteri e delle competenze legislative.

A ben guardare, gli anni novanta segnano l'avvio deciso di un processo dinamico di apprendimento – e non di mera dipendenza – dall'Europa, che si esplicita anche in un lento adeguamento delle strutture burocratiche dei Ministeri ed in generale dell'apparato burocratico coinvolto nell'attuazione delle politiche di risanamento. Non è casuale che anche le opzioni privilegiate nella comparazione con altri ordinamenti slittino dagli Stati Uniti, ritenuto in precedenza il modello da imitare per dinamismo del mercato e assenza di vincoli eccessivi, all'Olanda, paese considerato vincente sul piano della combinazione di flessibilità e tutela nelle riforme del mercato del lavoro[425].

Emblematica, a questo riguardo, è la vicenda legislativa del lavoro *part-time*. Il 'miracolo olandese' è stato invocato da più parti come l'esempio da seguire per incrementare l'occupazione attraverso il ricorso a forme di lavoro flessibile, estrapolando un po' surrettiziamente questo dato dal contesto generale del sistema di relazioni industriali, caratterizzate in quel paese da un alto tasso di concertazione e di consenso. Piuttosto che miracoloso, il caso olandese è stato descritto dagli studiosi più accreditati di quel fenomeno, come 'fortuito', ovvero non del tutto prevedibile nei suoi risvolti di crescita occupazionale, in quanto riconducibile allo spontaneo ritorno nel mercato di un alto numero di lavoratrici madri[426].

Il riferimento al caso olandese come caso da imitare è dunque da ricondurre nell'alveo di una corretta analisi comparata, utile a dimostrare gli effetti benefici di una flessibilità concordata, oltre che tutelata, nel rispetto delle tradizioni nazionali[427].

2. Il linguaggio sincronico del diritto del lavoro. Alla ricerca di una destinazione europea

Nel tentativo non facile di selezionare gli avvenimenti che più hanno caratterizzato l'emersione del diritto del lavoro quale componente autonoma ed originale delle politiche sociali europee, si rischia di trascurare i dettagli o di apparire poco attenti rispetto al significato di taluni passaggi intermedi. La consapevolezza di correre questo rischio si contrappone alla curiosità di verificare se esiste una dimensione linguisticamente sincretica della materia nella sua ormai acquisita va-

---

[425] Questo rilievo pienamente da condividere è di Ferrera e Gualmini, *Salvati*, cit., p. 131 ss., i quali osservano che gli 'architetti' del risanamento erano all'interno del Ministero del Tesoro e della Banca d'Italia ed i 'costruttori' si collocavano nel ceto politico più aperto ed attento, nonché fra i gruppi di interesse, con caratteristiche di forte interdipendenza.

[426] J.Visser e A.C. Hemerijck, *'A Dutch Miracle'. Job Growth, Welfare Reform and Corporatism in the Netherlands*, Amsterdam Univ. Press 1997. Il fenomeno non è limitato all'Olanda, ma riscontrato in molti paesi dell'OCSE nel corso degli anni ottanta.

[427] Questo tentativo viene proposto in S. Giubboni, S. Sciarra, *Introduzione* a *La regolamentazione del part-time in Europa*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 4 del 2000, ed ivi pure – nello stesso senso – l'analisi di A. Lo Faro sul caso italiano. Il progetto di ricerca in questione si basa sullo studio della legislazione in materia di part-time in sette paesi dell'UE.

lenza europea. Per convincere chi legge che è opportuna la scelta in favore della curiosità, piuttosto che della completezza, occorre segnare qualche punto di riferimento nelle diverse fasi di avanzamento dell'integrazione europea.

Non vi è dubbio che l'avvio del mercato unico, nella seconda metà degli anni ottanta, impresse un ritmo più incalzante agli adempimenti degli Stati Membri, grazie ad un sistema più competitivo, in grado di stimolare il miglioramento progressivo delle politiche pubbliche. Si spiega in questi termini un forte ridimensionamento dell'armonizzazione per fare spazio al mutuo riconoscimento, una tecnica regolativa che, meglio di altre, assolve al compito di formalizzare gli standard di tutela, con il rischio non marginale di abbassarne il livello e l'intensità[428].

Anche se si rivendica all'Italia un ruolo non secondario nell'aver messo in moto gli ingranaggi istituzionali che condussero alla stipulazione dell'Atto unico[429], è pur vero che le implicazioni di tali scelte su piani di intervento molto specifici non erano chiare se non ad una minoranza di addetti ai lavori. Gli studi della Commissione per aprire le frontiere nazionali e consentire la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, furono per certi aspetti anticipati dalle mosse strategiche delle grandi società multinazionali, anche italiane.[430] Le politiche sociali ancora una volta rimasero marginali rispetto all'obiettivo di fondo, ma rientrarono nel programma a lunga scadenza di Delors, già proteso verso le più significative riforme di Maastricht. La risposta a problemi non risolti all'interno di ciascuno stato veniva cercata nell'espansione del mercato europeo, lasciando aperti i dibattiti nazionali che ribadivano l'urgenza di rivedere le regole di fondo dei sistemi sociali[431].

Nelle varie fasi di avanzamento dell'integrazione europea il diritto del lavoro ha trovato ostacoli apparentemente insormontabili nel vincolo delle decisioni all'unanimità. Ha dovuto convivere, dopo l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo, con una prospettiva di sviluppo relegata alla materia della sicurezza e della salute, unico spiraglio aperto alle decisioni da prendersi a maggioranza qualificata. L'armonizzazione nel progresso fu posta come obiettivo da perseguire nell'emanazione di direttive in questa materia. Il linguaggio originario del Trattato istitutivo – il vecchio art. 117 – fu riproposto con impercettibili cambiamenti, nella convinzione, trascinatasi fino alla seconda metà degli anni ottanta, che dal buon funzionamento del mercato potessero scaturire sistemi sociali armonizzati.

---

428 Fra gli autori italiani si veda, per tutti, A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Milano 1999, p. 66, che parla del mutuo riconoscimento come 'alternativa' e non 'variante tecnica' dell'armonizzazione e mette in guardia dalle possibili 'derive deregolative' conseguenti ad una tale opzione. In generale si rinvia a F. Scharpf, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche dell'Unione europea*, trad. it., Bologna 1999, per un'ampia disamina dell'integrazione negativa e delle sue implicazioni nei processi di integrazione.

429 Come ricordato da T. Padoa Schioppa, *Europa*, cit., p. 106, nel Consiglio Europeo di Milano del 1985 l'allora presidente del Consiglio Craxi ed il ministro degli esteri Andreotti adottarono a sorpresa il voto a maggioranza qualificata per avviare la Conferenza intergovernativa che poi approdò nella revisione del Trattato con l'Atto unico europeo. Si veda anche la ricostruzione dettagliata di quegli avvenimenti fatta da B. Olivi, *L'Europa difficile*, Bologna 1993, p. 279.

430 Utile la ricostruzione delle posizioni dei maggiori gruppi industriali fatta da J. Palmer, *Trading Places*, Londra 1988, p. 30 ss.

431 Fu la rapidità impressa al progetto del mercato unico che sottrasse 'il dibattito economico alle polemiche fra destra e sinistra', sotto la guida di una sinistra francese molto propensa ad avviare il progetto della moneta unica. Così C. Maier, *I fondamenti politici del dopoguerra*, in *Storia d'Europa*, vol. I, Torino 1993, p. 364-366.

Vi fu poi la stagione dell'apertura del diritto comunitario alle fonti collettive, avviata dal Trattato di Maastricht e consolidata con quello di Amsterdam. L'ingresso delle parti sociali sulla scena delle politiche sociali comunitarie ha complicato - ma anche enormemente arricchito - il processo decisionale, vincolando la Commissione a stringenti oneri di consultazione. Gli accordi collettivi, soprattutto quelli a cui pervengono le parti sociali a livello europeo, in un processo autonomo di formazione della volontà collettiva, furono concepiti – anche se così non è accaduto nella pratica – quali fonti vincolanti, in alternativa alla legge. Si trattò di un significativo passo avanti, anche se le concrete implicazioni sul piano dell'ordinamento interno non furono immediatamente visibili in Italia come in altri Stati membri[432].

Queste importanti tappe dell'integrazione europea sono contrassegnate da una crescente presa di coscienza da parte dei giuristi del lavoro. Da un lato vi è l'urgenza di avvicinarsi alle fonti europee in modo consapevole e se necessario critico della 'europeizzazione' degli ordinamenti nazionali. Dall'altro si avverte, quasi come una forza contrapposta, l'esigenza di ritornare ai significati profondi del diritto nazionale e dunque di favorirne una 'rinazionalizzazione'[433]. Nel ritorno alle radici si nasconde, tuttavia, una ambivalenza di fondo: nell'affermare punti di vista interni, nell'illustrare le ragioni storiche che ne confermano la validità, nel battersi per soluzioni coerenti con l'impianto territoriale della materia, si è consapevoli che i vincoli esterni posti dall'Europa sono, nella gran parte dei casi, ineludibili.

Dalla 'rinazionalizzazione' si passa a quella che si può descrivere come 'ri-europeizzazione', ovvero ri-consegna all'Europa di un modello nazionale modificato a causa della pressione posta dalle istituzioni sovranazionali e tuttavia confezionato secondo canoni nazionali. La strategia di delegare all'Europa, soprattutto attraverso il canale dei rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia[434], la soluzione di problemi domestici altrimenti non risolvibili, si confonde, in tal modo, con l'opposta strategia di porre sui legislatori nazionali il peso gravoso di sentenze che da Lussemburgo si espandono e penetrano nei confini degli ordinamenti nazionali.

La formula più adatta per descrivere questo intenso scambio di punti di vista e di messaggi politicamente pregnanti è quella del dialogo, sia fra gli ordinamenti[435], sia fra le corti nazionali e la

---

[432] S. Sciarra, *Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources*, in P.Davies, A. Lyon-Caen, S. Sciarra, S. Simitis, *European Community Labour Law. Principles and Perspectives Liber Amicorum Lord Wedderburn*, cit., p. 189 ss. Gli accordi quadro stipulati dalle parti sociali a livello europeo sono stati fino ad ora tutti trasposti in direttive del Consiglio, anche se quest'ultimo non ne altera il contenuto e si limita ad allegarli alla direttiva.

[433] S. Simitis, *Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro?*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel Ind.* 1994, p. 639 ss.

[434] J. Weiler, *Journey to an Unknown Destination: a Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*, in *Journal of Common Market Studies* 1993, p. 422, parla di 'giuridificazione' delle controversie giudiziali e sottolinea lo scambio che i rinvii pregiudiziali avviano fra gli stati, in modo diverso dai normali rapporti diplomatici.

[435] Questa la scelta fatta dall'Associazione italiana di diritto del lavoro nelle giornate di studio di Pavia del 1992: *Il dialogo fra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale del lavoro*, Milano 1994, con relazioni di F. Santoni, S. Sciarra, R. Foglia e L. Forlati Picchio.

Corte di giustizia[436]. Altre formule sono quelle della 'collaborazione' ovvero della 'cooperazione'[437]. Entrambe segnalano l'opportunità, specie nel rapporto fra le corti, di usare il diritto europeo come strumento di integrazione, talvolta scavalcando il legislatore nazionale al fine di accelerare il processo di concreta attuazione della norma sovranazionale.

Nel campo del diritto del lavoro, l'attivismo delle corti ha fatto emergere interessanti risultati, tanto più se interpretati in chiave comparata ed orientati ad evidenziare il ruolo 'strategico' di altri soggetti, quali agenzie amministrative, enti di varia natura o studi professionali specializzati[438].

Prima ancora di venire metaforicamente adottata dalla dottrina per descrivere l'andamento dei rapporti fra Stati membri ed istituzioni europee a vari livelli, dialogo è espressione che figura anche fra le innovazioni introdotte dall'Atto Unico Europeo. Il 'dialogo tra le parti sociali'[439] aprì la strada a successivi esperimenti di negoziazione collettiva e, quel che più interessa sottolineare, evidenziò il ruolo di norme non vincolanti, ma meramente orientative, volte ad attrarre nell'orbita di un potere di indirizzo e di sollecitazione della Commissione soggetti ancora privi di una specifica identità istituzionale, quali erano per l'appunto le 'parti sociali'.

La terminologia prescelta in quegli anni dai riformatori del Trattato rispecchia una prassi favorita all'interno di ambienti elitari, lontana dai soggetti collettivi rappresentativi dei datori di lavoro e dei lavoratori a livello nazionale, una prassi del tutto estranea alla frequentazione del conflitto come sanzione collettiva di autotutela. L'esclusione del 'diritto di associazione' ed anche del 'diritto di sciopero e di serrata' dalle competenze comunitarie[440] serve a rimarcare, ancora oggi, la profonda diversità del contesto istituzionale in cui si calano i germi di un ancora indefinito diritto del lavoro collettivo sovranazionale. Non si può non evocare, a questo riguardo, l'accorata notazione di Lord Wedderburn, preoccupato da una tale 'contraddizione nel cuore della Comunità'[441], tutt'oggi irrisolta e solo in parte attenuata dalla menzione di entrambi i diritti prima richiamati nella Carta dei diritti fondamentali approvata a Nizza[442].

---

[436] A-M. Slaughter, A. Stone Sweet, J. Weiler, *The European Courts and National Courts*, Oxford 1997; S. Sciarra (a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford 2001. Parla dei giudici nazionali come se fossero giudici 'federali' M. D'Antona, *Sistema giuridico comunitario*, ora in *Opere*, vol. I, cit., p.377. Si vedano anche in tema gli interventi raccolti in *Lavoro e diritto* 1998, n. 3-4.

[437] Di 'collaborazione' parlano G. e A. Lyon-Caen, *Droit Social International et européen*, cit., p. 173, mentre il concetto di 'cooperazione' è dominante nel pensiero di P. Davies, *The European Court of Justice, National Courts and the Member States*, in P. Davies et al, *European Community*, cit., p. 98 ss.

[438] Specialmente in materia di parità uomo-donna, la ricerca comparata evidenzia comportamenti diversi delle corti nazionali e trae originali conclusioni circa il ruolo di altri soggetti strategicamente orientati nell' 'usare' il diritto europeo. Si veda C. Kilpatrick, *Gender Equality: a Fundamental Dialogue*, in S. Sciarra (a cura di), *Labour law*, cit., p. 31 ss.

[439] Art. 118 B, introdotto dall'art. 22 dell'AUE. Ancora di facilitazione del dialogo da parte della Commissione e di dialogo che può condurre alla contrattazione collettiva si parla nelle norme contenute nel 'Capitolo sociale' allegato al Trattato di Maastricht ed incluso, dopo Amsterdam, nel Trattato.

[440] Già presente nel 'Capitolo sociale' allegato al Trattato di Maastricht ed ora nell'art. 137 del Trattato di Nizza. Un'ampia ricognizione dei problemi interpretativi ancora aperti e in G. Orlandini, Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea. Uno studio di diritto comparato e comunitario, Torino 2003.

[441] Lord Wedderburn, *Employment Rights in Britain and Europe*, London 1991, p. 332.

[442] Pubblicata in *GUCE* C 364/1, del 18 dicembre 2000.

Quanto al diritto del rapporto individuale di lavoro, esso è sorretto a livello europeo da alcuni flebili, seppure significativi, principi. Questi includono, a voler fare alcuni esempi, una reticolare legislazione in tema di salute e sicurezza[443], l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore circa le condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro[444], la tutela dei lavoratori nelle crisi d'impresa[445].

Più variegato è il campo della normativa europea che vieta la discriminazione, specialmente a seguito dell'inserimento nel Trattato di Amsterdam dell'art. 13 e dell'emanazione di direttive a più ampio spettro, se confrontate con le prime direttive in materia di parità fra uomo e donna[446]. Si va delineando a questo proposito un'area di intervento legislativo così vasta da rendere necessario un coordinamento delle politiche legislative, anche per evitare che taluni soggetti ricevano più tutela di altri[447].

Vi è poi da menzionare la legislazione in materia di informazione e consultazione, dapprima limitata ai comitati aziendali europei[448], poi affiancata alla disciplina della società europea[449], infine formulata nel senso di istituire un quadro generale sulle regole minime per l'esercizio generalizzato di tali diritti[450].

Come si vede, siamo in presenza di un sistema frastagliato, difficilmente proiettabile nel futuro, quanto ad una sua potenziale espansione. Proprio per l'assenza di un suo respiro unitario, il sistema europeo di diritto del lavoro continua ad essere non comparabile con i sistemi nazionali. Questi ultimi hanno difeso ampie aree di sovranità anche a causa della difficoltà di riversare sul livello sovranazionale l'ansia di cambiamento della materia. Un esempio significativo è quello della libera circolazione dei lavoratori, una delle aree di elezione del diritto europeo fin dalle sue origini, stretta nei vincoli delle decisioni all'unanimità e pertanto ferma all'impostazione originaria[451].

Piuttosto che avallare un atteggiamento della dottrina giuslavorista ostinatamente critico - e talvolta distruttivo - nei confronti dell'ordinamento europeo e dei suoi limiti istituzionali, è utile evidenziare come la stessa dottrina si sia esercitata nell'intento di colmare le lacune dell'ordinamento europeo.

---

443 Di cui non si può in una sola nota dar conto, ma che prende origine dalla Direttiva quadro 89/391 CEE.

444 Direttiva 91/533/CEE, 14 ottobre 1991.

445 Direttiva 98/59 CE del 20 luglio 1998, che adegua la disciplina dei licenziamenti collettivi risalente agli anni settanta; Direttiva 77/187/CEE del 14 febbraio 1977 e Direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001, entrambe in materia di trasferimenti d'impresa; Direttiva 2002/74/CE, del 23 settembre 2002, che modifica la Direttiva 80/987/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro.

446 V. la Direttiva 2000/43/CE, del 29 giugno 2000, che vieta la discriminazione per razza ed origine etnica e la Direttiva quadro 2000/78/CE, del 27 novembre 2000, in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

447 Come sostenuto da M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford 2002, p. 210 ss.

448 Direttiva 94/45/CE, del 22 settembre 1994.

449 Regolamento n. 2157/2001, dell'8 ottobre 2001.

450 Direttiva 2002/14, dell'11 marzo 2002.

451 Importante appare la preannunciata riforma del Regolamento 1408/71 e la sua estensione a cittadini di stati terzi legalmente residenti. Cfr. A. Numhauser-Henning, *Freedom of Movement and Transfer of Social Security Rights*, Relazione presentata al VII Congresso Europeo dell'Associazione Internazionale di diritto del lavoro e sicurezza sociale, Stoccolma 2002.

Un primo esempio si rintraccia nell'intenso dibattito sui diritti sociali fondamentali che, specie negli anni intercorsi fra il Trattato di Maastricht e quello di Amsterdam, ha visto i giuristi del lavoro attivi e propositivi, per lo meno quanto lo sono state le istituzioni europee[452]. Da questa stagione assai vivace e proficua per il confronto scientifico emerge un dato centrale su cui riflettere. Sia pure nella diversità dei toni adottati e nelle sfumature circa le soluzioni tecniche da favorire, si rivela sulla scena sovranazionale l'anima riformista del diritto del lavoro, quella che, a ben vedere, è stata vincente negli anni di fondazione della materia e che proprio dal metodo giuridico comparato ha tratto una indiscutibile forza propulsiva.

Un altro esempio, anch'esso collocato sul finire degli anni novanta, ha a che fare con uno straordinario e ben riuscito esperimento di collaborazione fra esperti di diversa estrazione nazionale e disciplinare, volto a ridisegnare i confini della materia, intrecciando in modo nuovo diversi regimi di tutela e proponendo uno 'statuto professionale' del lavoro. Il rapporto Supiot[453] ha avuto il merito di risvegliare il dibattito europeo e di convogliare molti dibattiti nazionali verso una riflessione innovativa. L'Europa, in questo caso, ha rappresentato uno stimolo per gli ambienti accademici, chiamati a riflettere sui principi e sul metodo, piuttosto che su impellenti scadenze legislative.

Ciò che spinge il giurista del lavoro nazionale verso mete così ambiziose - quali la riforma dei Trattati o la rivisitazione di alcune importanti categorie giuridiche - è, molto probabilmente, l'ansia di difendere il proprio sistema di valori costituzionali. Ma altrettanto forte è la pulsione verso un sistema nuovo di diritti e principi, che segni la sua stessa rinascita come giurista del lavoro europeo. Si può interpretare in questo modo l'avvio di una nuova fase del diritto del lavoro di fronte all'Europa: un futuro da comprendere e da costruire avendo sempre più chiaro l'intreccio fra competenze legislative nazionali ed europee. Questo è uno dei nodi istituzionali intorno a cui si sta svolgendo il lavoro della Convenzione europea[454].

L'ambizione del giurista-riformatore dei Trattati si esplicita su un piano diverso da quello del giurista-consigliere del legislatore nazionale. Mentre si può immaginare che il primo proietti su una futura fonte di rango costituzionale una conoscenza comparata dei sistemi nazionali e giunga per questa via ad isolare le aree di diritti meritevoli di una tutela forte, si può temere che il secondo, assillato da un presente irto di compromessi, si allontani dalla visione di un organico ordinamento futuro e si convinca di non poter contribuire a crearlo. L'inadeguatezza, all'origine del senso di

---

[452] Oltre ad un primo *pamphlet* (Blanpain, Hepple, Sciarra, Weiss, *Fundamental Social Rights, Proposals for the European Union*, Leuven 1996), si deve ricordare il gruppo di giuristi del lavoro attivi intorno all'Istituto di ricerca del sindacato europeo (Bercusson, Deakin, Koistinen, Kravaritou, Muckenberger, Supiot, Veneziani, *A Manifesto for Social Europe*, Bruxelles ETUI 1996). Ma soprattutto si deve evidenziare il 'tocco' giuslavoristico impresso da S. Simitis, chiamato, in un momento maturo del dibattito, a presiedere un importante Comitato di esperti. Cfr. Commissione Europea, *Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea: è tempo di agire. Rapporto del gruppo di esperti sui diritti fondamentali*, Bruxelles, febbraio 1999.

[453] *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Parigi 1999. Presieduto da un giuslavorista, Alain Supiot, il gruppo ha redatto un rapporto per la Direzione degli affari sociali della Commissione, utilizzando l'Università Carlos III di Madrid come base logistica. La versione inglese è pubblicata da Oxford University Press (2001).

[454] Il V gruppo di lavoro della Convenzione si è occupato delle competenze 'complementari', che dovrebbero coprire aree rilevanti per salvaguardare l'identità degli Stati Membri e che vengono ridefinite 'misure di sostegno' (la traduzione, di '*supporting measures*', è mia). Cfr. CONV 375/1/02 REV 1.

colpa, nasce da questa sfasatura fra due piani di riforma – quello sovranazionale e quello nazionale – che dovrebbero, al contrario, correre paralleli.

3. Diritto del lavoro e 'sensi di colpa'. Alla ricerca di un equilibrio delle fonti

In uno dei tanti spunti psicanalitici che si incontrano nelle pagine di Lord Wedderburn si legge che l'opera di Kahn-Freund ha lasciato in molti suoi interpreti un sentimento ambivalente di odio e amore, simile a quello che i figli provano nei confronti del padre[455].

Senza dubbio questa lacerante sensazione si ritrova nella difficoltà di adeguare a tempi di crisi economica gli strumenti di analisi che avevano sorretto gli sforzi ricostruttivi della dottrina giuslavoristica in tempi di espansione. Il peso delle teorie di Kahn-Freund si era fatto sentire dapprima in termini di avanzamento del sistema di diritto del lavoro - per l'Italia basti pensare allo Statuto dei lavoratori come esempio fra i migliori in Europa di legislazione *auxiliary,* ovvero di sostegno non invadente - e successivamente in termini destabilizzanti – si pensi alla ridotta autonomia del sistema di contrattazione collettiva ed ai difficili rapporti legge-contratto collettivo negli anni successivi agli shock petroliferi -.

Questa osservazione si adegua a numerosi ordinamenti europei. Il dopo-Kahn-Freund assunse i toni di una vera e propria catarsi nel dibattito che per lungo tempo occupò la dottrina britannica[456]. La riflessione, non a caso, si orientò verso la ricerca delle origini della materia e ne propose una rivisitazione. Questa ebbe, talvolta, le caratteristiche di una scoperta rassicurante, quasi che vi fosse urgenza di contrapporre una solida tradizione di regole e di principi alla dilagante ansia di intervento deregolativo[457].

In realtà, come ha recentemente scritto Mark Freedland in una rilettura dei passaggi cruciali del pensiero di Kahn-Freund, il lento declino del *laissez-faire* collettivo era già annunciato all'interno del sistema britannico all'inizio degli anni settanta. La sua difesa, indirizzata a preservare una forte autonomia dei soggetti collettivi e del loro potere normativo, era nient'altro che 'una battaglia di retroguardia', a fronte della incalzante giuridificazione nella disciplina dei rapporti di lavoro. Similmente, l'aver qualificato il diritto come forza secondaria nella regolamentazione dei rapporti di lavoro, piuttosto che una professione di fede, era una 'confessione' accorata, una ammissione silenziosa della incapacità dei giuristi progressisti di proporre soluzioni durature contrapposte alle politiche legislative dei conservatori[458].

Si potrebbe suggerire che anche l'Europa abbia insinuato un simile sconcerto fra i giuristi del lavoro, contribuendo ad appannare un loro ruolo di promotori della giustizia sociale. Essa potrebbe aver mostrato i limiti della disciplina, spingendola in una zona grigia, in cui è sempre più difficile distinguere il tocco innovatore da quello conservatore, l'impianto garantista da quello liberista. Come se la sindrome del giurista ebreo esule in Inghilterra, mai sazio di democrazia e sempre alla ricerca di nuove conquiste intellettuali, talvolta deluso dai passi lenti che proprio la democrazia,

---

[455] Lord Wedderburn, *Common, law, labour law, global law*, traduzione italiana apparsa in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2002, p. 4.

[456] R. Lewis e J. Clark (a cura di), *Labour Law and Politics in the Weimar Republic. Otto Kahn-Freund*, Oxford 1981; Lord Wedderburn, R. Lewis, J. Clark, *Labour Law and Industrial Relations: Building on Kahn-Freund*, Oxford 1983.

[457] In Italia una grande influenza in questa ricerca si deve a Gaetano Vardaro. Si veda la sua introduzione, dal titolo *Il diritto del lavoro nel 'laboratorio Weimar'*, in G. Arrigo e G. Vardaro (a cura di), *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Roma 1982.

[458] M. Freedland, *Sir Otto Kahn-Freund, QC FBA, 1900-1979*, in corso di pubblicazione.

con l'alternanza dei governi, impone all'evoluzione del diritto del lavoro, si fosse riversata sulle molte generazioni di giuristi del lavoro nazionali posti di fronte all'Europa. Quasi che questi fossero stati progressivamente 'esiliati' in Europa, alla ricerca di nuove e vecchie radici.

In realtà non è così: l'Europa non è un esilio per il diritto nazionale, né per i giuristi che lo coltivano. Sarebbe, tuttavia, altrettanto fuorviante ritenere che essa sia una sorta di terra promessa, una meta da raggiungere tagliando i ponti con il passato.

Non è un caso che fra coloro che più hanno favorito la diffusione della comparazione come strumento di ampliamento degli orizzonti di conoscenza e dunque di apertura all'Europa, si collochino alcuni, come Lord Wedderburn, fra i più strenui sostenitori di un punto di vista critico circa l'impatto del diritto europeo sul diritto del lavoro[459]. In Francia l'invito a resistere intelligentemente alla 'infiltrazione' del diritto della concorrenza nel diritto del lavoro venne da una dottrina sensibile agli sviluppi del diritto europeo e, forse proprio per questo, attenta a cogliere le istanze nazionali di valorizzazione dei principi costituzionali[460].

I due autori appena citati, vicini ancorché divisi dal Canale della Manica, intrattennero un dialogo sulle pagine di una rivista italiana intorno ad un tema che, specialmente a distanza di tempo, appare emblematico. Nel commentare due sentenze della Corte di giustizia di condanna del Regno Unito per aver omesso di recepire correttamente nel diritto interno due direttive degli anni settanta - in materia di trasferimento di impresa e di licenziamenti collettivi[461] - i due giuslavoristi presentano argomenti critici nei confronti del legislatore britannico, quasi a voler stigmatizzare l'ostinato atteggiamento dei governi conservatori nei confronti dell'Europa sociale.

Il non corretto adempimento all'obbligo di trasposizione delle direttive si manifestò, tra l'altro, nel non avere previsto la costituzione di rappresentanti dei lavoratori da consultare ed informare. Imporre un rappresentante 'a cui dover dare conto delle proprie azioni' – sottolinea non senza ironia il commentatore francese – 'è un'idea totalmente estranea alla pura logica liberale'[462]. Ed inoltre, quando si discute di direttive funzionali al funzionamento del mercato unico, come è nel caso delle fonti in questione, si rischia di confondere il fine con i mezzi, ingenerando confusione circa la divisione delle competenze, poiché dovrebbe spettare al legislatore nazionale la scelta delle modalità tecniche di tutela dei lavoratori.[463] Come dire che non c'è da farsi troppa illusione circa i reali obiettivi delle direttive strutturali, né circa la loro incisività sui sistemi nazionali.

Il 'frammento' di cui parla Lord Wedderburn, raccolto da Lyon-Caen con una ironia tutta francese, è, soprattutto nell'ottica britannica, il simbolo di una contraddizione del diritto del lavoro europeo ancora molto viva. Wedderburn non abbandona l'idea che, per correggere lo squilibrio fra le parti

---

459 Una selezione di saggi tradotti in italiano è in Lord Wedderburn, *I diritti del lavoro*, Milano 1998. Nella Prefazione a questo libro l'autore ricorda i 'seminari di Pontignano', un'occasione di apprendimento e di pratica del diritto comparato per giovani giuslavoristi, finanziata, tra l'altro, dall'Associazione italiana di diritto del lavoro.

460 G. Lyon-Caen, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit ouvrier*, 1992, p. 313 ss. Il tema è ripreso da S. Giubboni, *Diritti sociali*, cit., cap. III, con numerosi riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha sollecitato una lettura critica - ma non animata da pregiudizi - del diritto del lavoro in relazione al diritto europeo della concorrenza.

461 C-382/92 e C-383/92, dell'8 giugno 1994, commentate da G. Lyon-Caen, *Il Regno Unito: allievo indisciplinato o ribelle indomabile*, e da Lord Wedderburn, *Il diritto del lavoro inglese davanti alla Corte di giustizia. Un frammento*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.* 1994, p. 663 ss.

462 Così G. Lyon-Caen, *Il Regno Unito*, cit., p. 689.

463 Ivi, pp. 680-81.

del contratto di lavoro, occorra, in primo luogo, dar voce ai lavoratori attraverso loro rappresentanti. Egli è consapevole del profondo radicamento di queste istituzioni nei sistemi nazionali e dell'impossibilità di trasporle attraverso direttive. Una tale consapevolezza va al cuore di uno squilibrio fra diritti sociali e mercato che solo una rivisitazione del sistema delle fonti può sanare.

Quel dialogo fra due studiosi attenti a mantenere un equilibrio fra fonti nazionali e sovranazionali avrebbe forse fatto fremere Kahn-Freund, per la ritrovata *vis* polemica di un giuslavorismo progressista e nel contempo attento nel calibrare gli effetti del cambiamento. Quel dialogo trasmette ai lettori contemporanei la convinzione che gli effetti propulsivi del diritto europeo nei confronti del diritto nazionale non possano non tenere conto delle circostanze in cui ciascun ordinamento si trova ad operare e del peso – o dell'assenza - delle istituzioni che in quell'ordinamento operano.

A ben vedere, le misure di cui si parla hanno a che fare con l'esercizio di una libera iniziativa economica da parte delle imprese. I limiti sopportabili, provenienti sia dal diritto europeo sia dal diritto interno, sono di natura squisitamente procedurale e mirano ad un ridimensionamento – non necessariamente ad una rimozione – degli effetti, anche traumatici, subiti dai lavoratori. La distorsione della libera concorrenza nel mercato può essere corretta solo per via legislativa ed è per questo che quella tecnica regolativa non è stata abbandonata. Gli interventi di ammodernamento su entrambe le materie regolate dalle precedenti direttive degli anni settanta[464] stanno a dimostrare che non è stata dismessa l'impostazione tradizionale del legislatore comunitario, volta al riavvicinamento delle legislazioni nazionali nelle materie che più da vicino interessano il funzionamento del mercato interno.

Negli anni novanta, quando la mancata crescita economica si svela nei suoi allarmanti aspetti di crisi occupazionale e di crescente esclusione sociale, si tocca con mano l'inadeguatezza delle precedenti tecniche regolative.

Si assiste così ad una doppia crisi del diritto del lavoro: quella interna ai sistemi nazionali, incapaci sia di arrestare l'incremento della disoccupazione sia di creare nuovo lavoro, quella esterna e tuttavia parallela che è alimentata dalla debolezza delle fonti comunitarie e dalla mancanza di una intima coerenza nell'impianto dei diritti fondamentali.

Sulla scorta di così tante incertezze, quasi inconsciamente, a voler usare un'altra metafora psicanalitica, i gius-lavoristi si sono aperti alla comprensione di una nuova fase del diritto europeo. Lo hanno fatto con circospezione, talvolta con sospetto, talaltra con entusiasmo da neofiti. I più disincantati non hanno coltivato troppe illusioni, forse perché consapevoli delle difficoltà intrinseche in una comparazione diacronica e convinti che il rinnovamento dei sistemi nazionali, neanche nelle nuove circostanze politiche ed istituzionali venutesi a creare, sarebbe stato effetto diretto dell'Europa, quanto piuttosto frutto di mediazioni ancora più complesse a causa dell'Europa.

Nel governare questa nuova complessità e nel comprendere i nessi fra sistemi giuridici operanti contemporaneamente su più livelli, le raffinate categorie interpretative adottate nella cerchia dei

---

[464] Direttiva 98/59 CE, del 20 luglio 1998; Direttiva 2001/23 CE, del 12 marzo 2001, che modifica, soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, la precedente direttiva. Entrambe le direttive, come le precedenti, hanno come base giuridica l'art. 100 TCE, divenuto poi l'art. 94. Sulla stessa base giuridica si fonda la disciplina di tutela dei lavoratori in caso di insolvenza dei datori di lavoro: v., ora, la già ricordata Direttiva 2002/74/CE.

giuristi più aperti ad esperienze comparate non sono meccanicamente riproponibili. La teoria del *laissez faire*, se intesa come benefico arretramento dello stato a fronte di un autonomo potere normativo dei soggetti collettivi, si presenta ulteriormente indebolita di fronte al sistema europeo. Si è constatato che all'emergente diritto del lavoro comunitario era problematico adeguare – se non con il ricorso ad una 'finzione'[465]– l'analisi e la pratica del diritto del lavoro nazionale, specialmente nei suoi risvolti collettivi.

Anche il pluralismo delle fonti, una ingombrante eredità tramandata dal diritto del lavoro nazionale, ha subìto nel contesto europeo un drastico ridimensionamento. Il diritto del lavoro comunitario ha progressivamente imparato ad apprezzare la *soft law*, un diritto non vincolante, espresso attraverso indicazioni, piuttosto che comandi. I deboli principi contenuti nella *hard law* sono stati via via affiancati da una rete pervasiva di segnali inviati dalle istituzioni comunitarie agli Stati Membri e gestiti frequentemente da apparati ministeriali, dapprima in modo occasionale, in seguito con una crescente specializzazione[466].

Il diritto del lavoro nazionale ha cominciato così a stemperarsi nel contesto europeo, ad assumere connotati più sfumati: non necessariamente uno strumento di emancipazione sociale, né un coerente sistema di garanzie per il contraente debole, ma un ingrediente di altre strategie, in particolare delle politiche occupazionali e di inclusione sociale.

Nel confronto fra discipline diverse, all'immagine del dialogo, prima suggerita, si sostituisce quella del coordinamento, una tecnica regolativa sempre più diffusa, anche perché funzionale al clima politico-culturale avviato dalla Commissione con il Libro bianco sulla *governance*[467]. Quest'ultimo documento ha inteso anticipare il dibattito sulle riforme istituzionali diffondendo ad ampie mani una cultura della consultazione e del dialogo, estesa anche alla società civile, espressione in cui rientrano a pieno titolo sia il Comitato economico e sociale, sia le parti sociali nelle loro articolazioni nazionali e comunitarie. La rete di rapporti che questo documento apre è capillare, anche se resta ancora tutta da dimostrare la legittimazione dei soggetti consultati ad entrare a pieno titolo in un processo decisionale[468].

Le corde del diritto del lavoro sono sensibili al tema della rappresentatività dei soggetti collettivi. Tuttavia, l'incontro con organizzazioni portatrici di interessi diffusi o con gruppi monotematici, che perseguono obiettivi ben circoscritti, non è facile e richiede, soprattutto da parte delle associazioni dei lavoratori, una forte opera di revisione della propria identità.

---

[465] A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni*, cit., fa riferimento prevalentemente alla contrattazione collettiva comunitaria, priva di un fondamento costituzionale e ridotta a mera tecnica regolativa. Similmente cauta nel proporre assonanze fra sistemi nazionali di contrattazione collettiva e l'emergente sistema del dialogo sociale è F. Guarriello, *Il ruolo delle parti sociali nella produzione e nell'attuazione del diritto comunitario*, in *Europa e Diritto Privato*, 1999, n. 1, p. 243 ss.

[466] Il caso italiano è studiato da M. Ferrera e E. Gualmini, *Salvati*, cit.; gli stessi autori hanno redatto per l'ISFOL un rapporto dal titolo *La strategia europea sull'occupazione e la governance domestica del mercato del lavoro: verso nuovi assetti organizzativi e decisionali,* in C. Dell'Aringa (a cura di), *Impact Evaluation of the EES*, maggio 2002, in cui la progressiva specializzazione delle competenze interne all'amministrazione italiana è studiata ed interpretata come effetto delle linee guida europee.

[467] COM (2001) 428 final, Bruxelles 25.7.2001, *European Governance. A White Paper*, che peraltro è singolarmente elusivo sulla crescente importanza del metodo del coordinamento aperto.

[468] Al riguardo, si veda un primo tentativo di indicare criteri di rappresentatività in COM (2002) 277 *final, Communication from the Commission. Towards a reinforced culture of consultation and dialogue. Proposals for general principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission*, Bruxelles, 5.6.2002.

Per comprendere fino in fondo la durezza della sfida lanciata al diritto del lavoro nazionale ed ai suoi solidi principi ordinamentali, si deve guardare alle trasformazioni che nel giro di pochi anni hanno subito le politiche europee dell'occupazione. Con l'avvio, avvenuto nel Consiglio Europeo di Lisbona[469], del metodo aperto di coordinamento, si è osservata un'interessante proliferazione di tecniche comparative, tali da consentire una equilibrata valutazione delle riforme messe in atto da ciascuno stato.

Mentre il diritto del lavoro comparato segue percorsi sofisticati di raffronto fra le istituzioni che operano nel mercato, nel coordinamento delle politiche occupazionali il raffronto è fra dati non sempre comparabili. Se si pongono obiettivi da raggiungere in termini di crescita dell'occupazione, non si può non tenere conto della disaggregazione di dati importanti che hanno a che fare sia con la definizione di lavoratore occupato, sia con la segnalazione di fasce particolari di lavoratori a lungo esclusi dal mercato del lavoro, o particolarmente svantaggiati nella fase dell'ingresso nel mercato medesimo.

Nella elaborazione di indicatori, utili a favorire il coordinamento delle politiche nazionali, le istituzioni europee e gli esperti inviati dai governi nazionali hanno profuso una nuova scienza della comparazione che, per certi versi, sembra precedere qualunque analisi giuridica tradizionale[470]. Il rischio è che si confonda con il metodo giuridico comparato questa nuova pratica, utile alla valutazione delle *performance* nazionali e particolarmente indicata per coinvolgere le amministrazioni nella gestione nazionale delle politiche comunitarie. Come ho già detto nel corso di queste mie osservazioni, ai giuristi del lavoro spetta liberare la comparazione fra sistemi di norme dal limbo di una comparazione fra dati statistici.

Gli indicatori economici e sociali descrivono realtà in movimento; servono a cogliere la distribuzione dell'esclusione sociale ed a segnalare le aree di maggiore sofferenza nel mercato del lavoro; mostrano i collegamenti fra politiche occupazionali, innovazione e ricerca. Ai giuristi viene offerto un universo da valutare all'interno di politiche economiche e strutturali sempre più coese, in cui le politiche occupazionali devono incunearsi come uno degli elementi delle strategie da adottare.

Il metodo aperto di coordinamento significa anche questo: spiegare alle istituzioni comunitarie le scelte dei legislatori nazionali, svelare il funzionamento delle macchine burocratiche, illustrare da quali presupposti si prendono le mosse e dimostrare come, nel tentativo di coordinarsi, le posizioni di partenza possono essere modificate. Le istituzioni comunitarie, a loro volta, valutano, esaminano, svolgono un monitoraggio delle misure adottate a livello nazionale, sollecitano, se necessario criticano ed invitano a correggere il tiro, attraverso raccomandazioni.

---

[469] Consiglio Europeo di Lisbona, 23-24 Marzo 2000.

[470] Una prima analisi del ruolo degli esperti nazionali nella elaborazione degli indicatori è svolta da C. de la Porte, *Is the Open Method of Coordination Appropriate for Organising Activities at European Level in Sensitive Policy Areas?*, in *European Law Journal*, 2002, p. 41. Più ampia la ricerca di T.Atkinson, B. Cantillon, E. Marlier e B. Nolan, *Social Indicators: the EU and Social Inclusion*, Oxford 2002, nata dalla collaborazione di un gruppo di accademici e di *policy-makers*, voluta dalla Presidenza belga nel 2001.

In questo regime di *soft law* si adotta una tecnica regolativa assai poco regolativa. I dati certi che si ricavano dalle norme del Trattato sono relativi alle cadenze entro cui le procedure della strategia coordinata a favore dell'occupazione si devono sviluppare[471]; tutto quanto promosso dal Consiglio in termini di scambi di informazioni e migliori prassi, analisi comparative e progetti pilota, è materia espressamente sottratta alla tecnica regolativa dell'armonizzazione[472].

Intorno alla sperimentazione delle politiche europee dell'occupazione sembra essersi aperta una nuova stagione di entusiasmo, anche fra i giuristi del lavoro. Non sembra trattarsi di una deriva verso un non-diritto; sembra piuttosto che si sia alla ricerca di un nuovo asse intorno a cui far ruotare la coerenza normativa dei sistemi nazionali, forse correndo il rischio che si riduca sempre più il terreno tradizionale di intervento del diritto del lavoro.

Perché non si perda il patrimonio di valori intorno a cui questa materia si è diacronicamente sviluppata e tuttavia si apprezzi la sincronia di sistemi giuridici impegnati nello sforzo di un comune coordinamento sovranazionale, occorre riflettere ancora sui presupposti costituzionali, sulla loro funzione di calibratura, sulla loro lungimiranza.

Come si è già detto, il diritto del lavoro non dovrebbe rincorrere il diritto europeo, in una sorta di affannosa e sovente ritardata individuazione degli obiettivi da perseguire, ma porsi nelle condizioni di seguirne l'evoluzione e di assecondare criticamente l'europeizzazione del diritto interno. Altrettanto affannose e dispersive si rivelano le rincorse verso altri 'modelli' nazionali ritenuti vincenti, quasi a voler promuovere il metodo comparato dentro uno schema di dipendenza culturale nei confronti di politiche legislative rivelatesi efficaci. La comparazione deve piuttosto risalire alle istituzioni che operano nei mercati del lavoro, prime fra tutte le parti sociali, portatrici di una cultura nazionale sia nella contrattazione collettiva, sia nel conflitto, sia nel rapporto con le istituzioni.

L'erba del vicino europeo non è sempre più verde per chi interpreta l'integrazione attraverso il diritto del lavoro come un processo aperto, se necessario lento, proprio perché attento a diversificare piuttosto che ad armonizzare.

Si può concludere questa breve lettura diacronica della lingua adottata dal diritto del lavoro europeo con la speranza che essa divenga nello scorrere degli anni sempre più una lingua madre dei legislatori sovranazionali e dei riformatori dei Trattati, naturale nel segno scritto e parlato, familiare nel suono. Ad essa potranno abbandonarsi piacevolmente, senza sensi di colpa, i giuristi del lavoro nazionali.

---

[471] È annuale la relazione comune del Consiglio e della Commissione, così come lo sono le conclusioni del Consiglio (art. 128 TCE); ogni anno ciascuno Stato Membro trasmette alla Commissione ed al Consiglio una relazione sulle politiche occupazionali adottate.
[472] V. l'art. 129 TCE.

L'incerta europeizzazione. Diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione in Italia*

Stefano Giubboni

1. Introduzione 147

2. Esclusione sociale: una questione europea 149

3. La lotta alla povertà e all'esclusione sociale in Italia: i *deficit* storici del sistema previdenziale e assistenziale nazionale 156

4. Verso una politica "esplicita" contro la povertà e l'esclusione sociale: dalle proposte della Commissione Onofri alla legge quadro n. 328 del 2000. 160

5. Stato, regioni e autonomie locali nella lotta all'esclusione sociale. 165

6. Lotta all'esclusione e sistema integrato degli interventi e dei servizi sociali dopo la legge quadro n. 328 del 2000. 167

7. Ascesa e declino del reddito minimo di inserimento: l'europeizzazione delle politiche di inclusione sociale secondo il "*Libro bianco sul Welfare*" del Governo Berlusconi. 170

8. Inclusione sociale, "attivazione" e "redistribuzione": l'ambivalente economia politica del metodo europeo di coordinamento aperto 174

9. Conclusioni. 176

10. Riferimenti bibliografici 179

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 13/2003

1. Introduzione

Da quando la povertà "è diventata una questione economica" – come ha scritto Foucault in una delle più fascinose pagine della sua Storia della follia[473] – le società liberali non hanno mai smesso di interrogarsi sui modi, le forme e gli strumenti più appropriati per sradicarla, assicurandone, al contempo, il "governo"[474].

Le politiche – comunitarie e nazionali – contro quella che oggi, e da circa un ventennio, chiamiamo "esclusione sociale", costituiscono le tappe più recenti di un processo che affonda le sue radici storiche nella nascita stessa della società liberale e, più tardi, delle moderne forme di intervento assistenziale dello stato nazionale.

Lo stesso Foucault individua il momento d'abbrivio della nuova concezione della politica contro la povertà, in Francia come in Inghilterra, nella seconda metà del XVIII secolo, a partire dalla scomparsa progressiva delle terre comunali e dal drastico mutamento delle strutture agricole che ne consegue[475]. Nella seconda metà del Settecento, trasformazioni strutturali delle campagne, crisi economiche ed espansione della pauperizzazione "cominciano ad erodere l'efficacia dell'assistenza tradizionale basata sulla carità e la reclusione dei poveri"[476], "la pietà e la forca", per riprendere un'altra famosa immagine[477]. Tali trasformazioni esigono risposte e strumenti propri, una nuova politica che punti alla integrazione economica dei poveri nel nascente libero mercato del lavoro, attraverso "una riabilitazione del povero legata alla scoperta del valore economico della popolazione"[478].

Il nesso tra nascita della moderna economia industriale, creazione di un mercato del lavoro basato sul libero incontro di offerta e domanda e trasformazioni del governo della povertà, era già stato colto da Karl Polanyi, che in pagine altrettanto celebri aveva individuato nell'abolizione del sistema di Speenhamland un punto di svolta della "grande trasformazione"[479] e, insieme, "la vera data di nascita della classe operaia moderna"[480]. La riforma della Poor Law del 1834 – con la definitiva abolizione del "diritto di vivere"[481] attribuito ai poveri da Speenhamland[482] – avrebbe segnato in profondità l'intera storia dell'assistenza sociale in Inghilterra, imprimendole tratti che

---

473 Foucault 1998 (ed. originaria 1972), 343.

474 Procacci 1998.

475 Foucault 1998, 339.

476 Procacci 1998, 15.

477 Geremek 1986.

478 Procacci 1998, 15.

479 Polanyi 1974 (ed. originaria 1944), 110 ss.

480 Ivi, 128.

481 Ivi, 104.

482 L'insieme delle misure prese dai magistrati del Berkshire riuniti il 6 maggio 1795 per liberalizzare la legge elisabettiana sui poveri – che è passato appunto alla storia come sistema di *Speenhamland* – prevedeva una sostanziale estensione dell'assistenza, svincolandola dal lavoro nelle *workhouses* e conferendo uno statuto legale alla povertà. Di fatto, il sistema introduceva una sorta di salario minimo calcolato sul prezzo del pane, contraddicendo, così, frontalmente, con l'istituzionalizzazione di una situazione di dipendenza dei poveri dall'assistenza, il movimento verso la completa liberalizzazione del mercato del lavoro ormai irresistibilmente in atto in Inghilterra. Per un'efficace e sintetica ricostruzione delle critiche degli economisti classici – da Smith a Ricardo – alle *poor laws* e in specie della strenua opposizione a *Speenhamland* come perniciosa fonte di "demoralizzazione" delle popolazioni povere, v. Procacci 1998, 95 ss.

continuano a riaffiorare ancora oggi in talune linee del disegno del welfare state britannico[483].

L'incipiente europeizzazione delle politiche contro l'esclusione sociale viene perciò a incidere su uno degli spazi simbolicamente più densi e importanti delle costellazioni nazionali del welfare state, nel quale si sono in certo senso forgiate le strutture originarie dei sistemi di protezione sociale degli stati membri dell'Unione europea (UE). Le sue difficoltà, e le sue ambiguità, traggono origine, probabilmente, proprio da questo denso dato storico, nel quale le forme di governo della povertà, via via succedutesi, riflettono immediatamente un'idea generale della società e – come altri cruciali elementi della complessa morfologia dell'État-providence – sono profondamente "incastrate dentro lo Stato-nazione"[484].

È alla luce di tale preliminare dato analitico, che questo contributo si propone di ricostruire l'insieme delle misure, volte a contrastare l'esclusione sociale, apprestate o semplicemente progettate in Italia, a partire dagli anni Novanta, sotto l'influsso più o meno diretto ed esplicito dell'azione e degli orientamenti maturati in seno alla Comunità europea (CE), nell'ambito, in particolare, dell'ordinamento (e delle politiche) di sicurezza sociale[485].

Esso darà sinteticamente conto dell'emersione e dell'evoluzione del discorso sull'esclusione sociale in ambito comunitario, dagli esordi, nella metà degli anni Ottanta, sino alla più recente e rilevante fase della estensione del metodo del coordinamento aperto alla sfera delle politiche di inclusione (par. 2). Verranno quindi delineati i tratti fondamentali del sistema assistenziale e previdenziale italiano e le ragioni storiche della assenza, nel suo ambito, fino a tempi assai recenti, di un'organica ed esplicita politica contro la povertà economica e l'esclusione sociale (par. 3).

La europeizzazione delle "politiche antipovertà"[486], e segnatamente delle risposte apprestate dall'ordinamento assistenziale nell'ambito della lotta contro l'esclusione sociale, verrà, perciò, innanzitutto positivamente apprezzata in termini di progressiva emersione di una politica esplicita, elaborata e progettata (ma solo in parte attuata), in Italia, essenzialmente a partire dalla metà degli anni Novanta, anche grazie all'impulso comunitario (par. 4). Tappe centrali di tale processo, largamente incompiuto, sono, da un lato e soprattutto, la approvazione – a superamento d'una storica lacuna – della legge quadro sull'assistenza sociale del 2000 e, dall'altro, la creazione di una prima embrionale struttura di prestazioni universalistiche esplicitamente dirette a contrastare la povertà e l'esclusione sociale, in primis attraverso l'introduzione (sperimentale) del reddito minimo di inserimento (par. 5-6).

L'analisi critica del Libro bianco sul Welfare, recentemente elaborato e pubblicato dal governo di centro-destra, offrirà tuttavia lo spunto per una valutazione dei forti limiti e delle intrinseche ambiguità del processo "aperto" di europeizzazione delle politiche nazionali contro la povertà e

---

[483] Per qualche spunto in tal senso, alla luce della ristrutturazione conservatrice degli anni Ottanta, v. Giubboni 1994, 109 ss.

[484] Rosanvallon 1996, 7.

[485] Convengo con Sandulli 1990, 3, nel riferire all'area della sicurezza sociale "quegli interventi volti a fronteggiare situazioni determinate dal verificarsi di eventi negativi per l'esistenza e il benessere dell'individuo". La prospettiva d'analisi prescelta è, quindi, inevitabilmente settoriale e – per quanto i confini tra le aree di intervento restino fluidi e porosi, e siano anzi continuamente attraversati proprio in risposta all'esigenza di un approccio integrato, globale e multidimensionale in tema di esclusione sociale – qui verranno considerati solo gli strumenti regolativi e le politiche messi in atto all'interno del sistema previdenziale e assistenziale.

[486] Alti 2003.

l'esclusione sociale.

Un segno emblematico di tali limiti verrà colto nel preannunciato, precoce declino del reddito minimo di inserimento (par. 7), uno degli strumenti nei quali è stato a ragione individuato uno dei momenti di maggiore innovatività, in chiave europea, delle politiche nazionali contro l'esclusione sociale[487]. L'annunciato abbandono di questo istituto – già apparso il segno forse più significativo di una progressiva convergenza italiana verso indirizzi "europei" di riforma del welfare[488] – nel Libro bianco del governo è, infatti, espressamente giustificato in un'ottica di adeguamento del sistema italiano alle indicazioni di policy complessivamente emergenti all'interno del processo comunitario di coordinamento aperto.

La parte conclusiva di questo studio tornerà, quindi, a soffermarsi sulla "ambivalente" economia politica del discorso comunitario sull'esclusione sociale e sulla indeterminatezza normativa dei primi orientamenti di policy che cominciano a emergere nell'ambito del processo di coordinamento aperto delle politiche nazionali di inclusione sociale, che, prevalentemente costruiti attorno alla tecnica degli indicatori sociali, finiscono per lasciare aperte strategie di (pretesa) europeizzazione di segno potenzialmente opposto (par. 8).

Nelle conclusioni (par. 9) verrà invece suggerito che se, entro certi limiti, l'apertura a diverse soluzioni di policy è, per definizione, consustanziale al metodo – orizzontale e policentrico – del coordinamento aperto delle politiche nazionali conto l'esclusione sociale, ciò non deve, tuttavia, comportare la rinuncia a una qualche forma di convergenza su uno standard minimo di garanzie e di diritti sociali fondamentali di inclusione, definiti a livello europeo. Il rafforzamento – già nell'ambito del processo di coordinamento aperto, ma, in ipotesi, anche attraverso strumenti di diversa natura e pur all'interno di un approccio più ampio – degli obiettivi di convergenza delineati dalle due raccomandazioni del 1992, potrebbe costituire una prima risposta a tale esigenza[489].

2. Esclusione sociale: una questione europea

Il primo programma comunitario contro la povertà risale al 1975 ed è non casualmente legato al primo allargamento della Comunità europea e al nuovo ruolo assegnato alla politica di riequilibrio regionale e, in parte, allo stesso Fondo sociale[490]. Debolmente finanziato, esso accoglieva tuttavia una nozione ristretta e unidimensionale della povertà, tutta schiacciata sull'idea del possesso di risorse – pubbliche o private – così scarse da escludere individui o famiglie dall'accesso a uno stile di vita minimamente accettabile dentro lo stato membro di residenza[491].

Per un significativo allargamento della nozione di povertà occorrerà attendere il secondo programma, approvato alla fine del 1984. Si fa strada già con questo un'idea multidimesionale della povertà, alla cui stregua essa non è più definita in termini, strettamente economici, di mera as-

---

487 Cfr. Alti e Maino 2001 e Alti 2003, spec. 211.

488 Cfr. lo stesso *Piano nazionale per l'inclusione* del giugno 2001, 43-44.

489 V. sin d'ora, sulla stessa linea, Ferrera, Matsaganis e Sacchi 2002, 237-238.

490 Vousden 2002, 60 ss., dimostra il ruolo determinante svolto dall'Irlanda nell'elaborazione e approvazione del piano.

491 V. l'art. 1.2 della Decisone del Consiglio 75/458/CEE del 22 luglio 1975, in *GUCE*, 1975, L 199, 34.

senza di reddito, ma è concepita con più ampio riferimento all'esclusione da primarie risorse sociali, culturali, relazionali. Compare già allora sullo sfondo – con immediate implicazioni in termini di definizione di una nozione più ampia e complessa di povertà – il concetto di esclusione sociale: questo sarà tuttavia posto esplicitamente al centro della scena, e dello stesso vocabolario comunitario, solo col terzo programma (1990-1994), alla fine degli anni Ottanta[492].

La apparizione e la progressiva affermazione del concetto di esclusione sociale nel dibattito europeo sono usualmente ricondotte alla penetrante influenza francese[493].

In Francia, l'espressione "exclusion social" aveva iniziato a imporsi nel vocabolario politico dei primi anni Ottanta come naturale "prolungamento del concetto di nuova povertà"[494], concetto forgiato nello stesso torno d'anni nel tentativo di situare all'interno d'un quadro analitico più appropriato le conseguenze della crisi iniziata nella seconda metà degli anni Settanta in termini di montante disoccupazione e di crescente precarizzazione delle condizioni di vita di fasce significativamente ampie, ancorché minoritarie, della popolazione[495].

La novità del concetto risiede nella scoperta, o meglio nella definitiva acquisizione, del carattere pluricausale, multidimensionale, dinamico del fenomeno della povertà, e nel collegamento con l'idea che questa si definisca non solo e non tanto come assenza di risorse economiche, ma essenzialmente in termini di negazione dell'accesso alla pienezza della condizione di cittadinanza, a sua volta rappresentabile come una recisione del legame sociale, dovuta ad una "carenza di solidarietà sociale"[496].

È evidente, quindi, nell'uso politico del concetto di esclusione sociale a livello comunitario – come ha sottolineato Ermanno Gorrieri – un tendenziale "passaggio dalla chiave distributiva a quella relazionale"[497]. Si tratta di un passaggio che – come è ovvio – non si svolge sul mero piano definitorio e concettuale, per superare la ristretta nozione economicistica di povertà come assenza (e, quindi, anche, come carente e iniqua distribuzione) di reddito e di risorse economiche. Il passaggio contiene, in sé, anche indubbie implicazioni politiche[498].

---

[492] V. Room 1995, 3; Berghman 1995, 16 ss.; Begg *et al.* 2001, 5; Begg e Berghman 2001, 314 ss.

[493] Ridimensiona, peraltro, la tesi di una lineare "francesizzazione" del dibattito comunitario sulla povertà, mettendo in evidenza anche la presenza di altre ascendenze politiche e culturali, Vousden 2002, 71 ss.

[494] Lamarque 1996, 3.

[495] Per una sintesi efficace delle origini del concetto, v. pure Vleminckx e Berghman 2001, 28, che ricordano come, benché già in uso dalla metà degli anni Sessanta dello scorso secolo per indicare essenzialmente quanti erano stati lasciati fuori dai benefici sociali della crescita e dello sviluppo economico, l'espressione "esclusione sociale" abbia stentato ad affermarsi in Francia ancora durante tutti gli anni Settanta. È ad ogni modo indubbio che il successo e la diffusione del concetto abbiano una chiara matrice comunitaria, per il ruolo decisivo giocato dalle istituzioni sopranazionali nella progressiva affermazione dello stesso nel corso degli anni Novanta.

[496] Vousden 2002, 71.

[497] Gorrieri 2002, 23 (il corsivo è nell'originale).

[498] Secondo Procacci 1996, 12-13, l'attenuazione dell'enfasi sulla dimensione distributiva – con il progressivo spostamento del *focus* su concetti come coinvolgimento e attivazione – avrebbe contributo non poco al successo della nozione di esclusione sociale, per "la sua capacità di rimpiazzare quello di diseguaglianza". Per l'autrice, l'idea di "esclusione sociale lascia margini molto ristretti per politiche di stampo egualitario e suggerisce, piuttosto, che – salvo che per casi estremi – la diseguaglianza non costituisce più un problema". Cfr., sulla stessa linea di pensiero, le icastiche riflessioni critiche di Castel 1996, nonché – per un compendioso quadro del dibattito sociologico (soprattutto francese) sull'esclusione sociale – Paugam 1996.

Occorre tuttavia evidenziare subito come la "chiave distributiva" – per quanto in certo modo superata, o meglio trascesa, da un concetto che richiede un approccio politico più ampio e integrato, adeguato alla natura dinamica, processuale e multidimensionale del fenomeno cui intende reagire[499] – non perda una sua precisa rilevanza all'interno del discorso politico comunitario.

Sono anzi gli sviluppi della politica comunitaria dei primi anni Novanta a confermare una perdurante – e, in questa fase, ancora prevalente – attenzione alla dimensione distributiva della lotta contro la povertà e l'esclusione sociale.

La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori – solenne proclamazione politica del Consiglio europeo di Strasburgo del 1989 –, pur sensibilmente annacquata e drasticamente ridimensionata nella sua vana ambizione a porsi come catalogo generale dei diritti dei cittadini europei, non rinuncia del tutto ad un riferimento all'esclusione sociale.

Premesso – nel nono "considerando" – che, "in uno spirito di solidarietà, si deve combattere l'emarginazione sociale", la Carta dedica alle persone escluse dal mercato del lavoro una delle rare previsioni non strettamente articolate in relazione alla condizione professionale del soggetto destinatario delle sue deboli garanzie. E l'art. 10 si riferisce alle persone escluse dal mercato del lavoro, o perché non hanno potuto accedervi o perché non hanno potuto reinserirvisi, e che sono prive di mezzi di sostentamento, per conferire loro, significativamente, il diritto di "beneficiare di prestazioni e risorse sufficienti adeguate alla loro situazione personale".

Sarebbero state poco più tardi le raccomandazioni nn. 441 e 442 del 1992 – punto focale della politica della Commissione in tema di esclusione sociale nella prima metà degli anni Novanta – a sviluppare tali indicazioni della Carta del 1989, sulla scorta del relativo programma d'attuazione.

Le raccomandazioni del 1992 si segnalano anzitutto per il fatto di marcare il primo significativo momento di transito della politica sociale comunitaria verso l'uso di forme e metodi di regolazione sostanzialmente alternativi al modello tradizionale dell'armonizzazione, da tempo in crisi[500].

Esse inaugurano una pur debole e ancora incerta strategia di convergenza via soft law verso obiettivi di massima, concordati dagli stati membri in termini ampi con insistito richiamo al principio di sussidiarietà. L'innovativa attenzione alla dimensione procedurale – con l'enfasi sullo scambio di informazioni e di know how sociale nazionale in vista della promozione di forme di apprendimento reciproco tra gli stati membri – porta a scorgervi deboli segnali premonitori di sviluppi che troveranno nel metodo del coordinamento aperto la loro espressione più matura[501].

L'intento è quello di innescare processi di convergenza di carattere volontario verso obiettivi condivisi – quali, appunto, la lotta all'esclusione sociale e l'enucleazione di comuni principi generali in materia di risorse sufficienti –, senza incidere sulla piena libertà degli stati membri in ordine all'organizzazione, alle modalità operative e, soprattutto, alle forme di finanziamento utilizzabili.

---

[499] Cfr. Negri e Saraceno 1996, 11-12.

[500] Per il necessario sviluppo, o meglio per la "contestualizzazione", di questa argomentazione, mi permetto di rinviare a Giubboni 2003a, 275.

[501] De la Porte, Pochet, Room 2001, 296, parlano di "*premature version of OMC*"; e v. in senso analogo Ferrera, Matsaganis, Sacchi 2002, 229, i quali vi intravedono un "*open method of coordination in embryonic form*".

E tuttavia, pur all'interno di un quadro così attento a non urtare sensibilità tanto diverse come quelle esibite nella delicatissima materia dai membri delle "quattro Europe sociali"[502], le raccomandazioni dosano il mix di ricette "beveridgiane" e "bismarckiane"[503] suggerito ai legislatori europei in termini ancora capaci di esprimere principi sostantivi dotati di una qualche carica innovativa[504].

In particolare, negli obiettivi consistenti nel garantire ad ogni individuo un livello di risorse conforme alla dignità umana e nell'assicurare a tutte le persone che risiedono legalmente nel territorio nazionale la possibilità di beneficiare dei sistemi di tutela della salute nonché dei meccanismi di promozione dell'inserimento sociale e, per quanti siano "idonei", di quelli di integrazione nel mercato del lavoro, le raccomandazioni (in specie, la n. 441) riescono a enunciare principi potenzialmente dotati di suggestioni innovatrici, in particolare per l'esperienza italiana.

La raccomandazione n. 441 – nel porre al centro il diritto fondamentale a un minimo di risorse conformi alla dignità umana – mette a nudo immediatamente una delle più significative divergenze del welfare state italiano rispetto alla pur disomogenea "media" europea: l'assenza, appunto, di un sistema di reddito minimo garantito su base nazionale per i soggetti in disagiate condizioni economiche e a rischio di esclusione sociale[505].

Seppure con un linguaggio volutamente aperto e "permissivo", rispettoso della estrema diversificazione delle esperienze nazionali, le raccomandazioni del 1992 si iscrivono, dunque, ancora in una logica di politica sociale ed utilizzano, anzi, in maniera esplicita, la grammatica dei diritti sociali fondamentali, sia pure nelle forme, "miti" e "leggere", della soft law. Sebbene circondato dall'invito a farne un "trampoline safety net"[506], lontano da derive di mera redistribuzione passiva e assistenzialistica del reddito, il riconoscimento del diritto sociale fondamentale a risorse minime conformi alla dignità umana si affaccia comunque nella raccomandazione n. 441 come "elemento cardine del modello sociale europeo"[507], sottolineando, con ciò, la centralità della dimensione distributiva nella lotta contro l'esclusione sociale[508].

Si tratta di un linguaggio, e di una dimensione, che – come meglio vedremo – riaffiorano continuamente[509], o meglio conservano un preciso spazio all'interno del discorso comunitario in tema di esclusione sociale anche dopo che, ad Amsterdam, esso riceve finalmente la sua consacrazione

---

[502] Ferrera 1998, 79 ss.

[503] Giubboni 1997, 118.

[504] Cfr. Chassard 2001, 282 ss.

[505] Lo sottolinea Vousden 2002, 93, estendendo l'osservazione anche ad altri stati "meridionali" della UE; nello stesso senso, Chassard 2001, 283, specie in riferimento al Portogallo.

[506] Commission of the European Communities 1994, 47.

[507] Alti 2003, 198.

[508] Cfr. pure Ferrera, Matsaganis, Sacchi 2002, 229.

[509] V. ad esempio le proposte formulate dal Comitato di esperti incaricati dalla Commissione nel 1996, nel bel mezzo della conferenza intergovernativa sfociata nella stipula del Trattato di Amsterdam. Commission of the European Communities 1996, 18, si pronunciava per l'immediato inserimento nei trattati – accanto ad altri diritti sociali direttamente azionabili – del "principio secondo cui ciascuno stato membro deve istituire un reddito minimo per coloro che non riescono ad accedere ad un lavoro retribuito o non hanno altre fonti di reddito" (v. più diffusamente Giubboni 1997, 81-82). L'art. 34 della Carta di Nizza – come si dirà meglio nel prosieguo – non è lontano dallo spirito di quella proposta.

formale nel testo del Trattato[510], ma che a partire dalla metà degli anni Novanta devono misurarsi con un progressivo, deciso riorientamento delle politiche della Comunità in materia.

Stephen Vousden fissa convenzionalmente nel Consiglio europeo di Essen del 1994 l'avvio ufficiale di questo processo di riorientamento[511], che porterà rapidamente al centro della scena – anche (e soprattutto) nella lotta contro l'esclusione sociale (e la disoccupazione) – il ruolo determinante delle politiche (attive) del lavoro[512], in luogo (o prima) dei tradizionali strumenti (redistributivi) di intervento sociale.

Riducendo non poco la complessità del discorso strategico enunciato nel Libro bianco di Delors, le "priorità di Essen" tracciano un percorso di intervento degli stati membri centrato sulla incentivazione all'ingresso, o al reingresso, nel mercato del lavoro di quanti ne restano esclusi, con l'obiettivo di aumentare l'intensità occupazionale della (debole) crescita economica europea, incidendo, in primo luogo, sulle sacche – intollerabilmente alte[513] – di disoccupazione di lunga durata. Gli indirizzi elaborati a Essen puntano su una maggiore dose di flessibilità nella regolazione del mercato del lavoro[514] e su un mix di interventi che privilegia nettamente le politiche dal lato dell'offerta[515], in sintonia con il comune sforzo di convergenza intorno ai parametri di Maastricht compiuto dagli stati membri.

Si afferma già lì l'idea che il primo e fondamentale terreno di lotta contro l'esclusione sociale è la politica del lavoro e che il miglior antidoto all'emarginazione e alla povertà è costituito dall'integrazione del soggetto nel mercato del lavoro.

È un'idea che costituirà d'ora innanzi un (o forse il) Leitmotiv degli orientamenti elaborati a livello comunitario in materia di esclusione sociale. Tali orientamenti cominciano anzi non a caso a trovare il loro principale e più naturale luogo di elaborazione all'interno del processo di coordinamento delle politiche nazionali dell'occupazione, processo con il quale – anche dopo che sarà stato avviato – quello specificamente e autonomamente dedicato all'inclusione sociale manterrà strettissimi collegamenti funzionali, tanto nei suoi svolgimenti comunitari quanto nelle sue articolazioni nazionali.

Al riorientamento degli obiettivi e degli indirizzi di policy segue quindi presto una forte innovazione negli strumenti e nei metodi di integrazione impiegati dalla Comunità e dagli stati membri per perseguirli. La strategia europea per l'occupazione – delineata in nuce a Essen ma ufficialmente inaugurata col vertice straordinario di Lussemburgo del 1997, con un'inedita applicazione

---

[510] Il Trattato di Amsterdam ha per la prima volta posto la lotta all'esclusione sociale tra gli obiettivi primari dell'azione della UE. Sull'importanza di tale "passo istituzionale", v. ad es. Vleminckx, Berghman 2001, 29.

[511] Vousden 2002, 103 ss.

[512] Cfr. Freedland 1996; Ashiagbor 2001.

[513] Specie se raffrontate con quelle del modello "concorrente", offerto, immancabilmente, dagli Stati Uniti d'America. Per una suggestiva analisi critica della "imposizione" degli USA come termine privilegiato di confronto e come esempio (positivo) di *performance* economica e occupazionale nel dibattito politico-economico europeo degli anni Novanta, cfr. Ashiagbor 2002, 63 ss.

[514] Uno dei punti più significativi in tal senso è l'invito – che sarebbe diventato una costante degli orientamenti comunitari (non solo) sull'occupazione – a spostare gli interventi sul mercato del lavoro dalle misure passive a quelle attive.

[515] Il *mix* di politiche immaginato dal *Libro bianco* su *Crescita, competitività, occupazione* è, invece, decisamente più ampio, e contiene anche un programma di forti investimenti pubblici sulle infrastrutture e sulle reti europee.

"anticipata" del nuovo Titolo VIII del TCE[516] – segna, infatti, una rilevante discontinuità anche sul piano dei metodi e delle tecniche di integrazione in materia sociale, discontinuità destinata a ripercuotersi – qualche tempo dopo – sullo stesso specifico versante della lotta contro l'esclusione[517].

Variante (debole) della tecnica del coordinamento già in atto per le politiche economiche, la strategia per l'occupazione trasla l'azione del livello di governo comunitario dal piano regolativo, sia pure "soft", a quello dello stimolo all'innovazione politica. La complessa procedura multilivello, che si rinnova ricorsivamente di anno in anno ai sensi dell'art. 125 e seguenti del TCE, è essenzialmente pensata come veicolo di apprendimento reciproco e di diffusione delle migliori prassi, come strumento di policy learning e di policy transfer[518], nel quale gli stati membri considerano l'occupazione una questione di interesse comune pur senza cedere competenze regolative alle istituzioni sovranazionali.

La governance comunitaria mediante linee guida, anche quando si fa più esigente e si perfeziona con l'uso del benchmarking e di sempre più puntuali indicatori qualitativi e quantitativi, si colloca in una dimensione post-regolativa[519] e lascia spazi comunque vasti al libero esercizio della "sovranità sociale" degli stati membri[520], incoraggiando, anzi, costantemente la differenziazione delle soluzioni nazionali in aderenza alla specificità delle rispettive situazioni di partenza.

Quando, nel marzo del 2000, si celebra il Consiglio europeo di Lisbona – da molti considerato un punto di svolta nella storia recente dell'integrazione sociale europea[521] – il discorso comunitario sull'esclusione conosce oramai un significativo processo di stratificazione, nel quale si intrecciano, ed entrano talvolta in tensione, (almeno)[522] le due componenti principali sin qui sommariamente tratteggiate[523]: da un lato, quella che si rifà alla strategia delle convergenza, e che resta essenzialmente interna alla sfera della politica e dei diritti sociali; dall'altro, quella che transita attraverso la strategia dell'occupazione o che è ne comunque attratta, sia perché tende a risolversi nella politica del lavoro, sia perché mira ad acquisire i relativi metodi di integrazione.

Nelle conclusioni del Consiglio di Lisbona queste due dimensioni del discorso comunitario convivono e cercano in qualche modo una sintesi dialettica nell'estensione del metodo del coordinamento aperto ad un nuovo "processo di inclusione sociale", che affianchi e completi quello avviato a Lussemburgo in materia d'occupazione.

---

516 V. Sciarra 2000, 166.

517 Rinvio, anche per più ampi riferimenti all'abbondante letteratura in argomento, a Giubboni 2003a, 153 ss.

518 Barbera 2000, 153 ss.

519 V., tra gli altri, de la Porte, Pochet, Room 2001, 302.

520 Ferrera 2000.

521 Per valutazioni di segno diverso, v. Barbera 2000, 144 ss., e Ashiagbor 2002, 183 ss.

522 Il panorama apparirebbe in realtà molto più complesso di quanto non emerga da queste schematiche considerazioni, ove si tenesse conto – come qui non è possibile fare – di altri versanti meno esplorati, anche perché più "nascosti", dell'intervento comunitario in materia di esclusione sociale. Vousden 2002, 255 ss., offre ad esempio un'analisi non convenzionale dei rapporti tra lotta all'esclusione sociale e diritto comunitario della concorrenza.

523 Cfr. anche Commission EC 1999 (l'importanza di tale comunicazione della Commissione è sottolineata da Ferrera, Matsaganis, Sacchi 2002, 229-230).

Questa duplice e compromissoria ispirazione del Consiglio di Lisbona – in cui "per la prima volta dopo l'introduzione del Capitolo sull'occupazione si consuma un tentativo esplicito di integrare pienamente fra loro politiche del lavoro, riforma economica e coesione sociale"[524] – è già chiaramente avvertibile nella comunicazione con cui la Commissione anticipa le linee di fondo dell'agenda sull'esclusione sociale, poi recepita nelle conclusioni della Presidenza[525].

Nella comunicazione pubblicata in vista del Consiglio di Lisbona, la Commissione[526] fonda l'ambizioso impegno dell'Unione di promuovere un'economia e una società al contempo dinamiche, competitive e solidali, tanto sulla modernizzazione dei sistemi di protezione sociale, rafforzando l'approccio attivo e promuovendo la partecipazione al mercato del lavoro[527], quanto sul miglioramento dell'assistenza alle persone emarginate o a rischio[528]. La raccomandazione 92/441/CEE viene in particolare considerata un essenziale "punto di partenza per ulteriori sviluppi"[529] che, inserendosi all'interno di un approccio politico globale e coordinato, orientino i processi di redistribuzione della ricchezza verso l'obiettivo di "massimizzare le possibilità di piena partecipazione e qualità della vita di tutti"[530]. La Commissione si spinge al riguardo sino a prefigurare l'opportunità di rafforzare i principi contenuti nella raccomandazione n. 441, adottando ai sensi dell'art. 137 del TCE – come riformulato dal Trattato di Amsterdam – prescrizioni minime dirette a incentivare "il reinserimento nel mondo del lavoro delle persone che beneficiano di un regime di reddito minimo"[531].

Il piano della "attivazione" – della promozione di uno "stato sociale attivo e dinamico"[532] e di una corrispondete cittadinanza "attiva" – e quello della "redistribuzione" – pur ripensata all'interno di una strategia di modernizzazione della protezione sociale – si mantengono comunque in costante equilibrio dialettico nell'ambito del processo di coordinamento aperto in materia di esclusione sociale, così come avviato sulla base delle conclusioni di Lisbona e ormai giunto al compimento del suo primo ciclo biennale.

Se ne trova conferma precisa nel primo Rapporto congiunto sull'inclusione sociale[533]. Il Rapporto si ispira a una visione globale, "olistica"[534], della lotta contro l'esclusione sociale, che intende abbracciare, coordinare e integrare tra loro l'insieme degli strumenti politici e delle leve di politica pubblica disponibili a livello sovranazionale, nazionale e locale.

---

[524] Ashiagbor 2002, 183.

[525] Di cui v., in particolare, i punti 32 e 37. La strategia delineata a Lisbona sarà concretamente implementata a partire dal successivo Consiglio europeo di S. Maria de Feira (per un efficace riepilogo delle principali tappe sino a Nizza, v. Ales 2003, 13 ss. del dattiloscritto).

[526] Commissione delle Comunità europee 2000.

[527] Ivi, 13.

[528] Ivi, 4.

[529] Ivi, 11.

[530] Ivi, 8.

[531] Ivi, 15.

[532] Così, espressamente, il punto 24 delle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000.

[533] V. Commission européenne 2001.

[534] Ivi, 74, ove un "decalogo" di principi chiave delle politiche pubbliche dirette a favorire l'inclusione (tra questi, oltre appunto all'approccio globale, la sussidiarietà, la partecipazione, la solidarietà e il partenariato, la trasparenza, l'efficacia).

Al metodo del coordinamento aperto è affidato il compito di favorire l'interazione positiva e dinamica tra politiche economiche, sociali e del lavoro, assicurando la mobilitazione di tutti gli attori – pubblici e privati – in vista dell'obiettivo strategico di una società inclusiva e solidale. Se la via maestra della lotta contro l'esclusione resta l'integrazione nel mercato del lavoro, il Rapporto sottolinea il ruolo essenziale giocato dai sistemi di protezione sociale nel sollievo dal bisogno (specie estremo), attraverso la erogazione di servizi e la redistribuzione delle risorse monetarie.

In realtà, tra i due momenti non c'è, o non dovrebbe esserci, contraddizione; nell'ambizioso disegno del Rapporto, essi, infatti, si completano l'uno con l'altro in vista del perseguimento dell'essenziale obiettivo di garantire che i principali meccanismi di redistribuzione delle chances di vita e delle risorse (il mercato del lavoro, il sistema fiscale, il sistema di protezione sociale, quello sanitario e dell'istruzione, la politica della casa, ecc.) diventino sufficientemente aperti e "universali" onde rispondere ai bisogni degli individui più vulnerabili di fronte al rischio della povertà e dell'esclusione sociale, consentendo a tutti il godimento dei diritti fondamentali di cittadinanza[535].

Questo primo, sommario quadro dell'evoluzione del discorso comunitario sulla esclusione sociale – destinato comunque a essere ripreso e approfondito più avanti – offre elementi di analisi sufficienti per rivolgere ora l'attenzione ai modi in cui esso è stato recepito e rielaborato nell'ordinamento nazionale, in particolare nell'ambito della sofferta opera di riforma del sistema assistenziale, quale elemento cardine di una politica esplicita contro povertà ed esclusione in Italia.

3. La lotta alla povertà e all'esclusione sociale in Italia: i *deficit* storici del sistema previdenziale e assistenziale nazionale

"In Italia – potevano scrivere solo pochi anni fa Nicola Negri e Chiara Saraceno – non esiste una vera e propria politica contro queste forme di esclusione e la connessa povertà, se per politica si intende un insieme di strumenti integrato e esplicitamente rivolto a questo obiettivo"[536]. Esisteva ovviamente – frammentata e dispersa in una congerie di misure scoordinate – una "politica implicita"[537], di cui risultava difficile individuare un filo conduttore anche solo restando dentro i confini del farraginoso sistema previdenziale e assistenziale, ovvero limitando il raggio d'osservazione al sistema costituzionalmente deputato al sollievo del bisogno sociale in primis attraverso "l'erogazione di prestazioni economiche a tutela e garanzia del reddito"[538].

I due autori individuavano in primo luogo, e giustamente, nell'assenza di uno schema universale di "minimo vitale"[539], garantito su base nazionale e analogo a misure esistenti nella maggior parte dei paesi membri della UE, il principale sintomo, e la più importante conseguenza, della carenza di una politica esplicita e organica contro la povertà economica e l'esclusione sociale in Italia.

L'assenza di un tale schema – ovvero il fatto che "il bisogno economico puro di per sé non dà titolo a una adeguata protezione, e ancora meno a una protezione individuale"[540] – costituisce in

---

[535] Ivi, 11 e 27.
[536] Negri e Saraceno 1996, 12.
[537] *Ibid.* (corsivo degli autori).
[538] Lagala 2002, 366.
[539] Negri e Saraceno 1996, 12.
[540] Ivi, 57.

effetti la chiave di lettura probabilmente più appropriata per una ricostruzione dei tratti storicamente caratterizzanti del sistema italiano di sicurezza sociale e, quindi, per un'analisi dell'impatto delle politiche comunitarie contro l'esclusione. Si è invero già anticipato, e si avrà modo di sottolinearlo ancora, come l'introduzione – sia pure in via parziale e sperimentale – del reddito minimo di inserimento, e cioè di un embrione di rete universalistica di garanzia (attiva) del reddito, debba essere considerata come una delle più significative innovazioni istituzionali e di policy avvenute in Italia con esplicito e diretto riferimento agli indirizzi europei in materia di lotta all'esclusione sociale.

Il sistema italiano di sicurezza sociale condivide, in effetti, con altri regimi europei di welfare "occupazionale"[541], il fondamentale orientamento a privilegiare – nell'organizzazione dei meccanismi e delle forme di tutela – lo stato di bisogno che sia ancorato, in positivo o in negativo, alla partecipazione del soggetto al mercato del lavoro. L'ingresso e la permanenza nel mercato del lavoro – prima di tutto nel lavoro subordinato a tempo pieno e "stabile"[542] – costituiscono, storicamente, la fondamentale chiave di acceso al sistema italiano di sicurezza sociale, che tendenzialmente non offre tutela – o garantisce comunque una tutela minore o residuale – al bisogno che non risulti qualificato in relazione allo status occupazionale del soggetto.

Una "pervasiva concezione "economicistica" dell'intervento sociale" tende tuttavia a ridurre "i problemi di sopravvivenza a quello di garantire una disponibilità di reddito da lavoro a tempo indeterminato"[543]. I principali interventi di sostegno al reddito, più direttamente rilevanti nella riduzione della povertà, sono costituiti da misure di tipo previdenziale, che presuppongono uno status professionale e, di norma, una carriera lavorativa e assicurativa del beneficiario[544]. Mentre la copertura assistenziale nazionale è debole e parcellizzata, ed essa stessa essenzialmente centrata su prestazioni di tipo pensionistico (per la vecchiaia o l'invalidità grave dei cittadini privi di mezzi economici)[545], con uno scarsissimo peso dei servizi alla persona.

In Italia, l'orientamento "economicistico" di fondo, in qualche modo connaturato all'impostazione occupazionale dello stato sociale, risulta, perciò, particolarmente assorbente e condizionante, in quanto si associa ad una storica situazione di fragilità e debolezza della rete assistenziale pubblica[546].

---

[541] Cfr. Ferrera 1993, 86 ss., che colloca l'Italia tra i sistemi occupazionali "misti" in considerazione della organizzazione su base universalistica del servizio sanitario nazionale, dopo la riforma del 1978.

[542] Per un approfondimento di questa osservazione – che qui posso poco più che enunciare – rinvio a Giubboni 2002, 430 ss.

[543] Negri e Saraceno 1996, 17.

[544] Le integrazioni al minimo delle pensioni, i trattamenti di invalidità erogati nell'ambito dell'assicurazione generale (o di regimi speciali), gli assegni al nucleo familiare (e familiari, quanto alle categorie di lavoratori autonomi che ne beneficiano tuttora in via residuale), sono – dal punto di vista delle condizioni di accesso alla tutela – tutte prestazioni di natura previdenziale, anche se finiscono spesso per caricarsi di inevitabili (quanto improprie) funzioni assistenziali (cfr., di recente e per tutti, Lagala 2001, spec. 99 ss., nonché Id. 2002, 368 ss.). Lo stesso sistema di tutela per la disoccupazione ha, in Italia, un'impronta fondamentalmente assicurativo-previdenziale (cfr. Cinelli 1982; Liso 1995; Giubboni 1998), e difetta, comunque, di uno schema assistenziale per i disoccupati di lungo periodo (v., ultimamente, l'analisi critica di Balletti 2002, 385 ss.).

[545] La pensione sociale (e ora l'assegno, dopo la l. n. 335 del 1995) è – se si esclude il reddito minimo di inserimento, sperimentalmente introdotto nel 1998 – l'unica prestazione universalistica di cittadinanza. Essa è rivolta, però, ai soli cittadini ultrasessantacinquenni sprovvisti di reddito, configurandosi come pensione assistenziale di vecchiaia: v. Cinelli 2001, 475 ss.

[546] V., per tutti, Fargion 1997, spec. al cap. II.

Si tratta di una debolezza e di una marginalità che si lasciano innanzitutto misurare in termini semplicemente "quantitativi", per la storica esiguità delle risorse finanziarie complessivamente destinate all'assistenza sociale in Italia. È la semplice osservazione della struttura della spesa sociale italiana a dare infatti la più immediata e convincente rappresentazione del carattere storicamente "residuale [di] tutti i problemi redistributivi di tipo assistenziale"[547], rispetto al peso assolutamente preponderante della previdenza (pensionistica)[548].

È ben noto come, in prospettiva comparata, la struttura interna della spesa sociale italiana – quale progressivamente consolidatasi a partire dal secondo dopoguerra – risulti "caratterizzata da alcune vistose anomalie"[549] rispetto alla "media" europea.

Da un lato, essa si concentra, in maniera appunto marcatamente sproporzionata rispetto al dato medio comunitario, sulla tutela del rischio "vecchiaia", dedicando alla protezione dei rischi relativi a "disoccupazione/formazione", "famiglia/maternità", "abitazione", e in genere ai rischi emergenti connessi alle nuove situazioni di povertà ed esclusione, una quota di risorse "di gran lunga più bassa che altrove in Europa"[550]. Spicca, in questo quadro, oltre alla rilevata assenza di uno schema di reddito minimo per i soggetti totalmente sprovvisti di mezzi, la esiguità della tutela sociale della famiglia, in termini tanto di trasferimenti monetari, quanto di servizi.

D'altro lato, il comparto previdenziale – sul quale finiscono per essere scaricate anche funzioni di natura prettamente assistenziale, con commistioni che tolgono trasparenza, efficacia e soprattutto equità ai processi distributivi[551] – assorbe la quasi totalità delle risorse, con fortissime differenziazioni interne tra le categorie di beneficiari, secondo una logica di marcato "categorialismo" e "particolarismo". Ciò che spiega bene le modeste capacità redistributive del sistema di protezione sociale italiano, che "è tra quelli che meno contribuiscono a ridurre le disuguaglianze in Europa non solo perché è largamente incentrato sulle pensioni, ma anche perché le risorse "lasciate libere" dalle prestazioni pensionistiche vengono male utilizzate"[552].

La fragilità della rete assistenziale italiana – e in particolare l'endemica debolezza della risposta ai rischi di povertà ed esclusione offerta dal sistema pubblico – si lasciano quindi facilmente cogliere anche sotto un profilo "qualitativo", attinente alla conformazione istituzionale del sistema stesso.

È già emerso il dato della forte frammentazione e segmentazione interna del sistema, pressoché carente – a dispetto delle indicazioni costituzionali (o almeno di una certa lettura delle stesse)[553] – di una adeguata struttura di garanzie di base di carattere universalistico. Si tratta di una frammentazione che, molto forte nell'ambito della previdenza, attraversa lo stesso sistema delle prestazioni assistenziali, in cui pure – come dimostra paradigmaticamente l'esempio della tutela per

---

[547] Negri e Saraceno 1996, 17.

[548] Dati aggiornati ed elaborati in chiave comparata sono reperibili – da ultimo – in Boeri e Perotti 2002, di cui v. soprattutto il cap. I.

[549] Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale 1997 (di seguito indicata come Commissione Onofri), 5.

[550] Ivi, 6, per più puntuali indicazioni.

[551] Per tutti, Paci 1996, spec. 57-58.

[552] Boeri e Perotti 2002, 23-24.

[553] Doveroso il richiamo a Persiani 1979.

l'invalidità civile[554] – si tende a ripartire i beneficiari in categorie più o meno differenziate e nettamente definite.

Nella misura in cui l'onere principale dell'assistenza finisce per essere sostenuto in via informale dalla famiglia, essenziale welfare provider assieme al mondo del privato-sociale, il sistema presenta, inoltre, in termini comparati, un basso grado di istituzionalizzazione. Nel suo complesso, si può dire che l'intervento assistenziale italiano sia "stato sviluppato come rigorosamente sussidiario rispetto all'organizzazione familiare e comunitaria"[555]. L' "accentuato "familismo"[556] del modello assistenziale italiano, unitamente ai tratti fortemente categoriali di cui s'è detto, concorre dunque a determinarne (e spiegarne) lo scarso sviluppo finanziario, la frammentazione, l'informalità e, appunto, la bassa istituzionalizzazione.

L'attesa per una legge quadro sull'assistenza – ritenuta indispensabile almeno a far tempo dal primo decentramento amministrativo del 1972[557] – si è rivestita di un'ansia "di tipo quasi millenaristico"[558], e già solo per questo la l. n. 328 del 2000 ha potuto essere generalmente salutata come un fatto storico. Prima di questo evento – che segna per il fatto stesso di essersi finalmente compiuto un indubitabile punto di svolta – l'unico riferimento normativo generale del sistema assistenziale italiano è stato costituito – assieme ai provvedimenti di decentramento regionale succedutisi nel tempo – dalla "legge Crispi" del 1890[559].

L'assenza di una cornice regolativa nazionale ha acuito, d'altra parte, le tendenze alla differenziazione (e all'aumento degli squilibri di carattere) territoriale, al punto che la Commissione Onofri poteva criticamente rilevare – all'esito di una disincantata ricostruzione della disorganica "geografia della cittadinanza sociale" italiana[560] – come fosse "già in atto, nel campo dell'assistenza, un federalismo senza principi"[561].

Dall'analisi della legislazione regionale e degli assetti amministrativi locali emerge infatti una estrema frammentazione degli schemi di intervento contro la povertà e l'esclusione sociale[562], nella quale l'attribuzione di situazioni giuridiche differenziate[563] a parità di condizioni di bisogno dipende essenzialmente dal notevole dislivello delle risorse finanziarie disponibili. E spesso la differenziazione non corre solo lungo il confine tra le regioni (quelle del Centro-Nord e quelle del Sud, ove è concentrata la maggior parte della povertà italiana), ma attraversa lo stesso ambito

---

554 Cfr. Nicolini 2002.

555 Mingione 1999, 17.

556 Ivi, 10. In tema, cfr. soprattutto Saraceno 1998.

557 Finocchi Ghersi 2001, 9.

558 Brienza 2002, 22.

559 V., per tutti, De Siervo 1987 e, da ultimo, Croci 2001, 3 ss.

560 Per riprendere il titolo del libro della Fargion 1997.

561 Commissione Onofri 1997, 36 dell'allegato al documento di base n. 3, *L'istituto del minimo vitale: esperienze e proposte di riforma*, a cura di P. Bosi, M. Ferrera e C. Saraceno.

562 Cfr. Kazepov 1995.

563 Situazioni giuridiche che assai raramente – e invero pressoché mai – riescono a dar luogo a ipotesi di diritto soggettivo in senso tecnico, essendo di norma le prestazioni (e in specie il minimo vitale) subordinate vuoi a valutazioni di carattere discrezionale dell'amministrazione locale, vuoi, comunque, alle effettive disponibilità di bilancio dell'ente.

regionale e – dove mancano strumenti regolativi di carattere generale e "permanente" – quello dei grandi comuni e delle città metropolitane[564].

Il quadro del sistema di sicurezza sociale, così rapidamente abbozzato, dà allora conto dei principali limiti di quella politica implicita contro povertà e esclusione che connota, storicamente, il welfare italiano.

Il sistema da un lato è pletorico, perché frammentato e proteso a concentrare (e sovrapporre) le tutele a favore di determinate categorie (soprattutto gli anziani). Dall'altro, e simmetricamente, è lacunoso, perché lascia prive di protezione ampie fasce di popolazione particolarmente esposte al rischio di esclusione (esemplare il caso delle famiglie numerose, con un solo adulto occupato)[565] e non copre il bisogno derivante dalla mancanza di reddito in quanto tale.

Ed è esattamente da questa amara diagnosi[566], che la Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale – nominata dal governo Prodi a breve distanza dal suo insediamento – muoverà per formulare, nel febbraio 1997, le sue proposte di profonda riforma istituzionale del welfare state italiano.

4. Verso una politica "esplicita" contro la povertà e l'esclusione sociale: dalle proposte della Commissione Onofri alla legge quadro n. 328 del 2000.

Quello realizzato dalla Commissione Onofri può essere retrospettivamente considerato come uno dei più maturi e compiuti sforzi progettuali rivolti ad un'organica riforma del welfare italiano e alla costruzione, al suo interno, d'una coerente e razionale politica esplicita contro la povertà e l'esclusione sociale[567].

Il progetto di riforma ha una chiara e dichiarata matrice europea, visibile soprattutto nelle proposte relative alla politica contro la povertà e l'esclusione, che occupano la parte centrale del lavoro della Commissione[568]. Qui l'influenza comunitaria assume un rilievo diretto ed esplicito soprattutto nella proposta di istituzione di uno schema di reddito minimo dal forte profilo attivo, secondo linee che si ispirano immediatamente alla raccomandazione del 1992 e al confronto con le principali esperienze europee[569]; ma è più in generale l'intero impianto concettuale della Relazione finale a risentire delle suggestioni del discorso comunitario, in tutta la loro crescente complessità[570].

---

564 V. Kazepov 1995, 129, per l'esempio di Roma. La categorizzazione dei beneficiari dell'intervento assistenziale a livello locale non è del resto meno accentuata di quella stabilita dal legislatore nazionale. Anche in tal caso tende a essere privilegiato lo stato di bisogno qualificato dalla condizione soggettiva del beneficiario.

565 V. Boeri e Perotti 2002, 44 e 51.

566 Cfr. il già citato *Allegato al documento di base n. 3* della *Relazione* della Commissione Onofri, spec. 3.

567 Come giustamente osservato da Ferrera e Gualmini 1999, 111, era dai progetti di riforma elaborati dal CNEL nei primi anni Sessanta che non veniva disegnato "un organico progetto di cambiamento" dalle ambizioni e dal respiro (europeo) di quello ideato dalla Commissione Onofri.

568 Con esse, la *Relazione finale* fa proprie e sviluppa analisi e proposte formulate dalla Commissione di indagine sulla povertà (più tardi sulla emarginazione e, quindi, sull'esclusione sociale), operante in Italia dal 1984 ed essa stessa molto attiva nella europeizzazione della politica italiana nel settore; v. Gorrieri 2002, 21-23.

569 V. Alti 2003, 211.

570 Cfr. Ferrera e Gualmini 1999, 111 ss.

La filosofia dell' "universalismo selettivo" – che è alla base delle proposte della Commissione[571] – lega la radicale riforma degli ammortizzatori sociali, da integrare con un sistema efficiente di servizi reali per l'impiego, fondato sulla cooperazione tra pubblico e privato, alla introduzione di uno schema di reddito minimo garantito, a sua volta disegnato in termini "attivi" e "inclusivi"[572]. Sono questi i passaggi indispensabili di una riforma che punta alla costruzione di una rete universale ed efficiente di sicurezza attiva, nell'ottica di una complessiva opera di riequilibrio della struttura interna della spesa sociale italiana e di un graduale ma deciso travaso di risorse dalla previdenza pensionistica (pubblica) al settore della assistenza e dei servizi alle persone e alle famiglie.

La riforma degli ammortizzatori sociali prevede la loro complessiva riarticolazione su un sistema a tre livelli, con una sfera di applicazione generalizzata all'intero universo del lavoro subordinato (ma che non pare escludere, in prospettiva, anche più ampie tipologie di lavoro "coordinato" economicamente dipendente) e con una parificazione delle forme di tutela (a parità di condizioni di bisogno), che ne superi le insostenibili iniquità.

Il terzo livello degli ammortizzatori sociali[573] si collega in particolare direttamente alla ridefinizione dell'area delle prestazioni assistenziali, nella misura in cui deve fornire sicurezza (attiva) nei casi di disoccupazione di lunga durata quando la copertura assicurativa non sia (più) disponibile[574].

La sottolineatura della necessità di "una adeguata combinazione di diritti e responsabilità individuali"[575] – ben presente in tutti i principali passaggi propositivi del documento – si mantiene lontana da una logica di workfare[576] e risponde, piuttosto, a esigenze di equità distributiva e di rafforzamento dei connotati solidaristici dello stato sociale italiano.

Ciò appare evidente anche nella proposta della istituzione di quello schema di reddito minimo in cui la Commissione individua uno dei momenti centrali per favorire una maggiore convergenza del welfare italiano rispetto agli indirizzi europei[577], dotando l'ordinamento di sicurezza sociale di uno strumento indispensabile per contrastare l'esclusione e in particolare per raggiungere i poveri senza lavoro.

---

[571] "La riforma deve ispirarsi a una scelta equilibrata tra universalismo, quanto ai beneficiari, e selettività, nell'erogazione delle prestazioni: ridefinire i bisogni e i destinatari degli interventi rivolti alla cittadinanza in genere (non solo anziani, ma anche altre figure sociali; non solo sussidi monetari, ma sostegni mirati ai bisogni e alle funzioni di cura che emergono nel ciclo di vita); sostenere radicalmente un approccio che destini sempre più i trasferimenti dello stato ai servizi erogati a livello locale; valorizzare le funzioni di orientamento e programmazione e scelte gestionali svolte a livello locale nell'ambito di un quadro legislativo di indirizzo nazionale" (Commissione Onofri, 20-21).

[572] Sul collegamento "sistemico" tra riforma degli ammortizzatori sociali e introduzione di strumenti generali di contrasto della povertà, v. Finocchi Ghersi 2001, 17 e 42.

[573] I primi due livelli riguardano, rispettivamente, l'integrazione al reddito nel caso di sospensione temporanea con conservazione del rapporto di lavoro (sull'attuale modello della cassa integrazione guadagni ordinaria), ed il trattamento di disoccupazione – rafforzato, esteso e generalizzato – rivolto ai lavoratori che perdono una precedente occupazione.

[574] Commissione Onofri, 17 (e, più in dettaglio, il *Documento di base n. 2*, dedicato alle *Politiche del lavoro* e curato da G. Geroldi e M. Paci, spec. 7 ss.).

[575] Ivi, 11.

[576] Barbier 1998.

[577] Commissione Onofri, 16.

L'introduzione di un "minimo vitale" definito e finanziato a livello nazionale, ma gestito localmente in stretta integrazione col sistema, pure decentrato, delle politiche attive del lavoro, avrebbe dovuto rappresentare il basilare strumento di redistribuzione monetaria per le fasce più deboli della società, superando uno dei maggiori deficit di protezione del welfare italiano. L'istituto avrebbe dovuto reintegrare solo in parte la distanza tra le risorse del soggetto, valutate tenendo conto di quelle del nucleo familiare, e la soglia di povertà; nello stesso tempo, avrebbe dovuto mirare esplicitamente all'inserimento nel modo del lavoro dei beneficiari o alla attivazione di percorsi di inclusione sociale e di recupero dell'autonomia. La soppressione della pletorica congerie di prestazioni categoriali, previdenziali e/o assistenziali, previste dal vigente ordinamento[578], avrebbe fornito la maggior parte delle risorse necessarie al finanziamento dell'istituto come anche a un deciso riorientamento della spesa per l'assistenza verso i servizi a persone e famiglie in difficoltà[579].

La linea dell'universalismo selettivo improntava pure la proposta – per vero elaborata con un eccesso di zelo organizzativo[580] – di introdurre un indicatore omogeneo e trasparente ai fini della valutazione della situazione economica (e di bisogno) dei beneficiari delle prestazioni (trasferimenti monetari e servizi), ovviando anche qui alla patologica diversificazione dei criteri in uso (nazionalmente e localmente) e alle iniquità distributive dagli stessi amplificate. E analoga considerazione va ripetuta per la proposta d'un assegno per i figli, rivolto – oltre che a lavoratori dipendenti e pensionati – anche a lavoratori autonomi e inoccupati al di sotto di una determinata soglia di reddito[581].

È si troppo noto come l'ampiezza dello sforzo riformatore immaginato dalla Commissione Onofri abbia potuto tradursi solo in piccola parte in atti concreti. Appare però indubitabile come alcune riforme pur timidamente introdotte in tutto o in parte sulla sua scorta, abbiano rappresentato un significativo elemento di innovazione e di autentica modernizzazione – in chiave europea – del welfare italiano.

Tale è stata senza dubbio la creazione di una prima, embrionale rete di prestazioni di cittadinanza – rivolte a individui e famiglie in condizione di grave bisogno e disagio sociale – in sintonia con la filosofia dell'universalismo selettivo[582].

Tra queste, come più volte ricordato, quella di maggior significato innovativo – anche al di là della sua cautissima introduzione come misura sperimentale, transitoriamente applicabile solo in un ridotto numero di comuni "campione" – è sicuramente la previsione del reddito minimo di inserimento (RMI), ex art. 59, 47° e 48° co., l. n. 449 del 1997 e d. lgs. n. 237 del 1998.

---

[578] Ivi, 23, per l'elenco completo delle prestazioni che avrebbero dovuto essere abolite (tra queste, e *in primis*, le integrazioni al minimo).

[579] Ivi, 13.

[580] La Commissione ipotizzava addirittura l'istituzione di un'agenzia nazionale onde pervenire a quello che – col d. lgs. n. 109 del 1998 (poi più volte rimaneggiato) – sarebbe diventato l' "Indicatore della situazione economica" (ISE), popolarmente noto come "riccometro". Cfr. Gorrieri 2002, 81 ss.; Finocchi Ghersi 2001, 19-20.

[581] V. il citato *Documento di base n. 3, Allegato*, 31-32.

[582] Per tale valutazione, v. anche Gorrieri 2002, 74 ss.

Il RMI è una prestazione di cittadinanza a struttura complessa, che a una (esigua) misura di integrazione del reddito del soggetto che versi al di sotto della soglia di povertà unisce, o dovrebbe unire, interventi di integrazione sociale orientati non soltanto e necessariamente al mercato del lavoro ed attivati, in ciascun comune rientrante nella sperimentazione, sulla base di programmi personalizzati, volti al recupero, alla promozione e allo sviluppo delle capacità personali e relazionali e, quindi, della autonomia del soggetto.

Mentre la componente reddituale della prestazione – equiparata all'assegno sociale e pressoché interamente a carico del Fondo per le politiche sociali[583] – è oggetto di un diritto soggettivo perfetto del beneficiario, l'elemento propriamente integrativo della stessa – che connota il RMI come forma di "assistenza attiva" – è concretamente indefinibile a priori, in quanto richiede la specificazione in via "contrattuale" del programma personalizzato di inserimento, onde ne rimane incerta e sfuggente la stessa configurazione giuridica[584].

L'attivazione del beneficiario – sul quale gravano precisi obblighi di "disponibilità" nei confronti dei soggetti erogatori del servizio – dipende, quindi, dalla effettiva capacità di progettazione e implementazione del programma personalizzato, tanto in termini di concreto impegno finanziario, quanto in termini di risorse organizzative e professionali. E sullo scarso successo delle esperienze di reintegrazione (specie, ma non solo, nel mercato del lavoro) e di attivazione dei beneficiari del RMI[585], ha non casualmente pesato la circostanza che tale essenziale componente della misura, a differenza di quella monetaria, grava principalmente sul comune rientrante nella sperimentazione. Tale "asimmetria nel finanziamento in denaro e in natura ha fatto sì che molti comuni scegliessero di garantire esclusivamente la prestazione monetaria, trascurando l'erogazione dei servizi"[586], o, più semplicemente, che non fossero nelle condizioni effettive per rispondere alle esigenze delle persone coinvolte.

I (parzialmente) deludenti risultati ottenuti su questo piano dovrebbero, tuttavia, continuare a consigliare una opportuna correzione[587] di un istituto che – a ragione – occupa un posto centrale ancora nel Piano nazionale per l'inclusione del 2001 e che ha meriti indubbi nel sollievo delle situazioni di bisogno economico più acuto[588]. Mentre vedremo che il Libro bianco sul Welfare del

---

583 Cinelli 2001, 387-388.

584 Per interessanti notazioni sul punto – con riferimento (anche) ad altre prestazioni assistenziali (in favore dei portatori di *handicap*) nelle quali è presente, e talvolta prevalente, la componente personale e relazionale – v. Nicolini 2002, spec. 1625. Si tratta di una questione che tocca uno dei punti nevralgici di una tendenza alla "individualizzazione" dei diritti sociali della quale il RMI, al pari del precedente e modello francese (v. Paugam 1998), rappresenta uno dei fronti più avanzati. Quanti ne colgono l'indubbio aspetto positivo, consistente nel favorire una cittadinanza sociale attiva e partecipativa, e ne evidenziano con enfasi forse eccessiva il carattere "rivoluzionario" (Rosanvallon 1998), sono anche portati a sottovalutare le controindicazioni che ne conseguono sul piano della esigibilità dei diritti sociali e della loro stessa configurabilità come veri e propri diritti soggettivi (v., per qualche spunto critico in tal senso con riguardo all'impianto della l. n. 328 del 2000, Brienza 2002, 58 ss.).

585 Anche in Francia il bilancio del *revenu minimun d'insertion*, a dieci anni dalla sua entrata in vigore, è risultato deludente sotto il profilo dell'effettivo reinserimento lavorativo e sociale degli esclusi (v. ancora Paugam 1998).

586 Boeri e Perotti 2002, 74.

587 Ivi, 112 ss., per articolate proposte in tal senso.

588 Gorrieri 2002, 140, giudica sostanzialmente positivi – nel loro complesso – i risultati della sperimentazione e auspica, giustamente, un potenziamento delle capacità e delle risorse organizzative dei comuni impegnati nella realizzazione dei programmi di reinserimento. Sulla stessa, condivisibile, linea di pensiero, cfr. pure Alti e Maino 2001.

governo Berlusconi bis punta a un sostanziale abbandono del RMI[589].

In sintonia con l'ispirazione universalistico-selettiva del RMI, si pongono, poi, altre due prestazioni sociali non contributive e, appunto, non categoriali, introdotte dal legislatore italiano nel 1998.

Entrambe[590] intendono offrire un primo e parziale rimedio ai rigidi e penalizzanti limiti categoriali della tutela sociale per il carico di famiglia, latamente inteso[591].

La prima – l'assegno alle famiglie bisognose con almeno tre figli minori previsto dall'art. 65 della l. n. 448 del 1998[592] – è una misura di contrasto della esclusione specificamente indirizzata verso una delle fasce ove si registra la maggior concentrazione e persistenza della povertà in Italia[593]. È un assegno per un ammontare (originario) di 200.000 lire mensili e per tredici mensilità, erogato dai comuni a domanda degli interessati, con onere finanziario interamente sostenuto dallo stato.

La seconda – l'assegno di maternità a favore di donne prive di copertura previdenziale, ex 66 della medesima l. n. 448 – unisce una (prevalente) finalità di sostengo alla scelta della filiazione a una (concorrente) finalità di tutela di soggetti in condizioni di (relativo) bisogno ed esclusi dalla sfera di protezione assicurativa e categoriale[594]. L'assegno è erogato per cinque mensilità e anche in questo caso la sua attribuzione è condizionata ad una soglia massima di reddito annuo calcolato mediante l'ISE e modulato secondo le relative scale di equivalenza.

Il Patto sociale per lo sviluppo e l'occupazione del dicembre 1998, per la verità, provava a spingersi ancora oltre nella riforma degli istituti di tutela sociale del carico di famiglia. Si impegnava infatti a una trasformazione dell'assegno per il nucleo familiare in una prestazione universalistica di cittadinanza[595], interamente fiscalizzata, ovvero accollata, in coerenza, al bilancio dello stato[596]. Ma l'operazione – dai costi inevitabilmente elevati – è "rimasta nel limbo delle buone intenzioni"[597].

La spinta riformatrice riusciva tuttavia a ritrovare slancio verso la fine della XIII legislatura. Amalgamando al suo interno con malcelata difficoltà "anime" alquanto diverse[598], la l. n. 328 del 2000 – "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali" – riusciva pur tuttavia a consolidare la costruzione di una coerente politica esplicita contro l'esclusione di

---

589 V. *infra*, al par. 7.

590 Ma è opportuno ricordare anche l'estensione dell'assegno per il nucleo familiare ai lavoratori iscritti alla gestione separata dell'INPS, di cui all'art. 2, co. 26, della l. n. 335 del 1995, e privi di altre forme di tutela previdenziale (art. 59, co. 16, l. n. 449 del 1997).

591 Cfr. Rudan Bricola 1987 e Calafà 2000.

592 Anche in tal caso la selezione delle famiglie beneficiarie è effettuata mediante l'ISE.

593 Gorrieri 2002, 134-135, mette in evidenza che l'80 per cento delle famiglie e della spesa per l'assegno in questione sono concentrate in sei regioni meridionali, a riprova della notevole efficacia distributiva dell'istituto dal punto di vista territoriale.

594 L'art. 49 della l. n. 488 del 1999 ha peraltro introdotto anche un assegno di maternità riservato alle lavoratrici, italiane o straniere, che abbiano un requisito previdenziale ridotto (cosiddette "lavoratrici discontinue"). Anche questo costituisce un sintomo significativo di una tendenza, evidente in quel torno d'anni, a forzare gli angusti limiti categoriali della tutela della maternità e del connesso carico economico. V. Cinelli 2001, 488-489.

595 Pur precipuamente rivolta alle famiglie in condizioni di maggior bisogno, sempre secondo la logica dell'universalismo selettivo.

596 V. Calafà 2000, 184-185.

597 Gorrieri 2002, 129.

598 V. Brienza 2002, 54 ss.; Breda, Micucci, Santanera 2001, VII ss.

forte impronta europea, portando a compimento una riforma dell'assistenza sociale italiana di portata storica per il fatto stesso di essersi – finalmente – realizzata.

5. Stato, regioni e autonomie locali nella lotta all'esclusione sociale.

Ermanno Gorrieri ha scritto che la l. n. 328 "si può, prevalentemente, definire la magna charta del welfare locale: un welfare articolato in funzione della molteplicità e della varietà delle condizioni di bisogno, rilevabili e affrontabili solo da chi opera nel territorio"[599].

Il localismo un po' anarcoide e senza principi dell'assistenza sociale italiana ha in effetti trovato nella legge del 2000 la definizione di un inquadramento e di un'istanza di governance nazionale che non mortifica l'essenziale proiezione regionale e comunale della programmazione e gestione dei servizi sociali, ma semmai la rafforza inserendola all'interno di un'architettura istituzionale pluralistica che ha finalmente pretese di coerenza e organicità[600].

È anche questo un essenziale aspetto "europeo" della riforma del 2000[601]: un unitario quadro di principi generali rappresenta una indispensabile precondizione istituzionale per quell'approccio globale, multidimensionale e integrato delle politiche contro l'esclusione, che viene sempre più insistentemente sollecitato a livello comunitario.

La l. 328 anticipa nel suo impianto anche le linee fondamentali emergenti, in materia, dal testo dell'art. 117 Cost.[602], così come novellato dalla l. cost. n. 3 del 2001. Si può parlare di una sostanziale "preconformazione" della legge quadro rispetto alla riforma del Titolo V della Costituzione[603].

Lo stato ha funzioni essenziali e ad un tempo rigorosamente limitate ai compiti di programmazione, indirizzo, coordinamento, definizione degli obiettivi e dei principi generali e fondamentali dell'azione dei soggetti (pubblici e privati) coinvolti nel complesso e stratificato sistema integrato degli interventi e servizi sociali (art. 9 della l. n. 328). Strumento chiave di tale funzione è la predisposizione del piano nazionale degli interventi e servizi sociali[604], architrave di un processo di programmazione negoziata che si irradia all'interno di tutto il sistema pluralistico e multilivello contemplato dalla legge, ramificandosi in piani regionali e di zona.

Appartiene allo stato il prioritario compito di determinare – comunque in una logica di programmazione partecipata e di concertazione – la ripartizione delle risorse afferenti al Fondo nazionale

---

599 Gorrieri 2002, 105.

600 In ciò la l. n. 328 porta a compimento e generalizza tendenze che erano naturalmente già emerse nella legislazione degli anni Novanta: un passo deciso nella stessa direzione era stato in particolare compiuto dal d. lgs. n. 112 del 1998, attuativo della delega contenuta nella l. n. 59 del 1997 (cfr. Falcon 1998).

601 Cfr. Ales 2003, 22-23 (del dattiloscritto).

602 Per l'analisi della collocazione delle materie della previdenza e dell'assistenza sociale nell'ambito del riparto di competenze legislative tra stato e regioni, così come divisato dal nuovo testo dell'art. 117 Cost., cfr. Poggi 2002; Lagala 2002; Dondi e Zampini 2002.

603 Cfr., in tal senso, tra gli altri, soprattutto Ales 2002; e v. già Id. 2001.

604 Il primo *Piano nazionale degli interventi e servizi sociali (2001-2003)* è stato approvato con d. P. R. del 3 maggio 2001 (in *GU* n. 181, del 6 agosto 2001, *Supplemento ordinario*).

per le politiche sociali e quello di individuare i livelli essenziali e uniformi delle prestazioni[605].

Le regioni sono titolari di compiti di programmazione, coordinamento, indirizzo e valutazione della complessiva attuazione del sistema integrato nel proprio ambito territoriale. L'art. 8, co. 3, lett. o), della l. n. 328 del 2000 conferisce loro anche l' "esercizio di poteri sostitutivi, secondo le modalità indicate dalla legge regionale […], nei confronti degli enti locali inadempienti" alle loro primarie funzioni di attuazione del sistema integrato dei servizi sociali. È ai comuni[606], infatti, che l'art. 6 della legge assegna la titolarità delle funzioni amministrative concernenti gli interventi svolti a livello locale e, in primo luogo, la "programmazione, progettazione, realizzazione del sistema locale dei servizi sociali a rete" (co. 2, lett. a), nonché la erogazione dei servizi stessi e delle prestazioni non riservate ad altri soggetti (lett. b).

I principi fissati dalla legge n. 328 – ed in specie la riscrittura delle funzioni statali ivi contenuta – appaino, come già accennato, in sostanziale armonia col mutato quadro costituzionale[607], nel cui ambito le regioni vedono sensibilmente accresciuto il loro ruolo, con l'attribuzione di una competenza legislativa esclusiva in materia di assistenza sociale[608]. Essi paiono in particolare del tutto sintonici con la riserva in favore della legislazione esclusiva dello stato contenuta nell'art. 117, co. 1, lett. m), Cost., in ordine alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"[609].

La l. n. 328 del 2000 assolve, in effetti, in primo luogo e direi soprattutto, ad una fondamentale funzione di assicurazione di condizioni unitarie di soddisfazione di prioritari diritti di cittadinanza sociale, "in coerenza", come recita la sua disposizione di apertura, "con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione". La legge, anzi, a fronte di un quadro di esasperata differenziazione delle situazioni locali, intende dare piena attuazione a tali previsioni costituzionali, in quanto pone le premesse per portare a un livello (essenziale), comune all'intero territorio della Repubblica, basilari prestazioni di cittadinanza sociale.

La centralità del ruolo dello stato nella garanzia dei diritti (civili e sociali) fondamentali della persona non contraddice l'assetto "federalistico" dell'assistenza sociale[610]. Essa è diretta ad assicurare quella unitarietà sostanziale dei fondamenti della cittadinanza[611] che – seppure in misure e modi molto diversi – è tipica delle esperienze federali.

In tal senso, i livelli essenziali – in quanto direttamente collegati ai principi di solidarietà e di egua-

---

[605] I due momenti – qualificanti il ruolo dello stato – sono strettamente integrati, ed infatti l'art. 20, co. 4, della l. n. 328 del 2000 prevede che la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni sia effettuata contestualmente a quella delle risorse da destinare al Fondo per le politiche sociali.

[606] Il ruolo delle province (v. l'art. 7 della l. n. 328) è decisamente marginale all'interno del complessivo assetto istituzionale decentrato del sistema degli interventi e servizi sociali.

[607] È anche la valutazione di Sorace 2003, 9.

[608] V. Caravita 2002, 80 ss. e in particolare 87; Lagala 2002, 374.

[609] Ma v. altresì l'art. 120, co. 2, Cost., che prevede un potere-dovere di sostituzione del governo rispetto alle regioni, tra l'altro "quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali".

[610] Rossi e Benedetti 2002, 24.

[611] Poggi 2002, 328-329.

glianza sostanziale (artt. 2 e 3, co. 2, Cost.) – non coincidono con un'idea di "minimo comun denominatore". La unitarietà "qualitativa"[612] delle condizioni di cittadinanza sociale, cui essi sono funzionali, non ne fa, quindi, livelli "minimi", se non nel senso che fissano un limite di garanzia al di sotto del quale le regioni non devono scendere, né "ridotti standard comuni"[613]. La determinazione dei livelli essenziali deve per contro avvenire in una prospettiva di progressivo riallineamento delle situazioni regionali più arretrate rispetto a quelle più avanzate, e quindi puntare verso standard elevati che inneschino processi di "competizione in positivo"[614], forme di race to the top tra le regioni.

Pur senza pregiudicarne eventuali, diverse scelte future[615], i livelli di tutela attualmente garantiti dal legislatore nazionale – e dalla l. n. 328 in particolare – dovranno essere quindi considerati come "standard minimi inderogabili"[616] in pejus dalle regioni, che ovviamente saranno libere, disponendo delle relative risorse, di fornire prestazioni o servizi sociali migliorativi, aggiuntivi o integrativi.

Sulla scorta della l. n. 328, il Piano sociale nazionale del 2001 offre una metodologia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni che pare in linea con tali indicazioni e che viene, ora, espressamente confermata dallo stesso Libro bianco sul Welfare[617], anche se è importante sottolineare come il legislatore nazionale non possa prescindere dalla articolazione di un nucleo comune di diritti sociali fondamentali e di vincolanti standard (anche quantitativi) di tutela, quale "nocciolo duro" dei livelli richiesti dall'art. 117, co. 1, lett. m), Cost.

Nel Piano[618] i livelli essenziali delle prestazioni sono disegnati – tenuto conto delle risorse disponibili – con riferimento all'insieme dei principi generali ispiratori della legge quadro e a una griglia articolata su tre dimensioni, costituite da: "aree di intervento", "tipologia dei servizi e delle prestazioni", e "direttrici per l'innovazione nella costruzione della rete degli interventi". Tra le aree di intervento, la priorità viene assegnata alle responsabilità familiari, ai diritti dei minori, alle persone anziane, al contrasto alla povertà, ai disabili (soprattutto gravi) e alle droghe.

6. Lotta all'esclusione e sistema integrato degli interventi e dei servizi sociali dopo la legge quadro n. 328 del 2000.

La legge quadro si propone obiettivi ambiziosi, la cui formulazione non riesce a rimanere del tutto immune da accenti enfatici, che rischiano di approfondire lo scarto con la realtà: "La Repubblica – recita l'art. 1 – assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi

---

[612] Ales 2002, 350 e 359.

[613] Pallini 2002, 42; in senso analogo, tra gli altri, Ferraro 2003, 8; Poggi 2002, 341-342.

[614] Così ancora Pallini 2002, 42.

[615] Scelte che, comunque, resterebbero come sempre sindacabili sotto il diverso ed autonomo profilo della ragionevolezza e della congruità con i principi ricavabili – per quanto qui più interessa – dai precetti contenuti nell'art. 38 Cost. (cfr., di recente, Giorgis 1999, 57 ss.).

[616] Lagala 2002, 375; analogamente Ales 2002, 360.

[617] V. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 2003, 29-30.

[618] Parte III.1.

sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno, e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza del reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione".

Pur dando atto della lontananza tra l'enfasi delle ambizioni e la più modesta portata delle traduzioni pratiche, costrette in primo luogo dalla scarsità dei fondi disponibili, peraltro aumentati dal legislatore del 2000[619], sarebbe tuttavia ingeneroso considerare la l. n. 328 come "un'eccellente dichiarazione di buone intenzioni, con scarso contenuto operativo"[620].

La lotta contro la povertà e l'esclusione è per la prima volta collocata all'interno – al centro – di un insieme organico di interventi e politiche, che poggiano su alcuni principi normativi, la cui affermazione ha di per sé un significato – operativo e concreto – di forte innovazione istituzionale nel welfare italiano.

Innanzitutto, la l. n. 328 consolida quella linea di "universalismo selettivo" già posta al centro delle proposte della Commissione Onofri e dei primi conati di riforma degli anni precedenti.

Il sistema integrato degli interventi e servizi sociali "ha carattere di universalità" (art. 2, co. 2, l. n. 328); nello stesso tempo, hanno accesso prioritario alle prestazioni di cittadinanza sociale contemplate dalla legge "i soggetti in condizioni di povertà o con limitato reddito o con incapacità totale o parziale di provvedere alla proprie esigenze per inabilità di ordine fisico e psichico, con difficoltà di inserimento nella vita sociale attiva e nel mercato del lavoro, nonché i soggetti sottoposti a provvedimenti dell'autorità giudiziaria che rendono necessari interventi assistenziali" (co. 3° della medesima disposizione).

Di fronte alla limitatezza delle risorse disponibili, la logica universalistica della cittadinanza è temperata dalla ragionevole selezione dei destinatari "preferenziali" degli interventi sociali sulla base della relativa condizione di bisogno e disagio.

La legge avvia in questa prospettiva un'opera di ristrutturazione della logica operativa delle prestazioni e degli interventi del "sistema integrato", che resta, però, largamente incompleta.

Si realizza un primo passo per spostare il baricentro del sistema da trasferimenti monetari, rigidamente standardizzati e di carattere prevalentemente risarcitorio, a prestazioni e servizi integrati a persone e famiglie, capaci di adattarsi in modo flessibile e personalizzato alla condizione di bisogno dei destinatari, favorendo il loro coinvolgimento "attivo" e "responsabile"[621].

E tuttavia, la struttura portante delle prestazioni assistenziali resta pressoché immutata. La delega per il riordino degli emolumenti derivanti da invalidità civile, cecità e sordomutismo (art. 24 della l. n. 328), rivolta, in primo luogo, alla istituzione di un reddito minimo per le situazioni di disabilità totale e parziale, è rimasta inattuata. Lo stesso RMI non riesce nella legge ad affrancarsi definitivamente da una dimensione sperimentale, anche se nell'art. 23 si prelude a una sua imminente

---

[619] V. i dati riportati dal *Piano nazionale per l'inclusione 2001*, 34 ss.

[620] Boeri e Perotti 2002, 97.

[621] Il *Piano sociale* del 2001 parla di un "*Welfare delle responsabilità*", che "promuove la solidarietà sociale attraverso la valorizzazione delle iniziative delle persone, delle famiglie, delle forme di auto-aiuto e di reciprocità, nonché della solidarietà organizzata".

stabilizzazione nell'ordinamento e a una sua estensione su tutto il territorio nazionale come misura generale di contrasto della povertà, alla quale ricondurre anche gli altri interventi di sostegno del reddito, come gli assegni e le pensioni sociali (di cui, rispettivamente, agli artt. 3, co. 6, l. n. 335 del 1995 e 26, l. n. 153 del 1969).

In secondo luogo, oltre che nella già vista dimensione verticale, la legge quadro dà concreta rilevanza al principio di sussidiarietà nella sua dimensione orizzontale, "quale strumento di promozione, coordinamento e sostegno che permette alle formazioni sociali (famiglie, associazioni, volontariato, organizzazioni non profit in genere, aziende, ecc.) di esprimere al meglio, con la piena garanzia di libertà di iniziativa, le diverse e specifiche potenzialità", come si esprime il Piano sociale nazionale del 2001.

Il coinvolgimento della società civile e del mondo del "privato-sociale", nelle sue molteplici e multiformi espressioni, viene perseguito dalla legge e, sulla sua scorta, dal Piano sociale nazionale, lungo tutto il percorso della progettazione, programmazione, e realizzazione degli interventi sociali. Il sistema di erogazione dei servizi sociali viene in particolare fortemente incentrato sulla relazione tra ente locale e terzo settore, anche attraverso l'utilizzo di strumenti scarsamente diffusi in tale campo o senz'altro innovativi (si pensi all'adozione delle "carte dei servizi" e all'introduzione, ex art. 17 della l. n. 328, dei cosiddetti "buoni-servizio"). Nell'impianto della legge resta comunque ben fermo in capo alle istituzioni pubbliche il ruolo fondamentale di garanzia della risposta ai bisogni sociali, in termini di "esistenza, qualità, accessibilità"[622] del servizio.

È anche questo un profilo di indubbia innovazione istituzionale della l. n. 328, che risponde tanto a indirizzi comunitari, quanto dalle previsioni del Titolo V riformato, anche in tal caso con una sostanziale pre-conformazione della legge quadro ai nuovi principi costituzionali[623].

Si può dunque affermare che la legge quadro del 2000 recepisce, consolida ed espande, nel suo complesso, le principali innovazioni degli anni Novanta in tema di politiche assistenziali. Col Piano sociale del 2001 gli interenti di contrasto della povertà vengono per la prima volta inseriti all'interno di un disegno organico e pensati come prioritario obiettivo di azione di un welfare pluralistico, decentrato, che diventi capace di integrare "in rete" gli attori istituzionali e del privato-sociale, utilizzando al meglio le risorse disponibili.

La lotta all'esclusione sociale tiene conto del carattere multidimensionale del fenomeno con esplicito richiamo al nuovo obiettivo strategico di Lisbona. Essa è condotta sul piano delle politiche attive del lavoro, della formazione e dello sviluppo locale, e in particolare delle politiche di conciliazione tra partecipazione al mercato del lavoro e responsabilità di cura familiare, "nella misura in cui molta povertà è dovuta all'esclusivo impegno domestico delle madri, specie nel caso di famiglie con un solo genitore e delle famiglie numerose"[624].

Un ruolo centrale è tuttavia assegnato alle politiche sociali e assistenziali in specie, al cui ridisegno è appunto rivolta la l. n. 328 del 2000.

---

[622] Come si esprime ancora il *Piano sociale nazionale*.

[623] V., in particolare, l'ultimo comma dell'art. 118 Cost., alla cui stregua "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". Per una discussione del significato generale della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale nella sfera della garanzia dei diritti sociali, cfr. Rescigno 2002; Albanese 2002.

[624] Così il *Piano sociale nazionale*.

La redistribuzione di una quota adeguata di risorse economiche ai soggetti in condizione di povertà è considerata un ingrediente indispensabile della lotta all'esclusione, nella misura in cui partecipa direttamente all'obiettivo di restituire alle persone la capacità di condurre una vita dignitosa. L'estensione su tutto il territorio nazionale del RMI viene programmata in questa prospettiva, oltre che per "ottemperare alla raccomandazione europea del 1992 relativa all'impegno di ogni paese a fornire a tutti i cittadini la garanzia di un livello minimo di risorse e prestazioni sufficiente a vivere conformemente alla dignità umana"[625].

Sotto questo profilo, il limite principale della legge quadro sta, semmai, nel fatto di non aver inciso se non marginalmente sulle strutture fondamentali del welfare categoriale italiano.

7. Ascesa e declino del reddito minimo di inserimento: l'europeizzazione delle politiche di inclusione sociale secondo il "*Libro bianco sul Welfare*" del Governo Berlusconi.

Il primo Piano nazionale per l'inclusione (PAN) – redatto nel giugno 2001 – riflette ancora fedelmente la linea di politica del diritto che trova nella l. n. 328 il suo punto di approdo. Non è un caso che il Piano – il primo a essere elaborato nell'ambito del neo-inaugurato processo comunitario di inclusione – indichi proprio nella legge quadro e nella prevista estensione del RMI i due momenti di forza dell'impegno italiano nella lotta all'esclusione, sottolineando l'ispirazione europea degli stessi[626].

La politica sociale – accanto a quella del lavoro – resta, insomma, al centro del PAN 2001.

Di segno sostanzialmente diverso appare, invece, l'indirizzo di fondo accolto dal Libro bianco sul Welfare del febbraio 2003[627]. I continui richiami agli obiettivi strategici e agli orientamenti europei servono, infatti, in questo caso, a coonestare un approccio "globale" in cui la lotta contro l'esclusione prescinde, in realtà, largamente dalle politiche sociali, soprattutto di segno distributivo, e si realizza essenzialmente con altri strumenti di intervento, soprattutto – o quasi solo – con le politiche attive del lavoro (i. e. di flessibilizzazione del mercato del lavoro) e la politica (di riduzione del carico) fiscale (gravante sulle famiglie).

Pur proponendosi come punto di partenza per la costruzione di quella che "potrà diventare la prima agenda sociale del Paese"[628], il Libro bianco sul Welfare è in realtà particolarmente povero di proposte operative e si segnala essenzialmente per gli orientamenti analitici e per le professioni politico-ideologiche del governo di centro-destra.

La fondamentale premessa analitica è che il vecchio stato sociale redistributivo sia entrato in una "crisi irreversibile"[629], che costringe a ripensare completamente il tema della coesione sociale nella società competitiva e nell'economia globalizzata. Di fronte alla "forza pervasiva" assunta

---

[625] *Ibid.*

[626] Nel *Rapport conjoint* tali aspetti vengono positivamente apprezzati, sottolineandosi la stretta correlazione tra RMI e raccomandazione del 1992 (Commission européenne 2001, 129-132).

[627] Ministero del Lavoro 2003.

[628] Ivi, 33.

[629] Ivi, 5.

dalla concorrenza tra i modelli socio-economici, occorre ripensare radicalmente l'intervento sociale dello stato. "Il vero cambiamento sta tutto qui: la concorrenza rende obsoleta qualunque politica sociale e salariale di tipo egalitaristico basata su vecchi modelli. Proprio a causa dei vincoli originati dalla concorrenza, oggi non è possibile pensare di perseguire la giustizia sociale limitandosi a trasferire ricchezza dai settori o dalle aree a più alta produttività verso quelli meno produttivi"[630].

La solidarietà deve sottostare allora a questo deciso riorientamento competitivo e produttivistico per non soccombere di fronte alle pressioni della concorrenza internazionale e continuare a produrre la necessaria coesione sociale. Lo stato deve perciò investire nel sociale limitando al minimo indispensabile l'intervento di tipo redistributivo, tendenzialmente paternalistico e distorsivo, e innescando invece processi di attivazione dei soggetti (individui e, soprattutto, famiglie) che incontrino nel loro ciclo di vita situazioni di fragilità e bisogno.

È in coerenza con tali premesse analitiche, che il Libro bianco delinea la strategia di fondo per affrontare le due priorità strategiche, i "due assi portanti sui quali fondare il quadro operativo delle politiche future"[631]: da un lato, la gestione della transizione demografica; dall'altro, il rilancio del sostegno alla "integrità della famiglia"[632], "relegata "dall'ideologia" in fondo alla scala delle priorità sociali moderne"[633].

L'invecchiamento della popolazione e il declino demografico – pur costituendo un problema e una sfida largamente comuni ai welfare europei – rivestono tratti di particolare acutezza e gravità in Italia. Il Libro bianco non delinea una precisa strategia operativa e si limita sollecitare, da un lato, politiche favorevoli alla natalità, sostenendo soprattutto le giovani coppie e ampliando i servizi in favore della famiglia, e dall'altro a innalzare l'età di uscita dal mercato del lavoro dei lavoratori anziani, in linea con gli orientamenti comunitari sull'occupazione.

Il sostegno della famiglia – che si pensa rigorosamente (e ideologicamente) limitato a quella "fondata sul matrimonio"[634] – rappresenta il centro gravitazionale del Libro bianco. L'obiettivo di fondo è quello di riconoscere "il suo ruolo di soggetto protagonista del welfare", quale "potente ammortizzatore sociale" ed efficace sistema di protezione dei suoi componenti[635].

Se i processi sociali e demografici in corso tendono a erodere i tradizionali ruoli assistenziali della famiglia italiana, l'obiettivo fondamentale dell'azione pubblica è quello di sostenerli, di ripristinarli nel mutato contesto. In una prospettiva che si potrebbe definire di "modernizzazione conservatrice" del familismo tipico del welfare regime nazionale, il superamento della "crisi del modello reale"[636] della famiglia tradizionale – di cui pure il Libro bianco mostra consapevolezza – è affidato

---

[630] *Ibid.* (corsivo nell'originale).

[631] Ivi, 7.

[632] Ivi, 34.

[633] Ivi, 7.

[634] Le convivenze di fatto, di cui pure non si stenta a riconoscere il crescente rilievo sociale, specie nel Centro-Nord, restano fuori dell'orizzonte politico-ideologico del *Libro bianco*.

[635] Ministero del Lavoro 2003, 14.

[636] Ivi, 8.

allo slancio volontaristico di un insieme di politiche di sostegno, il cui pilastro è costituito da quella fiscale. Introdurre un modello di fiscalità capace di assorbire una parte consistente del mantenimento dei figli appare, in particolare per le classi di reddito basso e medio, la priorità del governo[637].

Servizi per l'infanzia, misure di conciliazione tra lavoro e attività di cura (ad esempio, tramite l'incentivazione del part-time, nei termini previsti dalla l. n. 30 del 2003), politica degli alloggi (specie per le giovani coppie), sono gli altri strumenti complementari indicati allo stesso fine dal Libro bianco, che si mostra emblematicamente cauto sul tema dei trasferimenti monetari. Pur critico delle carenze e delle distorsioni determinate dall'attuale configurazione dell'assegno per il nucleo familiare – la cui voce di spesa si riconosce "diventata nel tempo una catena di montaggio per avanzi di bilancio"[638] – il Libro bianco non dà alcuna indicazione in merito a una possibile riforma dell'istituto.

Lo spazio per il ruolo distributivo dei trasferimenti monetari pubblici, generalmente molto contenuto nel documento, si riduce ancor più significativamente nel contesto delle politiche di inclusione sociale. Nell'indicare le azioni in atto o a breve in materia, il Libro bianco esordisce affermando che "una efficace politica dei redditi è lo strumento principale per dare stabilità e forza alla crescita economica, assicurare il proseguimento dell'equilibrio della finanza pubblica compatibilmente con gli impegni del patto di stabilità e di crescita così come definiti nel Consiglio europeo di Siviglia, salvaguardare il potere d'acquisto delle retribuzioni, conseguire l'innalzamento del tasso di occupazione e ridurre le esclusioni sociali, secondo quanto deciso dal Consiglio europeo di Lisbona"[639].

La tranche di riforma fiscale attuata dalla legge finanziaria per il 2003 e la legge delega per la riforma del mercato del lavoro sono i due elementi "propulsivi" della strategia europea di inclusione sociale del governo. Riduzione del carico fiscale, specie a favore delle fasce di reddito medio (e alto), e flessibilizzazione spinta del mercato del lavoro sono i due cardini delle politiche di inclusione, assieme alle menzionate (deboli) politiche di sostegno delle famiglie.

"Nell'ottica del from welfare to work lo sviluppo dell'occupazione costituisce un elemento fondamentale della lotta all'esclusione sociale"[640]; un elemento rispetto al quale il RMI viene, invece, giudicato distonico.

Riprendendo valutazioni già apoditticamente fissate nel Patto per l'Italia del luglio 2002[641], il Libro bianco afferma che "il reddito minimo di inserimento ha consentito di verificare la impraticabilità di individuare attraverso la legge dello Stato i soggetti aventi diritto a entrare in questa rete di sicurezza sociale"[642]. Per questo motivo, scadutane la sperimentazione, esso sarà sostituito da un

---

637 Ivi, 17.

638 Ivi, 19.

639 Ivi, 37.

640 Ivi, 24.

641 V. in particolare il punto 2.7 *Patto per l'Italia – Contratto per il lavoro. Intesa per la competitività e l'inclusione sociale*, sottoscritto, come noto, da governo e parti sociali con l'eccezione (e l'opposizione) della Cgil.

642 Ministero del Lavoro 2003, 37.

nuovo sistema parimenti sperimentale – il "reddito di ultima istanza" – "da realizzare e co-finanziare in modo coordinato con il sistema regionale e locale"[643].

Il precoce "de profundis"[644] del RMI chiude in realtà – come è stato ben osservato – "ogni spiraglio all'introduzione di uno schema di reddito minimo garantito nel nostro paese, allorché lo riduce a programma regionale cofinanziato in misura minore dal Fondo per le politiche sociali"[645].

Affidare il finanziamento del reddito di ultima istanza in via principale alle regioni significa infatti porre le premesse per quella perpetuazione di "un universo di sistemi di welfare locali differenziati"[646], alle cui distorsioni e ingiustizie distributive aveva cercato di porre un argine – con una forte carica di innovatività rispetto alla tradizione del welfare regime italiano – proprio l'introduzione di un istituto solidaristico di cittadinanza definito e finanziato a livello nazionale. Ed invero, programmi con finalità distributive, come il RMI, "non possono che essere finanziati in larga misura a livello centrale, prevedendo al più un co-finanziamento molto contenuto delle amministrazioni locali, e fissando condizioni d'accesso uguali su tutto il territorio nazionale"[647]. Diversamente, come è ovvio, essi finirebbero per essere attuati solo dalle regioni e dalle comunità locali che si trovino nelle condizioni (in primis finanziarie) per poterlo fare.

Il rischio insito nella linea tracciata dal Patto per l'Italia e poi dal Libro bianco è quindi quello di una completa disarticolazione del sistema che si stava faticosamente tentando di costruire[648].

Anche in questo significativo frammento di ritorno allo status quo ante c'è l'eco di quella restaurazione pseudo-modernizzatrice che rimette al centro del welfare nazionale il ruolo assistenziale della famiglia in vista di una sostanziale contrazione delle responsabilità pubbliche nella lotta all'esclusione[649]. A fronte della decisa spinta alla "deregolamentazione" del mercato del lavoro operata dalla l. n. 30 del 2003 con la moltiplicazione di figure contrattuali "atipiche" poco o punto garantite, sembra essersi completamente eclissato anche qualunque conato verso la costruzione di una rete universalistica di sicurezza sociale attiva, di cui pure – in astratto – non si smette di avvertire l'esigenza[650].

---

[643] *Ibid.*

[644] Boeri 2002, 30.

[645] Boeri e Perotti 2002, 178, nota 1.

[646] Mingione 1999, 18.

[647] Boeri 2002, 31.

[648] Treu 2002b, 553.

[649] Onofri 2002, 120, che giustamente individua in questo senso una forte discontinuità della linea di politica sociale che trova consacrazione – prima che nel *Libro bianco sul Welfare* – nel *Patto per l'Italia*. Un altro importante profilo di "rottura col passato" (ivi, 124) è a ragione ravvisato dall'A. nel fortissimo peso assegnato prospetticamente agli enti bilaterali nella gestione di importanti spezzoni del *welfare*, con l'attribuzione agli stessi di funzioni di organizzazione ed erogazione di prestazioni di protezione sociale *sostitutive* (e non semplicemente integrative) di quelle pubbliche. Sulla medesima scia si sono del resto – per altri profili – già incamminati la l. delega n. 30 del 2003 e lo schema di decreto legislativo che intende darvi attuazione.

[650] Lo stesso rafforzamento della tutela ordinaria contro la disoccupazione, previsto dal *Patto per l'Italia*, costituisce in realtà una misura del tutto inadeguata in questa direzione. Il limite principale deriva dal fatto che – oltre a essere insufficientemente finanziato (v. Boeri e Perotti 2002, 162) – esso non si inserisce all'interno di una revisione organica del sistema degli ammortizzatori sociali e non prevede, in particolare, una estensione della platea tradizionale dei beneficiari della tutela. Nel ddl di delega governativo sul riordino degli ammortizzatori sociali – peraltro pericolosamente vago e indeterminato nei suoi principi direttivi (Balletti 2002) – non si intravede una risposta a tale esigenza. Di essa si fa invece carico il ddl di iniziativa parlamentare n. 1674 presentato al Senato nell'agosto 2002 (primo firmatario Treu), che, tra le altre cose (per una sintesi dei relativi contenuti v. lo stesso Treu 2002a, 207 ss., nonché Id.

8. Inclusione sociale, "attivazione" e "redistribuzione": l'ambivalente economia politica del metodo europeo di coordinamento aperto

Il preannunciato abbandono dell'esperimento del RMI, con il sostanziale ritorno a forme "decentralizzate" di minimo vitale, richiama inevitabilmente in causa il ruolo dell'intervento comunitario nella lotta contro l'esclusione sociale.

Si è ricordato quanto il tentativo di introdurre in Italia uno schema nazionale di reddito minimo garantito sia debitore degli influssi comunitari e, in particolare, delle "sollecitazioni" provenienti dalla raccomandazione del 1992. Il fatto che le politiche di inclusione contemplate nel Libro bianco sul Welfare si richiamino lo stesso espressamente alla strategia di Lisbona, e reclamino anzi una (maggior) coerenza di fondo con gli orientamenti comunitari, non può allora non indurre a interrogarsi sul significato del ruolo svolto al riguardo dal livello di governo sovranazionale.

Non sembra, infatti, che la questione possa essere semplicisticamente risolta nel senso che si sia in presenza di un (altro caso di) uso strumentale e scorrettamente opportunistico del diritto e/o della politica (sociale e/o del lavoro) comunitaria[651]. C'è probabilmente anche questo, ma non si tratta solo di questo.

Il punto critico che si intende mettere in evidenza qui è che anche se fosse ravvisabile – come credo – una certa dose di strumentalizzazione del discorso comunitario sulla modernizzazione dei sistemi di protezione sociale e la lotta contro l'esclusione, questo, in realtà, si lascia, per così dire, facilmente strumentalizzare, specie in tale fase iniziale del processo di coordinamento aperto in tema di inclusione.

L'apertura a diverse e finanche opposte possibilità di "lettura" e di "traduzione", e quindi la vocazione a legittimare scelte e percorsi di politica del diritto estremamente diversificati in relazione ai differenti contesti nazionali, rappresentano uno dei tratti caratterizzanti del "multi-language legal discourse"[652] che si svolge sotto il manto procedurale del metodo di coordinamento aperto.

Uno dei maggiori motivi di successo della strategia comunitaria in materia di occupazione, come già del diffuso consenso alla sua "costituzionalizzazione"[653] da parte del Trattato di Amsterdam, è proprio la sua vocazione a far convivere filosofie politiche e regolative molto diverse.

Gli orientamenti in materia di occupazione sono stati ad esempio efficacemente definiti come "una curiosa miscela di obiettivi politici neo-liberali, che mettono l'accento su deregolazione e

---

2002b, 543 ss.), prevede che il trattamento di disoccupazione diventi universalistico, con estensione ai lavoratori economicamente dipendenti (art. 18), e che si rinnovi anche la tutela economica a requisiti ridotti per i lavoratori subordinati discontinui, con la dilatazione, anche in tal caso, della platea dei beneficiari e l'uniformazione del requisito di anzianità lavorativa, portato, per tutti, a 70 giorni (art. 17). Il ddl in questione contempla, altresì, innovative forme di sostegno del reddito di tutte le persone che svolgono prestazioni di lavoro subordinato in forma discontinua o parziale come anche attività caratterizzate da una situazione di dipendenza economica (art. 21), ipotizzando l'introduzione di forme di *in-work-benefits* intesi ad aiutare i soggetti in difficoltà economica senza scoraggiarne l'impegno nel lavoro regolare.

651 Il *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia* dell'ottobre 2001 offre a mio avviso l'esempio più organico ed elaborato di questo atteggiamento politico di fronte alla Comunità. Un altro caso particolarmente illustrativo è costituito dalla vicenda della attuazione della direttiva comunitaria sul contratto di lavoro a termine (v. Zappalà 2001).

652 Sciarra 2000.

653 Barnard 1997, 281.

responsabilità individuale quanto a formazione e mobilità nel mercato del lavoro, e strategie neo-corporatiste, che puntano a soluzioni collettive capaci di riconciliare flessibilità e sicurezza"[654].

L'osservazione può essere a fortiori ripetuta per le prime indicazioni emergenti dal più immaturo – e più debole[655] – processo di inclusione sociale.

Anche qui convivono discorsi sensibilmente diversi, in nome dello stesso invito generale ad adottare un approccio "globale", "onnicomprensivo", "multidimensionale" e, quindi, necessariamente "misto", nelle politiche contro l'esclusione[656].

E così, la filosofia del "to make the work pay" e del "from welfare to work"[657] richiama alla mente politiche di "attivazione" dell'intervento sociale che potrebbero arrivare benissimo a iscriversi in una logica di vero e proprio workfare[658], come tale molto lontana, ad esempio, dal concetto francese delle politiche di inclusione[659]. Accanto all'enfasi sul riorientamento "produttivo" delle risposte dello stato sociale, è però senz'altro compresente anche una più tradizionale strategia di convergenza in materia di risorse e prestazioni sufficienti, che punta esplicitamente al miglioramento e all'estensione dei meccanismi protettivi di redistribuzione del reddito[660].

Negli obiettivi di lotta contro la povertà e l'esclusione sociale approvati a Nizza – promuovere la partecipazione all'occupazione nonché l'accesso di tutti alle risorse, ai diritti, ai beni e ai servizi; prevenire i rischi di esclusione; intervenire in favore delle persone più vulnerabili; mobilitare l'insieme degli attori[661] – possono così agevolmente riconoscersi politiche di segno molto diverso. Gli stessi indicatori sociali riflettono bene – nell'enfatizzare il confronto sulle misure di performance più che di policy[662] – tale apertura o se si vuole tale neutralità rispetto a filosofie dell'inclusione potenzialmente molto distanti l'una dall'altra.

Nel sincretismo politico-culturale della strategia comunitaria per l'occupazione, come ora del processo aperto di inclusione, sta pure la sua forte ambivalenza dal punto di vista normativo: in realtà, come è stato detto, "convergent and divergent patterns of regulation are compatible with OMC"[663].

---

654 Deakin e Reed 2000, 95 (trad. mia).

655 De la Porte 2002, sottolinea come – a differenza della strategia in materia di occupazione, che esplica, sotto la decisa guida della Commissione, una forte pressione alla convergenza tra le politiche nazionali – il metodo aperto di coordinamento nel settore della protezione sociale e dell'inclusione sia sorretto da una più debole logica "intergovernativa", immediatamente visibile – oltre che nel ruolo meno attivo dell'esecutivo comunitario – nell'assenza della possibilità di rivolgere raccomandazioni agli stati membri. Il metodo aperto di inclusione è più fragile – anche a causa della mancanza di una precisa base costituzionale nel Trattato – e inevitabilmente più "rispettoso delle priorità politiche nazionali" (ivi, 1 del dattiloscritto).

656 Cfr. Commission européenne 2001, 27 ss.

657 V. Vleminckx e Berghman 2001, 44.

658 Cfr. Jordan 1996, 33 ss. Ad esempio, la riforma del sistema di tutela britannico contro la disoccupazione – con la introduzione, nel 1996, della *Job Seeker's Allowance* – ha forti connotati workfaristici, "per nulla messi in discussione dal *Labour* dopo la sua ascesa al potere" (Barbier 1998, 18).

659 Cfr. ancora Barbier 1998, 31 ss.

660 Lo sottolinea giustamente Ales 2003, 20-21 (del dattiloscritto). V. ad es. Commission européenne 2001, 16.

661 La promozione delle pari opportunità tra uomini e donne è un obiettivo trasversale, da attuare in tutte le politiche contro l'esclusione ("*gender mainstreaming*").

662 V. Atkinson, Cantillon, Marlier, Nolan 2002, 19 ss.; Giammusso, Tangorra 2003, 14 ss. (del dattiloscritto).

663 Sciarra 2003a, 9 (del dattiloscritto).

Lo stesso confronto tra ordinamenti giuridici e modelli regolativi nazionali risulta filtrato attraverso un processo che, privilegiando tecniche come il benchmarking e l'utilizzo di indicatori statistici, economici e sociali[664], si mantiene distante dal metodo della comparazione giuridica e, forse, è ad esso del tutto "estraneo"[665]. Diventa perciò particolarmente problematico tradurre gli orientamenti politici nel linguaggio dei "diritti" (ad esempio di "inclusione"), ed anche difficile misurare con criteri giuridici il grado di "adeguamento" agli stessi da parte del sistema nazionale[666].

Da questo punto di vista, lo stesso progressivo affinamento di comuni indicatori sociali, oggi ad uno stadio pressoché iniziale di elaborazione, come anche la definizione di target e obiettivi sempre più precisi (anche e soprattutto in termini quantitativi)[667], difficilmente aggiungerebbero qualcosa a questa tendenziale "neutralità" o "ambivalenza" normativa del processo aperto di inclusione[668].

C'è insomma il rischio che il metodo di coordinamento aperto diventi un contenitore universale dentro il quale finisca per smarrirsi pure la sua più pubblicizzata e promettente qualità istituzionale: la capacità di stimolare l'apprendimento reciproco tra gli stati membri e – per questa via – l'innovazione politica attraverso la diffusione delle "migliori prassi"[669]. Rischio associato a quello – in certo senso complementare – che esso serva da strumento di legittimazione anche di scelte politiche che di europeo hanno, nel migliore dei casi, un posticcio travestimento retorico, quando non si iscrivano addirittura in una logica di "rinazionalizzazione degli interventi contro povertà ed esclusione sociale"[670].

9. Conclusioni.

L'esigenza di un più forte e vincolante ancoraggio normativo del metodo del coordinamento aperto viene avvertita anche da chi guarda senza pregiudizi e anzi con tendenziale favore a questo nuovo strumento di governance sociale comunitaria[671]. Tale esigenza è comunemente associata all'idea di fare dei diritti sociali fondamentali – riconosciuti al più alto livello costituzionale comunitario – "lo scenario delle "regole del gioco", o il contesto architettonico entro cui si sviluppa il modello sociale europeo, nelle sue molteplici forme"[672], appunto secondo la logica dello stesso metodo di coordinamento aperto[673].

---

[664] Cfr. il già citato, importante lavoro di Atkinson, Cantillon, Marlier, Nolan 2002.

[665] Sciarra 2003a, 4 (del dattiloscritto). Per valutazioni di segno diverso v., peraltro, Ales 2003, 6-7 (del dattiloscritto), secondo cui col metodo del coordinamento aperto si formalizza "un meccanismo mimetico a livello interordinamentale già ampiamente noto ai cultori degli studi comparatistici che porta spesso il legislatore nazionale ad attingere a esperienze maturate in altri ordinamenti".

[666] Parlare di "adeguamento" è probabilmente improprio e comunque non cancella un "sotterraneo senso di ambiguità" (Sciarra 2003a, 13 del dattiloscritto).

[667] V. da ultimo il *Common outline* predisposto dal Comitato per la protezione sociale ai fini della redazione dei piani nazionali per il 2003-2005.

[668] Pare condividere queste perplessità Olivelli 2002, 323.

[669] Cfr. Begg *et al.* 2001, 29-30.

[670] Schoukens e Carmichael 2001, 89.

[671] Riprendo qui argomenti meglio sviluppati in Giubboni 2003a, 303 ss.; per valutazioni nella sostanza non dissimili, Ashiagbor 2002, spec. 327-328.

[672] Deakin e Wilkinson 2000, 340.

[673] Cfr., più di recente, Sciarra 2003b, spec. 13 (del dattiloscritto).

La proposta di radicare a livello comunitario un diritto sociale fondamentale "ad essere inclusi"[674] offre interessanti suggestioni in questa prospettiva, nella misura in cui mira a rafforzare l'azione comunitaria in materia, poggiandola su una solida base di standard comuni legalmente vincolanti.

L'art. 34 della Carta di Nizza[675] – là dove, "al fine di lottare contro la povertà e l'esclusione sociale", stabilisce che l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e abitativa volta a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti – costituisce un naturale punto di partenza a questo riguardo[676].

La norma – che appartiene al novero delle disposizioni sociali di principio della Carta e richiede, quindi, un'attività legislativa di effettiva attuazione da parte dell'ordinamento comunitario e nazionale[677] – è ispirata all'idea che l'attribuzione delle capabilities[678] necessarie a permettere l'inclusione sociale delle persone transiti anche attraverso la dotazione di risorse economiche e materiali sufficienti.

Il principio di eguaglianza nelle opportunità concrete ed effettive di vita per tutti, su cui poggia un'efficace politica "globale" di inclusione sociale, implica infatti la necessità di agire sulla distribuzione iniziale delle risorse degli individui[679]. E non solo su quella delle risorse "immateriali" (istruzione, formazione, accesso a servizi reali per l'orientamento professionale e l'impiego, ecc.), ma anche su quella delle risorse materiali ed economiche (abitazione, reddito). Una politica di inclusione sociale è indissociabile da un obiettivo di redistribuzione ("ex post e non solo ex ante")[680] delle risorse economiche e non può essere, per ciò stesso, del tutto "indifferente alla disuguaglianza"[681].

Misure preventive di attivazione e interventi passivi di redistribuzione o, per usare una più articolata terminologia[682], prevenzione e promozione da un lato, e protezione e propulsione dall'altro, sono componenti congiuntamente indispensabili di un'effettiva politica di inclusione sociale. Sarebbe pericoloso "sovrastimare l'impatto potenziale delle misure "attive" come soluzione esaustiva, ingenerando l'impressione che le misure protettive o la redistribuzione non servano più"[683].

---

[674] V. Vousden 2002, spec. 138 e 247 ss.

[675] V. ora l'art. 34 della Parte seconda del progetto di Costituzione europea.

[676] In quanto indispensabile presupposto di effettiva autonomia dell'individuo, il diritto a risorse sufficienti *ex* art. 34 della Carta può essere in effetti considerato un elemento centrale del diritto di essere inclusi. Questo, tuttavia, può trovare altri riferimenti sistematici all'interno della Carta di Nizza: come ben osserva Lotito 2001, 220, "il diritto alla protezione dall'esclusione sociale o – se si preferisce – il diritto all'inclusione sociale è da ritenersi senza dubbio una declinazione del principio di inviolabilità della dignità umana (art. 1 della Carta) e del principio di non discriminazione (art. 21 della Carta)". Per un interessante collegamento teorico tra inclusione sociale e principi d'eguaglianza e non discriminazione, v., su di un piano più generale, Collins 2002.

[677] V. Giubboni 2003b, 13 ss.

[678] Rifacendosi a Sen (ad es. 1996), Deakin e Wilkinson 2000, 319, traducono giuridicamente il concetto di *capabilities* parlando di diritti sociali "che conferiscono agli individui il potere di ottenere i mezzi necessari a realizzare il loro potenziale in modo sostenibile", conseguendo, in primo luogo, l'auto-sufficienza economica. Per un'elaborata applicazione dell'approccio basato sullo sviluppo delle *capabilities* al tema della lotta all'esclusione sociale, cfr. Raveaud e Salais 2001, 55 ss.

[679] Cfr. Atkinson 2000a, 178 ss.

[680] Id. 2000b, 47.

[681] Barry 2002, 29.

[682] Hills 2002, 232.

[683] Ivi, 233 (trad. mia).

Nell'art. 34 della Carta di Nizza riecheggia in questa logica l'idea di un "minimo europeo"[684] la cui effettiva traduzione si apre a un ampio ventaglio di possibili opzioni teoriche, in certo modo condizionate dal modello di costituzione (economica) comunitaria che si abbia in mente.

In una variante più realistica, perché posta in una linea di sviluppo e approfondimento degli attuali assetti normativi, la sua attuazione può comportare ad esempio il recepimento, ed il contestuale rafforzamento, dei principi delle raccomandazioni del 1992, relativi a una base minima di diritti alla integrazione nel mercato del lavoro e a risorse sufficienti, in atti legislativi vincolanti, e in specie in una direttiva adottabile ex art. 137 del TCE[685]. Come è stato suggerito, lo scopo di tale iniziativa – che dovrebbe comunque ispirarsi a criteri di massima flessibilità nella riarticolazione dei principi contenuti nella raccomandazione n. 441 – dovrebbe essere duplice: da un lato, quello di sollecitare l'introduzione di un effettivo e compiuto schema universalistico di garanzia di un reddito minimo, anche nei paesi ormai prossimi all'ingresso nella UE; dall'altro, quello di estendere il raggio di copertura di tale garanzia oltre la mera dimensione reddituale, per abbracciare, in un'ottica di sviluppo delle capabilities degli individui, anche aspetti come la salute, la formazione, il capitale umano delle persone[686].

Anche questa più "modesta" proposta vedrebbe, tuttavia, davanti a sé ostacoli difficilmente sormontabili. In realtà, ad apparire incerta e precaria, anche a voler prescindere dall'alto tasso di impraticabilità politica di una soluzione del genere, è la stessa base normativa per l'adozione di atti legislativi vincolanti nel settore dell'esclusione sociale.

La possibile base è costituita dalla già ricordata previsione contenuta nell'art. 137 (nuovo testo), alla cui stregua il Consiglio può adottare, mediante direttive (approvabili a maggioranza qualificata), prescrizioni minime applicabili progressivamente, volte a promuovere e garantire l'integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro (v. la lettera h dell'attuale par. 1, in relazione alla lett. b del par. 2). La norma va, però, coordinata, da un lato, con la disposizione di cui al successivo par. 2, che impone la regola dell'unanimità, tra l'altro, per la materia della sicurezza e protezione sociale dei lavoratori (par. 1, lett. c); e dall'altro, con la previsione – pure riformulata dal Trattato di Nizza – che esclude espressamente qualunque forma di armonizzazione in materia di "lotta contro l'esclusione sociale" (lett. j) e di "modernizzazione dei regimi di protezione sociale" (lett. k), ammettendo, in quest'ambito, solo misure dirette a incoraggiare la cooperazione tra gli stati membri e – in buona sostanza – l'utilizzo del metodo aperto di coordinamento[687]. Con la conseguenza che risulta davvero arduo, già su un piano strettamente esegetico, ritagliare – nell'ambito della "materia" della lotta all'esclusione sociale – un'area nella quale poter fare uso di misure "dure", sicuramente inutilizzabili appena ci si allontani dalla sfera delle prescrizioni dirette alla integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro[688].

---

[684] Atkinson 2000a, 192.

[685] L'ipotesi, come si è già avuto modo di ricordare (al par. 2), era stata adombrata dalla stessa Commissione CE 2000. Per qualche spunto in tal senso, v. anche Ales 2003, 12 e 14 (del dattiloscritto).

[686] V. Ferrera, Matsaganis e Sacchi 2002, 237-238, secondo cui la direttiva dovrebbe tenere conto di un "*basket of minima moralia*".

[687] V. ad es. Sciarra 2003b, 9 (del dattiloscritto); Armstrong 2002, 8 e 10.

[688] V., criticamente, Schoukens e Carmichael 2001, 78-79 e 85-86.

Proposte di introduzione di un "minimo europeo" meno "modeste" di quella appena vista si espongono, naturalmente, a obiezioni proporzionalmente più forti.

La più radicale – che presuppone l'assegnazione alla Comunità di un ruolo di diretta redistribuzione a favore degli individui oggi pressoché assente e che già per questo appare improbabile anche solo a livello d'astratta delineazione – raccomanda di stabilire senz'altro un diritto sociale comunitario ad un minimo vitale, in particolare nella forma dell' "euro-stipendio" recentemente discussa da Schmitter[689] in relazione all'immaginato superamento del sistema della politica agricola comune.

Non mancano, infine, indicazioni "mediane", maggiormente consapevoli delle enormi difficoltà create in tal senso dall'allargamento della UE[690] e più attente alla complessità istituzionale delle diverse "Europe sociali". In un'ottica di questo tipo si muove, ad esempio, la proposta di fare ricorso, in materia sociale, al meccanismo delle cooperazioni rafforzate, così come previsto dal Trattato[691].

Si tratta, in tutti i casi, specie mano a mano che ci si allontana dagli assetti politico-normativi vigenti, di proposte che al fascino discreto della suggestione teorica uniscono gradi crescenti di inagibilità (o senz'altro di infattibilità) politica.

Nascondersi le enormi difficoltà cui vanno incontro – specialmente dopo l'allargamento della UE – anche le proposte più moderate e modeste, sarebbe, ovviamente, un errore imperdonabile. Ma ancora più grave sarebbe interrompere la discussione teorica in nome di una Realpolitik che scambiasse il metodo del coordinamento aperto per l'ultimo e migliore dei traguardi possibili nella lotta all'esclusione sociale dentro l'Unione europea.

10. Riferimenti bibliografici

ALBANESE A. (2002), Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici, in DP, n. 1, p. 52 ss.

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

ALES E. (2002), Diritto di cittadinanza sociale e "livello essenziale di prestazione" nel nuovo disegno costituzionale: brevi considerazioni sull' "uguaglianza solidale", in RDSS, n. 2, p. 349 ss.

ALES E. (2003), *La modernizzazione del modello di protezione sociale europeo: la lotta all'esclusione sociale attraverso l'*open method of co-ordination, in *QDLRI*.

ALTI T. (2003), *Le politiche antipovertà: una questione europea*, in S. FABBRINI (a cura di), *L'europeizzazione dell'Italia*, Laterza, Roma-Bari, p. 190 ss.

ALTI T., MAINO F. (2001), *Percorsi di inserimento sociale: l'esperienza del reddito minimo in Italia*, in G. LUNGHINI *et al.* (a cura di), *Politiche pubbliche per il lavoro*, Il Mulino, Bologna, p. 179 ss.

---

689 V. Schmitter 2000, 74 ss., e, più in dettaglio, Schmitter e Bauer 2001. Per una valutazione critica della proposta, v. Begg *et al.* 2001, 2 (ove si ritiene semmai più congrua e appropriata l'idea di un'assicurazione comunitaria contro la disoccupazione), nonché il dibattito a più voci ospitato da *JESP*, 2001, 342 ss.

690 V. ad es. Begg e Berghman 2002, 187.

691 Cfr. Scharpf 2002 e – per una valutazione critica della sua proposta – Vandenbroucke 2002, spec. alla nota 13.

ARMSTRONG K. A. (2003), *Tackling Social Exclusion Through OMC: Reshaping the Boundaries of EU Governance*, in T. BÖRZEL, R. CICHOWSKI (a cura di), *State of the Union: Law, Politics and Society*, vol. 6, Oxford University Press, Oxford.

ASHIAGBOR D. (2001), *EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda: From "Social Policy" to "Employment Policy"*, in *ELJ*, p. 311 ss.

ASHIAGBOR D. (2002), *Soft Harmonisation: Labour Law, Economic Theory and the European Employment Strategy*, PhD Thesis, EUI, Firenze.

ATKINSON A. B. (2000a), *La povertà in Europa*, trad. it., Il Mulino, Bologna.

ATKINSON A. B. (2000b), *Rischi della nuova economia e ruolo del* welfare *nell'inclusione sociale*, in *QRS*, n. 4, p. 37 ss.

ATKINSON T., CANTILLON B., MARLIER E., NOLAN B. (2002), *Social Indicators. The EU and Social Inclusion*, Oxford University Press, Oxford.

BALLETTI E. (2002), *Il riordino delle misure di sostegno al reddito e degli ammortizzatori sociali*, in *RDSS*, n. 2, p. 383 ss.

BARBERA M. (2000), *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis Italia Editrice, Brescia.

BARBIER J.-C. (1998), *La logica del* workfare *in Europa e negli Stati Uniti: i limiti delle analisi globali*, in *AS*, n. 1, p. 15 ss.

BARNARD C. (1997), *The United Kingdom, the "Social Chapter" and the Amsterdam Treaty*, in *ILJ*, p. 275 ss.

BARRY B. (2002), *Social Exclusion, Social Isolation, and the Distribution of Income*, in J. HILLS, J. LE GRAND, D. PIACHAUD (a cura di), *Understanding Social Exclusion*, Oxford University Press, Oxford, p. 13 ss.

BEGG I., BERGHMAN J. (2001), *The Future Role of the EU in Dealing with Social Exclusion: Policy Perspectives*, in G. MAYES *et al.* (a cura di), *Social Exclusion and European Policy*, Edward Elgar, Cheltenham, p. 306 ss.

BEGG I., BERGHMAN J. (2002), *Introduction: EU Social (Exclusion) Policy Revisited?*, in *JESP*, p. 179 ss.

BEGG I. *et al.* (2001), *Social Exclusion and Social Protection in the European Union: Policy Issues and Proposals for the Future Role of the EU*, Bruxelles.

BERGHMAN J. (1995), *Social Exclusion in Europe: Policy Context and Analytical Framework*, in G. ROOM (a cura di), *Beyond the Threshold*, The Policy Press, Bristol, p. 10 ss.

BOERI T. (2002), *Ricomponendo un progetto*, in F. DE BENEDETTI (a cura di), *Non basta dire no*, Mondadori, Milano, p. 24 ss.

BOERI T., PEROTTI R. (2002), *Meno pensioni, più welfare*, Il Mulino, Bologna.

BREDA M. G., MICUCCI D., SANTANERA F. (2001), *La riforma dell'assistenza e dei servizi sociali*, UTET, Torino.

BRIENZA G. (2002), *Famiglia, sussidiarietà e riforma dei servizi sociali*, Città Nuova, Roma.

CALAFÀ L. (2000), *Carichi di famiglia nel diritto della sicurezza sociale*, in *Digesto, Aggiornamento*, I, p. 176 ss.

CARAVITA B. (2002), *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Giappichelli, Torino.

CASTEL R. (1996), *Le insidie dell'esclusione*, in *AS*, n. 2, p. 37 ss.

CHASSARD Y. (2000), *European Integration and Social Protection: From the Spaak Report to the Open Method of Co-ordination*, in D. G. MAYES *et al.* (a cura di), *Social Exclusion and European Policy*, Edward Elgar, Cheltenham, p. 277 ss.

CINELLI M. (1982), *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*, Franco Angeli, Milano.

CINELLI M. (2001), *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.

COLLINS H. (2002), *Discrimination, Equality and Social Exclusion*, in *MLR*, p. 16 ss.

COMMISSION EUROPÉENNE (2001), *Rapport conjoint sur l'inclusion sociale*, Bruxelles.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (1994), *European Social Policy. A Way Forward for the Union. A White Paper*, COM(94) 333.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (1996), *For a Europe of Civic and Social Rights. Report by the Comité des Sages Chaired by Maria de Lourdes Pintasilgo*, Bruxelles.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (1999), *A Concerted Strategy for Modernising Social Protection. Communication from the Commission*, COM(99) 347.

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE (2000), *Comunicazione della Commissione. Costruire un'Europa solidale*, COM(2000) 79.

COMMISSIONE PER L'ANALISI DELLE COMPATIBILITÀ MACROECONOMICHE DELLA SPESA SOCIALE (1997), *Relazione finale*, Roma.

CROCI A. (2001), *La legislazione sociale e l'organizzazione dei servizi*, Giappichelli, Torino.

DEAKIN S., REED H. (2000), *The Contested Meaning of Labour Market Flexibility: Economic Theory and the Discourse of European Integration*, in J. SHAW (a cura di), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Hart Publishing, Oxford, p. 71 ss.

DEAKIN S., WILKINSON F. (2000), "Capabilities", *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *DML*, p. 317 ss.

DE LA PORTE C. (2002), *The Soft Open Method of Co-ordination in Social Protection*, in *European Trade Union Yearbook 2002*, European Trade Union Institute, Bruxelles.

DE LA PORTE C., POCHET P., ROOM G. (2001), *Social Benchmarking, Policy Making and New Governance in the EU*, in *JESP*, p. 291 ss.

DE SIERVO U. (1987), *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Digesto pubbl.*, I, p. 445 ss.

DONDI G., ZAMPINI G. (2002), *Previdenza pubblica e complementare privata nella riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione*, in *LPA*, supplemento al fasc. 1, p. 178 ss.

FALCON G. (1998), *Lo stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, Il Mulino, Bologna.

FARGION V. (1997), *Geografia della cittadinanza sociale in Italia. Regioni e politiche assistenziali dagli anni settanta agli anni novanta*, Il Mulino, Bologna.

FERRARO G. (2003), *Nota introduttiva* a ID. (a cura di), *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale. Itinerari giuridici e socioeconomici su Regioni e autonomie locali*, Giuffrè, Milano, p. 3 ss.

FERRERA M. (1993), *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Il Mulino, Bologna.

FERRERA M. (1998), *Le trappole del welfare. Uno stato sociale sostenibile per l'Europa del XXI secolo*, Il Mulino, Bologna.

FERRERA M. (2000), *Integrazione europea e sovranità sociale dello stato-nazione: dilemmi e prospettive*, in *RISP*, p. 393 ss.

FERRERA M., GUALMINI E. (1999), *Salvati dall'Europa?*, Il Mulino, Bologna.

FERRERA M., MATSAGANIS M., SACCHI S. (2002), *Open Coordination Against Poverty: the New EU "Social Inclusion Process"*, in *JESP*, p. 227 ss.

FINOCCHI GHERSI R. (2001), *La nuova disciplina dei servizi sociali*, n. 4 dei *Quaderni* del *Giornale di diritto amministrativo*, IPSOA, Milano.

FOUCAULT M. (1998, ed. originaria 1972), *Storia della follia nell'età classica*, trad. it., Rizzoli, Milano.

FREEDLAND M. (1996), *Employment Policy*, in P. DAVIES *at al.* (a cura di), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Clarendon Press, Oxford, p. 275 ss.

GEREMEK B. (1986), *La pietà e la forca. Storia della miseria e della carità in Europa*, trad. it., Laterza, Roma-Bari.

GIAMMUSSO F., TANGORRA R. (2003), *Indicators on Poverty and Social Exclusion: Moving Toward a Social Europe*, dattiloscritto.

GIORGIS A. (1999), *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Giuffrè, Milano.

GIUBBONI S. (1994), *Il finanziamento della sicurezza sociale in Gran Bretagna*, in *DLRI*, p. 101 ss.

GIUBBONI S. (1997), *Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale: un profilo critico*, in *ADL*, p. 67 ss.

GIUBBONI S. (1998), *La mobilità e la disoccupazione*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI, vol. III, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. MISCIONE, UTET, Torino, 521 ss.

GIUBBONI S. (2002), *Flessibilità delle forme di lavoro e protezione sociale. Note introduttive*, in *RDSS*, n. 2, p. 419 ss.

GIUBBONI S. (2003a), *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna.

GIUBBONI S. (2003b), *Fundamental Social Rights in the European Union: Problems of Protection and Enforcement*, in *ILLe-J*, vol. V, n. 1, gennaio 2003, http://www.dirittodellavoro.it/ejournal/home/index.asp.

GORRIERI E. (2002), *Parti uguali fra disuguali. Povertà, disuguaglianza e politiche redistributive nell'Italia di oggi*, Il Mulino, Bologna.

HILLS J. (2002), *Does the Focus on "Social Exclusion" Change the Policy Response?*, in J. HILLS, J. LE GRAND, D. PIACHAUD (a cura di), *Understanding Social Exclusion*, Oxford University Press, Oxford, p. 226 ss.

JORDAN B. (1996), *A Theory of Poverty and Social Exclusion*, Polity Press, Cambridge.

KAZEPOV Y. (1996), *Italia. La legge non è uguale per tutti*, in *AS*, n. 2, p. 115 ss.

LAGALA C. (2001), *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà. Percorsi del sistema pensionistico e degli ammortizzatori sociali*, Bari, Cacucci.

LAGALA C. (2002), *Le regioni e il sistema di sicurezza sociale dopo la legge di riforma costituzionale n. 3 del 2001*, in *RDSS*, n. 2, p. 363 ss.

LAMARQUE G. (1996), *L'exclusion*, Paris, PUF.

LISO F. (1995), *I trattamenti di disoccupazione. Riflessioni critiche*, in *RIDL*, I, p. 339 ss.

LOTITO P. F. (2001), *Sub art. 29*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, p. 218 ss.

MINGIONE E. (1999), *La questione dell'esclusione e la riforma del welfare*, in ID. (a cura di), *Le sfide dell'esclusione: metodi, luoghi, soggetti*, Il Mulino, Bologna, p. 7 ss.

MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI (2003), *Il Libro Bianco sul Welfare. Proposte per una società dinamica e solidale*, Roma.

NEGRI N., SARACENO C. (1996), *Le politiche contro la povertà in Italia*, Il Mulino, Bologna.

NICOLINI C. A. (2002), *Dall'invalido di stato allo* status *di invalido. A proposito di tutele sostanziali e processuali degli invalidi civili (e delle persone handicappate), nell'epoca del decentramento di compiti e funzioni dallo Stato agli enti locali*, in *IP*, p. 1599 ss.

OLIVELLI P. (2002), *Diritti sociali e "metodo di coordinamento aperto" in Europa*, in *ADL*, p. 313 ss.

ONOFRI P. (2002), *Le opportunità perse dal nostro paese*, in F. DE BENEDETTI (a cura di), *Non basta dire no*, Mondadori, Milano, p. 114 ss.

PACI M. (1996), *Disuguaglianza del reddito e intervento dello Stato*, in *AS*, n. 2, p. 53 ss.

PALLINI M. (2002), *La modifica del Titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in *RGL*, I, p. 21 ss.

PAUGAM S. (1996), *Poverty and Social Exclusion: A Sociological View*, *EUI Working Papers, RSC*, n. 37.

PAUGAM S. (1998), *Francia: gli effetti del reddito minimo di inserimento*, in *AS*, n. 1, p. 41 ss.

PERSIANI M. (1979), *Sub art. 38*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Rapporti economici*, tomo I, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, p. 232 ss.

POLANYI K. (1974, ed. originaria 1944), *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it., Einaudi, Torino.

PROCACCI G. (1996), *Against Exclusion: The Poor and the Social Sciences*, *EUI Working Papers*, *RSC*, n. 41.

PROCACCI G. (1998), *Governare la povertà. La società liberale e la nascita della questione sociale*, Bologna, Il Mulino.

RAVEAUD G., SALAIS R. (2001), *Fighting Against Exclusion in a European Knowledge-based Society: What Principles of Action?*, in D. G. MAYES *et al.* (a cura di), *Social Exclusion and European Policy*, Edward Elgar, Cheltenham, p. 47 ss.

RESCIGNO G. U. (2002), *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *DP*, n. 1, p. 5 ss.

ROOM G. (1995), *Poverty and Social Exclusion: the New European Agenda for Policy and Research*, in ID. (a cura di), *Beyond the Threshold*, Policy Press, Bristol, p. 1 ss.

ROSANVALLON P. (1996), *État-providence et citoyenneté sociale, Jean Monnet Chair Papers,* EUI-RSC, n. 37.

ROSANVALLON P. (1998), *La rivoluzione del diritto all'inserimento sociale*, in *AS*, n. 1, p. 9 ss.

ROSSI G., BENEDETTI A. (2002), *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *LPA*, supplemento al fasc. 1, p. 22 ss.

RUDAN BRICOLA M. (1987), *Carichi di famiglia nel diritto della sicurezza sociale*, in *Digesto*, II, p. 483 ss.

SANDULLI P. (1990), *Disagiate condizioni economiche nel diritto della sicurezza sociale*, in *Digesto*, V, p. 1 ss.

SARACENO C. (1998), *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia*, Il Mulino, Bologna.

SCHARPF F. W. (2002), *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in *JCMS*, p. 645 ss.

SCHMITTER P. C. (2000), *Come democratizzare l'Unione europea e perché*, trad. it., Il Mulino, Bologna.

SCHMITTER P. C., BAUER M. W. (2001), *A (Modest) Proposal for Expanding Social Citizenship in the European Union*, in *JESP*, p. 55 ss.

SCHOUKENS P., CARMICHAEL L. (2001), *Social Exclusion in Europe: Testing the Limits of European Integration*, in D. G. MAYES *et al.* (a cura di), *Social Exclusion and European Policy*, Edward Elgar, Cheltenham, p. 72 ss.

SCIARRA S. (2000), *The Employment Title in the Amsterdam Treaty. A Multi-Language Legal Discourse*, in D. O'KEEFFE, P. TWOMEY (a cura di), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Hart Publishing, Oxford, p. 157 ss.

SCIARRA S. (2003a), *New Discourses in Labour Law. Part-time Work and the Paradigm of Flexibility*, in S. SCIARRA, P. DAVIES, M. FREEDLAND (a cura di), *Employment Policy and the Regulation of Part-Time Work in the European Union: A Comparative Analysis*, in corso di pubblicazione per i tipi della Cambridge University Press, Cambridge.

SCIARRA S. (2003b), *Convergence of European Labour and Social Rights: Prospects for the New Member States*, in K. PISTOR, G. BERMAN (a cura di), *Law and Governance in an Enlarged Europe*, in corso di pubblicazione per i tipi di Hart Publishing, Oxford.

SEN A. (1996), *L'economia politica del* targeting, in *AS*, n. 2, p. 7 ss.

SORACE D. (2003), *Presentazione*, in A. ALBANESE, C. MARZUOLI (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Il Mulino, Bologna.

TREU T. (2002a), *Un'agenda per il lavoro e per il welfare*, in F. DE BENEDETTI (a cura di), *Non basta dire no*, Mondadori, Milano, p. 201 ss.

TREU T. (2002b), *Riforme o destrutturazione del* Welfare, in *DLRI*, p. 535 ss.

VANDENBROUCKE F. (2002), *The EU and Social Protection: What Should the European Convention Propose?*, *MPIfG Working Paper* 02/6.

VLEMINCKX K., BERGHMAN J. (2001), *Social Exclusion and the Welfare State: an Overview of Conceptual Issues and Policy Implications*, in D. G. MAYES *et al.* (a cura di), *Social Exclusion and European Policy*, Edward Elgar, Cheltenham, p. 27 ss.

VOUSDEN S. (2002), *Market Dignity: EC Intervention in Social Exclusion*, PhD Thesis, EUI, Firenze.

ZAPPALÀ L. (2001), *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola*, in *DML*, p. 633 ss.

The Regulation of Temporary work in the light of Flexicurity: between soft law and hard law*

Loredana Zappalà

1. The new frontiers of flexicurity after Lisbon 187

2. Between co-ordination and harmonisation 189

3. Temporary work and the European Union: the "resistible" ascent of Community regulation of atypical jobs 191

4. The enigmatic requirement to review prohibitions and restrictions as laid down by Article 4 of the proposal 193

5. The requirement to review limits in various national contexts: the need for a systematic interpretation to avoid "short circuiting" 194

6. The possibility of accessing permanent employment 197

7. Training temporary workers 198

8. The principle of non-discrimination and exceptions to it 199

9. The non regression clause as a constraint on the soft provisions of the directive 203

10. List of references 206

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 14/2003

1. The new frontiers of flexicurity after Lisbon

Initially the subject of theoretical debate and then summed up in an original linguistic formula, the concept of "flexicurity" represents the fascinating oxymoron which has inspired much of the European Employment Strategy (EES) since the Council of Luxembourg. Embracing the pillars of employability, adaptability and entrepreneurship, the attempt has been to achieve a notion of "soft" flexibility[692] that guarantees workers' rights of access to opportunities in education and training and at the same time paves the way towards modernising the organisation of labour, not least by redefining flexible forms of contract within the framework of acceptable security standards. In this context, the EES assigns a key role to the "most adaptable" types of contract, which imply an internal differentiation in the traditional model of subordinate employment, with the dual aim of enhancing the productivity and competitiveness of enterprises and ensuring adequate levels of job security for the workers involved.

It is only recently, however, that forms of employment that combine flexibility and security have become synonyms of "quality work". Since the European Council in Lisbon, in March 2000 and Stockholm in March 2001 a new, ambitious strategic objective has emerged: that of modernising the European social model[693] by investing in people and building an active social state; according to the conclusions drawn by the President of the Lisbon Council, this objective can be achieved by developing a knowledge-based economy, in which the providing of employment for all does not mean concentrating exclusively on the creation of new jobs but also on better jobs, and it is in this perspective that the European Union proposes to define common approaches to maintain and improve the quality of work as one of the general aims of employment policies. The search for quality in work[694] finds a concrete form in a series of "horizontal objectives" to be pursued in all intervention by EU institutions regarding both the characteristics of employment, and thus the inherent quality of jobs, and the mechanisms regulating the labour market, with reference to issues such as integration and access to the labour market, gender equality, flexibility, certainty of employment, etc. As emerges from indications given by the European Commission, if it is taken to mean precariousness, uncertainty, or mediocre employment with no prospects, flexibility should be considered as a "negative value" to be avoided. Although the discussion here will be confined to the implications as far as adaptability is concerned, it should be pointed out that this turning point has tightened the margins of the compromise behind the strategy adopted to weaken labour market constraints: the aim of reconciling flexibility and security has to be seen no longer, or not only, as a necessary combination of the two terms in which "security" has to be reconciled with and adapted to the superior claims of "flexibility", but – with a view to achieving the quality mentioned above – has much stronger and more radical implications, that is, that *flexible employment of quality* is either "secure" in the sense that it guarantees adequate social protection for workers in a context of continuous change or, more simply, does not exist.

---

[692] See Caruso 2000a, 141 ff.

[693] On the evolution of the European social model from the Second World War to the present and the distribution of competencies in Europe between the supranational community and the member states as regards social policy, see the interesting reconstruction by Giubboni 2001, 26 and ff. For a reflection on the future development of the European social model, see also Scharpf 2002, 645; Streeck 2000, 3; Trubek, Mosher 2001.

[694] COM (2001) 313 del 20.6.2001, 9.

Limiting the notion of flexibility to the narrower context of the so-called atypical forms of employment, the aim of this paper is to identify and analyse a number of possible profiles of security that can be achieved on the basis of the indications contained in EU policy and legislation in relation to a certain type of contract: temporary work[695]. The starting point for reflection on the possible mechanisms by which this can be achieved is given in particular by the process of drawing up the discipline regulating the conditions of employment of temporary workers, the subject of a recent Directive proposal presented by the European Commission on March 20th 2002 and subsequently modified in the November of the same year[696].

Analysis of the procedure with which this discipline was drawn up is of particular interest for reflection on the new trends, modalities and protagonists of the process of social integration in Europe. Through the Open Method of Co-ordination (OMC)[697] EU institutions and member states have converged on the necessity of achieving important objectives in employment policy. However, many of the doubts raised[698] concerning the possible scenarios of future social policy seem doomed to remain partially unsolved; one particular doubt is whether the OMC is a mask hiding an attitude of renunciation or at least an absence of action by EU institutions concerning social issues; or, more simply, ineffective, given its incapacity as an instrument to have real influence on national dynamics[699]; or, currently, the only possible way to create an "umbrella" that is suitable for all member states while respecting their inherent diversities; or, finally, only a transient mechanism that can open up the way to traditional modes of regulation[700].

From this point of view, the concept of flexicurity and the possibility of achieving it in the context of temporary work provides a wealth of topics for debate: it acts, in fact, as an observatory on the various sources of regulation interwoven in the EU legal system, in particular the dynamics of interaction between regulation via the OMC and traditional forms of regulation. As will be seen, part of the doctrine[701] has claimed the need to strengthen the objectives of the EES by establishing *hard* precepts in social legislation. However, as will emerge from the various sources of regulation concerning temporary work – *guidelines* and proposals for directives – it can be pointed

---

695 The notion of temporary work, or *travail intèrimaire,* as outlined in proposals for EU regulations from the late 1970s onwards and used on the following pages, does not always coincide, in the various member states, with a broader notion of *temporary work:* in some countries, such as the United Kingdom, the expression *temporary work* usual embraces, in fact, various forms of *temporary work through agencies, casual work* and *seasonal work.* For the terminology used in the United Kingdom, see Hepple 1993, 263. For a survey of European experiences, see Carabelli 1999, 33 and ff.; Veneziani 1993, 278 and ff.

696 See European Commission, COM (2002) 149, 20.3.2002 and the subsequent proposal of a modified Directive, COM (2002) 701, 28.11.2002.

697 On the "new open method of co-ordination" see Barbera 2000, 145 and ff.; Hodson, Maher 2002, 719 and ff. On the new model of *governance* and repercussions on the process of constraint in social Europe, see also Teague 2001, 7 and ff.

698 De La Porte, Pochet 2002, 15 and ff.

699 This is the conclusion reached by Lo Faro 2002, 533 and ff.

700 This is the scenario foreseen in particular by Hodson, Maher 2001, 719 and ff. Also partially critical of the OMC is the stand taken by Scharpf 2002, 645 and ff.; while recognising the importance of the method to create convergence on strategic objectives for the Union, he expresses great doubts as to the real possibility of using the OMC alone to solve the lack of symmetry between the process of economic integration and the process of social integration.

701 The prospect of strengthening the EES through social legislation is supported by Goetschy 2001, 151 ff.; Bercusson 2001, 101 ff. On the connections between the *European Employment Strategy* and *EC Labour Law* after Amsterdam, see the interesting reconstruction by Bruun 2001, 309 ff.

out that the system of sources has reached such a level of complexity that it no longer boils down to the simple dichotomy of *guidelines-soft law* and directives-*hard law.* In the following paragraphs it will be observed that the interweaving of two types of regulation concerning a single topic may give rise to a sort of circular process in which legislative prescriptions which are increasingly acquiring the features of *soft law* need to be interpreted in coherence with the objectives pursued by the European Union by means of the EES.

2. Between co-ordination and harmonisation

In an interesting essay written a few years ago, in which he conducted a detailed analysis of the relationship between employment policy[702] and labour law, Mark Freedland highlighted the several different aims interwoven in EU regulations. He remarks that the whole history of *European Community employment law* has been linked to the possibility of legitimising Community intervention in terms of economic and/or social policy[703], but at the same time stresses the fact that the process of juridification of Community labour law has always been permeated by employment policy aims that do not always coincide with those of social policy. The two terms, in fact, cannot be considered to be synonymous as the aim of social policy is the creation of a network of minimum unalienable rights, whereas employment policy has always pursued objectives directly connected with regulating the labour market and, in particular, creating and maintaining employment and promoting professional and vocational training. In short, according to Freedland, employment policy can be considered to be connected to a broader sphere of reference comprising *active labour market policy*[704] in which *economic policy* e *social policy* are indissolubly linked in a single discourse which has only recently been enshrined in Title VIII of the Treaty of Amsterdam[705].

Atypical forms of employment, along with the issue of equal opportunities, are one of the most important areas in which it is possible to find a superimposition of topics dealt with – in the Treaty of Amsterdam - in Title VIII concerning employment policies and Title XII on social policies[706]; for this reason, a single issue may well at the same time be the subject of procedures of *co-ordination* and legislation oriented towards *harmonisation.* This possibility appears to be confirmed by a glance at the latest products of Community social law: from Directives on *part-time* and fixed-term contracts to those concerning new forms of discrimination, it appears evident that the objectives of the EES have become increasingly intertwined with the aims pursued by means of social legislation. Therefore, although the "neo-voluntaristic" model excludes (Article 129 Tce) the

---

[702] Freedland 1996a, 275 ff.

[703] See Freedland 1996a, 287.

[704] On this topic, see also Deakin, Reed 2000, 83.

[705] On the *employment policy* pursued after the Council of Essen as a compromise between the requirements expressed in the White Papers and Green Paper of the Commission quoted above, see the analysis made by Freedland 1996a, 297 ff.; finally, on the balance between *employment policy, economic policy* and *social policy,* see Bercusson 2001, 101 ff., and Ashiagbor 2001, 313 ff. , who stresses that employment has become a central issue in Community policies, above all with a view to supporting economic and monetary policies; on Title VIII of the Tce see Sciarra 1999b, 157 ff.

[706] In relation to this, see Barbera 2000, 137; Szyszczak 2000, 197 ff.; Szyszczak 2001, 1160, who points out that the new paradigm of social policy after Amsterdam and in particular the positions taken on the subject of flexibility have greatly influenced the European legislative agenda.

possibility of *soft law* measures adopted via the open method of co-ordination leading to harmonisation of the legislative and regulatory provisions of the member states, it must be pointed out that the convergence between the contents of some *guidelines* and the objectives pursued in the Title on social policy relating to certain spheres of intervention (Arts. 136-137) has led to a hybridisation of the regulatory techniques applied in several fields. As observed above (§ 1), a more direct connection between the EES and social legislation has been supported with a view to strengthening – if not actually transforming into *hard law* - objectives which, through the co-ordination procedure, are rarely being implemented in national plans of action, as well as to eliminating the persistent lack of symmetry between the stage reached in the process of economic integration and the as yet incomplete process of social integration[707].

The progressive hybridisation of social law by the insertion into EU directives of objectives "typical" of employment policies has a whole series of consequences: on the one hand, the directives tend to become, among other things, tools whereby the EES can be implemented, thus placing stronger constraints on member states to implement the Commission guidelines; and on the other hand, the directives themselves are affected by an extension of the traditional aims of social legislation, but at the same time they borrow from the co-ordination procedure a reduced power to harmonise existing member state legislation.

Atypical forms of employment are among the objectives of both the OMC and social legislation, and thus provide an opportunity to see whether and how the combination of these two regulatory tools – the *new governance* of which OMC is an expression and the *old governance,* or regulation by means of Directives - can achieve a blend of flexibility and security. In this sense, a reading of the directive proposal concerning working conditions for temporary workers offers various points for reflection. The effect of the hybridisation between the EES and social legislation is to transform the so-called "second-generation" directives, in both form and substance.

i) From the point of view of substance, it emerges that articulation of the discipline *in fieri* concerning temporary work is pervaded by a dual core: on the one hand, it is inspired by aims of *social policy* in the establishment of a network of protection and rights for temporary workers; on the other, it proposes aims of *employment policy* by provisions expressly oriented towards promoting the efficient functioning of the labour market. On certain points, the two cores of the Directive are so close that the *social policy* objectives tend to be eclipsed by the crushing presence of *employment policy* aims[708].

ii) From the formal point of view, on the other hand, the proposal features a series of tools of an increasingly *soft* nature in which the harmonisation function is reduced to a minimum in favour of the provision of general, more or less binding, principles, as well as laying emphasis on a different way of co-ordinating national regulations, in the awareness that solutions are to be sought and flexibly adapted in relation to the different regulatory requirements of the various member states. As in the two previous Directives on atypical jobs, it appears clear that the Union does not

---

[707] This, in particular, is the position taken by Scharpf 2002, 662 ff.

[708] For a critical interpretation of recent developments in the EES and the re-dimensioning of *social policy* in favour of an approach that gives almost absolute priority to *employment creation,* see Ashiagbor 2001, 311 ff.

propose to regulate the subject directly but to provide states with a possible model for the re-regulation[709] of national systems. Alongside the provision of a series of protection measures, which still leave states a certain amount of discretion as to their implementation, some of the indications contained in the proposed Directive – above all those inspired by employment aims - have an essentially propulsive and qualifying role[710], actively encouraging structural reform of the labour market and the connected national systems of social protection without, however, taking on any further direct regulatory commitment (or at least only minimal commitment). In this context, the EU is thus taking the role of a *catalyst for change*[711], activating a process of *persuasion* that will encourage states to "rethink" their social policy[712] in relation to pursuing certain key objectives towards which it has been decided that national systems should converge.

Given these characteristics, the proposed Directive on temporary work and the complex process of approving it, which recently witnessed the failure of dialogue between the social partners and then the start of heated institutional debate, offers – as said previously and as will become clearer later on - a good starting point for a discussion of the strength, effectiveness and possible contents of the concept of *flexicurity,* as well as the persistent difficulties, both theoretical and practical, connected with regulation of the social sphere in Europe.

3. Temporary work and the European Union: the "resistible" ascent of Community regulation of atypical jobs

As emerged from a recent study by the European Foundation in Dublin[713] - on which the proposed Directive mentioned above is based[714] - temporary work has increased considerably in the last ten years. Despite its spread, the study showed that the general quality of temporary work and the prevailing working conditions are still considerably worse than the status of workers with a standard employment contract.

In the light of this reference context, it is clear that temporary work has been the focus of Community action, both via the open co-ordination procedure, as a tool for adaptable *job creation,* and in order to issue a harmonisation directive that will guarantee minimum working condition standards for the workers involved. The two perspectives connected with regulation of temporary work, i.e. increasing employment and ensuring a system of worker protection by limiting abuse connected with recourse to it, have been at the centre of the debate that witnessed the failure of social dialogue between the Unice and the Etuc[715]. As a consequence, in March 2002,

---

[709] On labour law becoming "a new word in national and European juridical discourse" when it "becomes synonymous with re-regulation, accepting the challenge of flexibility" see Sciarra 1999a, 373.

[710] Giubboni 2001, 94; Kenner 1999, 415 ff. More generally, on the new models of Community intervention in social policy, see Streeck 1996, 64 ff. who speaks, in reference to social legislation that leaves member states various modes of implementation, of *governance by choice.*

[711] Giubboni 2001, 94 and Rhodes 1998, 48.

[712] In this sense, see Szyszczak 2000, 201. See also Ferrera, Hemerijck, Rhodes 2000, 741.

[713] Storrie 2002, *Temporary work in the European Union,* European Foundation for the improvement of living and working conditions, Dublin, 27 ff.

[714] See the *Explanatory memorandum* preceding the proposal, p. 2.

[715] See Jones 2002, 183 ff.

acting in its role as *gatekeeper* of the legislative initiative[716], and aware of the impossibility of any further delay in introducing regulations, the Commission presented the above-mentioned directive proposal. While on the one hand, it partially reflects the points of convergence reached by the social partners, on the other it does not seem to be fully capable of reconciling the divergences which had resulted in an impasse in the social dialogue, thus giving rise to dissent by both employers' and workers' associations. On the basis of various amendments proposed first by the Economic and Social Committee[717] and then by the European Parliament[718], the Commission subsequently intervened, as allowed by Article 250 Tce, c. 2, modifying the proposal in partial acceptance of the points raised by the Parliament. It is on the basis of the new proposal that the co-decision procedure laid down in the Treaty[719] will proceed in the coming months.

It may, however, be useful to consider the process whereby the directive was drawn up, in order to analyse, through the combination of EES *guidelines* and legislation via directives, the strength of the concept of *flexicurity* and its contents.

In particular, it is already clear that the prevailing aim in formulating the proposal was a promotional one, whose effect was to blend the objectives of guaranteeing minimum standards of treatment with those of favouring the spread of temporary work contracts. Despite opposition by Etuc during negotiations, the mediation role taken by the Commission does not imply supine acceptance of the pressure that employers certainly brought to bear, but rather an informed choice dictated by coherence with the aims of the EES. The aim of promoting temporary work in the proposal does not, in fact, appear to contradict the *ratio* of the previous agreement on fixed-term contracts, nor the concept of "flexibility and security" which inspired a number of Commission *guidelines*. What emerges from the proposal is enhancement of the role played by temporary work agencies, in the sense that they are implicitly considered to be tools that will contribute towards creating work opportunities for *outsiders* who have a "real" preference for temporary work. There are, however, signs of awareness of the fact that that temporary work – as stated on p. 5 of the *Explanatory Memorandum* – will not be able to act as a driving force for the creation of jobs unless it provides sufficient guarantees for workers and the unemployed, that is, unless it offers quality employment that will compensate for its temporary nature. Reading of the directive's measures aiming to achieve *employment policy* objectives can therefore not neglect the strengthening of *social policy* aspects underlying the employment strategy; the direct reference to quality work in the C*onsideranda,* objectives and tools to be used to promote permanent employment therefore leads the reader to view this aim as being the key to the inspiration behind the whole of the directive.

In coherence with the objectives and provisions pursued by the EES, the aims outlined in the proposal can therefore be viewed as implying a rejection of pressing requests by the supporters of laissez-faire who invoke flexibility, in the form of deregulation, as the only way to defeat mass

---

716 On this point, see Schmidt 1997, 6. On the role of the Commission, see also Teague 2001, 13.

717 See Ces 1027/2002, 19.09.2002.

718 See Resolution PE n. 14331/02, 20.11.2002.

719 On the procedure of co-decision, see Shackleton 2000, 325; Schmidt 1997; Farrel, Héritier 2001.

unemployment in Europe[720]. It is obviously beyond the scope of this paper to conduct a thorough examination of the economic and social reasons for the need for legal regulation of work contracts[721]; mention can be made, however, of the circumstance whereby the prescriptions contained in the proposal, aiming at establishing an adequate framework for the use of temporary work, can prevalently be identified with the aims of "social regulation" and what is called "competitive regulation"[722], in which economic and social objectives are blended. Therefore, far from invoking a deregulatory drift which would had an adverse effect on the spread and social acceptability of this type of contract, the aim of the proposal is to encourage member states to adopt regulations that will guarantee an adequate (normative) framework by means of a series of *labour standards*, the substantial, procedural and promotional[723] contents of which are directed towards economic efficiency and social equity.

If, therefore, it appears evident that the employment perspective pervades the whole proposal, it will be of greater interest to see whether and how the trend towards a strategy of flexibility has been concretely balanced with counterweights and tools that will at the same time guarantee security. It is, in fact, in identifying these counterweights that the theoretical and practical difficulty of drawing up the discipline emerges. Whereas the OMC has led to broad convergence by member states on the contents and importance of the *guidelines* oriented towards a model of "flexibility and security", the concrete establishment of the *quantum* and the *modus* whereby this security can be guaranteed led, as we have seem, to failure in the dialogue between the social partners and then to conflict between the European Commission and Parliament.

4. The enigmatic requirement to review prohibitions and restrictions as laid down by Article 4 of the proposal

Although quality work and flexicurity are objectives that inspire the whole discipline, the proposal does not dictate prescriptive models whereby these objectives can be achieved, but confines itself to providing minimum indications as to some aspects regarding the quality of work (relating to the principle of non-discrimination, training, etc.). So although the *social policy* aims pursued are evident, the lack of clear indications as to the elements that will ensure security gives rise to a whole series of doubts as to how to interpret its real meaning and the sphere of action of the *employment policy*-inspired measures the directive contains; these doubts will bring great pressure to bear on the system if and when the provisions promoting contracts are not interpreted coherently with the aims behind the social legislation accompanying the EES, as well as a systematic reading of the guidelines supplied by Commission and the most recent results obtained by the OMC.

---

[720] Debate on this issue is vast and the various stands taken cannot be summarised here. See Siebert 1997, 33 ff. for a survey of the view that the roots of unemployment lie in the rigidity of the European labour market; see also Pierson, Forster, Jones 1997, 5 ff, for an analysis of the problem of unemployment in Europe that considers not only the rigidity of the labour market but also a broad series of contributory factors. Finally, for a highly critical stance against uncontrolled deregulation and exportation of the American model as a pre-packed recipe to fight unemployment, cf. Deakin, Reed 2000, 71 ff. and Ashiagbor 2001, 311, who maintain that the unique character of European unemployment requires an *ad hoc* European solution.

[721] In general on the theories and social and economic aims of regulation, see Ogus 1994. On regulation of the labour market and work relations to guarantee efficiency and competitiveness, see Deakin 2001, 17 ff., Deakin, Reed 2000, 83 ff., Collins 2000, 3 ff., Collins 2001a, 29 ff.

[722] See Collins 2001b, 218 ff.

[723] On the types of *standards* mentioned, see Deakin, Wilkinson 1999.

One of the most problematic areas in this respect is represented by Article 4, which is entirely inspired by *employment policy* objectives. The article states that "Prohibitions or restrictions on the use of temporary work are justified only on grounds of general interest relating in particular to the protection of temporary workers, the requirements of health and safety at work and the need to ensure that the labour market functions properly and abuses are prevented. The Member States, after consulting the social partners (…), shall review any restrictions or prohibitions mentioned above in order to verify whether they are justified on the grounds given in paragraph 1. If not, the Member States shall discontinue them. The Member States shall inform the Commission of the results of that review." (cc. 1 and 2).

It seems undeniable that this provision is an expression of the desire to remove - in member states where similar legislation is in force - constraints which limit the spread of temporary work. The category of limits most likely to be affected will be those whose aim is to avoid the de-structuring of standard jobs: that is, limits aiming to prevent recourse to temporary work in order to fill posts connected with ordinary, stable production activity. Whereas in some countries, for example the United Kingdom, Ireland, Holland, or Sweden, there exist at will supply contracts, i.e. with no limitations, and so it is unlikely to be necessary to revise any restrictions, other countries such as France, Spain and Italy possess various types of limits on the stipulation of contracts for the supply of labour.

The attempt to prevent de-structuring steady jobs – as shown in countries where the system is inspired by this ratio – can be made through several possible "antidotes" to flexibility: a range of regulatory devices mainly based on the common leitmotif that a contract to supply labour can only be legitimately stipulated when the employer has temporary requirements. In some systems, for example, in France, there is both a general rule prohibiting temporary work from providing stable employment connected with the ordinary, permanent activity of the company involved, and a series of considerations identifying the individual instances of possible recourse to temporary work. In Spain, the temporary nature of employment is intrinsically linked to specific types of work established by law. In Italy, the types of temporary employment are established both by law and/or collective bargaining, and by the ratio behind certain specific prohibitions. In these systems, to protect the central role of steady employment, there are also further limits on supply contracts, concerning their duration (that is, the duration of single contracts and/or the possible of renewal, as well as the maximum number of renewals for labour supply contracts) and the maximum percentage of temporary contracts an employer can stipulate.

Faced with such a profoundly different regulatory panorama, the proposal chooses to remain silent: neither in the Consideranda nor in the single provisions is it possible to find a preference for one or the other kinds of regulation. However, in the following pages the attempt will be made to provide an interpretation of the provision that is coherent with the objectives pursued by the EU within the framework of the EES.

5. The requirement to review limits in various national contexts: the need for a systematic interpretation to avoid "short circuiting"

Although, as we have seen, reading between the lines of the proposal gives a glimpse of the desire on the part of EU institutions to promote the recourse to temporary work in Europe, on account of its obvious potential to increase employment, seeing *only* this would be a serious mistake and would give a misleading view of the much more complex *ratio* behind the proposal.

The provision made in Article 4 regarding the revision of restrictions is evidently one of the mostsymptomatic expressions of the aims of *employment policy* which presupposes, in both form and substance, a hybridisation of social legislation and the Open Method of Co-ordination. Its aim is not to establish minimum *standards* of protection for the workers involved, but – through a *soft* formulation of the indications given to member states, imitating the contents of the *guidelines* – to provide *input* for more efficient regulation of the temporary labour market in accordance with the objectives of the EES. For this reason, as mentioned previously, it is this provision that may cause difficulties of interpretation if it is not seen as strengthening and completing the employment strategy. In connection with this, it should be recalled that all the provisions in the proposal, including the one inviting member states to review existing restrictions and prohibitions, are to be read in the light of the objective behind the whole discipline and the recent evolution of the EES, that is, the achievement of *flexible work of quality* in the sense outlined above. Only in the light of this basic idea – through a teleological-systematic interpretation - is it possible to understand the general plan of the proposal and its various aims: to achieve greater efficiency in the labour market and more flexible management of the workforce, but at the same time to guarantee adequate levels of security. According to these aims, which are summed up in the notion of quality temporary work, member states should find a new way of viewing flexibility that will reject the binary logic of a *trade-off* between "efficiency" and "social justice"[724]. As we have seen, the objective stated in Article 2, c. 2, i.e. the establishment of an adequate legal framework for the use of temporary work re-dimensions the potentially deregulatory scope that Article 4 would appear, *prima facie*, to have. In the Commission *guidelines* relating to adaptability, the tool used to guarantee an efficient labour market is not deregulation but re-regulation, which will take specific circumstances into account and, if necessary provide protection against the risk of malfunctioning of the labour market in the various member states.

If, therefore, on the one hand the proposal is coherent with the aims of the EES in that it leans towards – but *does not impose* - a reduction in the "antidotes" to flexibility that exist in the member states and can hinder efficient functioning of the market, on the other hand, by pursuing a high level of quality in temporary work it leaves it up to the states themselves to evaluate the "degree of tolerability", on the social plane, of the effects of partial deregulation of this type of contract.

With Article 4 the Commission is trying to bring to light the degree of acceptance of greater flexibility by the member states. It clearly has no intention of attempting to harmonise national legislation: in the re-regulation process the member states do not have to remove all constraints and restrictions on temporary work *tout court*, but evaluate – in collaboration with the social partners - "in order to verify whether they are justified": each system will therefore have to ascertain whether it possesses the necessary "antibodies" that will make greater flexibility tolerable and coherent with the aim of ensuring quality employment.

In this sense, Article 4, cc. 1 and 2, state that restrictions and prohibitions are only justifiable "on grounds of general interest relating in particular to the protection of temporary workers, the requirements of health and safety at work and the need to ensure that the labour market functions properly and abuses are prevented". Nothing, however, is stated concerning the parameters with

[724] On this point see Ferrera, Rhodes 2000, 83 ff.

which the member states are to assess the degree of permanence of the reasons for legislative restrictions on temporary work. This apparent gap can, however, be bridged by the teleological-systematic hermeneutic operation mentioned above, which leads to an interpretation of the prescriptions of EU law in relation to the aim of the provision and coherently with the principles and objectives of the Treaty and the EES, the effectiveness of which – as we have seen - the directive aspires to strengthen.

On this basis, the problem of interpretation is easily solved: there can be no deregulation without a blend of flexibility and security, flexibility and certainty of employment. The grounds of general interest, which mainly concern worker protection, the health and safety requirements and/or the proper functioning of the labour market, which will not allow member states to remove all limits on temporary work, should thus be identified as a lack of mechanisms to guarantee security in the labour market and/or in employment relationships. However, as regards evaluation of these grounds, member states are left free to choose the most suitable solution for the specific features of their markets and *welfare* systems. No uniformity is being sought but rather a "eulogy of differentiation"[725] and implicit recognition of the fact that in the various member states there may be several ways to combine flexibility and security, competitiveness and solidarity, by means of regulation that is economically sustainable, politically feasible and socially acceptable[726].

It should, however, be pointed out that the decision not to impose *hard* requirements in order to achieve an effective balance between flexibility and security in temporary work undoubtedly represents a failure to take the opportunity to develop EU social law, above all with a view to strengthening the numerous points in the *guidelines* that aim to prevent the possibility of a laissez-faire drift in market regulation and employment relationships. The *soft* nature of Article 4, the rather volatile reference to grounds of general interest connected with worker protection or the need to ensure the proper functioning of the labour market, which amount to *limits* on the introduction of flexibility and/or deregulation in national systems, and even the more binding requirements laid down in the proposal (such as the principle of non-discrimination and the right to training) are, in fact, too weak and vague to assure that the blend of flexibility and security will be concretely achieved at all, still less in a way that can be monitored by the Court of Justice if and when implementation of the directive by the member states is to be ascertained.

However, although no uniformity is imposed or even sought, thus giving member states great discretionary power, it is also true that certain profiles of the flexibility/security combination do emerge from a systematic interpretation of the Commission guidelines in the framework of the EES and the (few) binding provisions contained in the proposal. Given the lack of binding models and requirements in the directive, it also appears to provide member states with an opportunity to co-operate, exchanging experiences and best practice, comparing themselves with each other - in accordance with the social policy *benchmarking* procedures outlined by the European Council in Lisbon in 2000[727] - on the basis of the indicators concerning the quality of employment supplied by the Commission: an exchange of experiences and good practice that is not the result of a *top*

---

[725] Giubboni, Sciarra 2000, 555. Cf. also Sciarra 1999a, 375.

[726] Ferrera, Hemerijck, Rhodes 2000, 730 ff.

[727] On the new open method of co-ordination and *social benchmarking* after Lisbon, see De La Porte, Pochet 2001, 291 ff.; Hoffmann 2001, 129 ff.

down imposition, but derives naturally from the initiatives taken by each single state (*bottom up social benchmarking*) which, in trying to combine flexibility and security in temporary work, may well be interested in imitating the *best practice* achieved in other member states.

Recognising that there exist a number of possible solutions and trade-offs in the various member states, the attempt will be made in the following pages to identify the counterweights, in terms of security, that the proposal deems suitable to balance flexibility and render it sustainable.

6. The possibility of accessing permanent employment

A first feature which strengthens security for temporary workers can be identified in provisions facilitating access to permanent employment with the user company, which annul clauses whose effect is to prevent or limit such employment. In this sense, certain grounds of general interest concerning the protection of workers find specific limitations in the proposal (Article 6, cc. 1 and 2): first of all, workers are to be informed of any vacancies occurring in the user company, so that they have the same opportunity as the other employees of the company to be given a permanent job (c. 1, cit.).

Of particular interest is the apparently *hard* provision in c. 2 which invites member states to adopt "any action required to ensure that any clauses prohibiting or having the effect of preventing the conclusion of a contract of employment or an employment relationship between the user undertaking and the temporary worker after his posting are null and void or may be declared null and void". As originally formulated, the provision required the annulment of both supply contract clauses explicitly prohibiting the employment of workers by the user company, and clauses that can be agreed on by the agency and the worker or the agency and the user, outside the supply contract, to establish a *temp-to-perm-fee* or *transfer fee,* that is, compensation to be paid to the agency if a worker is taken on directly by the company at the end of the period of temporary work. Such clauses are already prohibited in several member states (Italy, France, Spain) whereas they are quite common in countries like the United Kingdom, Ireland and Finland. The economic *ratio* behind these clauses is clear: it is in the interests of the agencies to keep the most capable and reliable workers, or those in whom they have invested in the form of training[728]. The provision of a *temp-to-perm-fee* in a supply contract is also an additional cost for an employer wanting to take on a worker permanently, and may discourage him from attempting to do so. However, this *hard* provision, which seemed capable of guaranteeing security for temporary workers, was subsequently weakened by the introduction of a third clause to Article 6: in implementation of an amendment by the European Parliament[729], it established that "This paragraph is without prejudice to provisions under which temporary agencies receive a reasonable level of recompense for services rendered to user undertakings for posting, recruitment and training of temporary workers". Once again, therefore, the process of drawing up the discipline regulating temporary work seems to have missed the opportunity to use a *hard* provision to promote profiles that will promote the blend of flexibility and security by favouring transition from temporary to steady employment. In addition, the reference to the *reasonable level of recompense* – unless the Court of Justice intervenes to clarify the matter – does not appear to be capable of protecting workers

[728] The ban on using *temp-to-perm-fees* is one of the problems most focused on by the *Regulatory Impact Assessment* drawn up by the *Department of Trade and Industry* in April 2002.
[729] PE 316.363, emend. n. 47 which makes explicit reference to the desire to legitimise the *"temp-to-perm-fees"* common in the UK.

against possible abuse that could prevent or hinder them from being taken on by the user company, or reduce the opportunities for them to receive training, and thus risks jeopardising the quality work objectives behind the discipline *in fieri.*

7. Training temporary workers

Some aspects of security in the relationship between agencies and workers may also be necessary to facilitate their re-entry into the labour market once a temporary job is terminated. With a view to ensuring greater employability, these aspects mainly concern the training of temporary workers. In order to achieve quality work, the *learning culture* is an essential tool, both for employers to increase the competitiveness of their firms in an economy increasingly based on knowledge, and for workers, for whom it represents a crucial substitute for stability in employment. In this sense, the right to gain access to ongoing professional training as set forth in Article 14 of the Nice Charter must be read in combination with Article 15 (the right to work), the contents of which have been identified with the right to have *chances* of work*:* on the basis of these provisions, the right to professional training can be considered as a "third generation" social right which will guarantee workers at least *employment security*, if not *job security*[730]. The social right to training can therefore be identified as the right to be provided with the means to achieve economic self-sufficiency and improve one's capabilities[731].

It is evident that the immediate effect of failure to regulate the training of temporary workers would be that of jeopardising the individual workers' employability and competitiveness on the labour market, with the risk of his falling into what has been defined[732] as *the low skill bad job trap* (which will limit his future prospects of employment by other firms, promotion, a higher salary, etc.); in the long term, on the other hand, the negative effect would be on the production of the collective asset represented by the professional capabilities of human resources. For this reason, the proposal intervenes – also using the numerous *guidelines* issued concerning employability - proposing the creation of a series of *labour standards* in training that will attenuate persistent inequalities and unemployment even in a partially deregulated labour market and prevent a possible drift towards economic inefficiency[733]. Article 6, c. 5 of the proposal states that "Member States shall take suitable measures or shall promote dialogue between the social partners, in accordance with their national traditions and practices in order to improve temporary workers' access to training in the temporary agencies, even in the periods between their postings, in order to enhance their career development and employability; and improve temporary workers' access to training for user undertakings' workers".

However, given the inevitable risk of opportunistic behaviour by agencies and/or employers, which may jeopardise an essential aspect of quality in temporary employment, it would have desirable for the directive to have adopted a "stronger" solution to guarantee professional training for these workers. Once again, however, the effective feasibility of a fundamental aspect of security on the labour market and in employment relationships capable of balancing greater flexibility

---

730 On the role of training as a tool for security in a context featuring a multiplicity of precarious work experiences, see also Freedland 1996b, 119; on the "right to training" see also Sciarra 1996, 15.

731 This notion recalls the broader concept of *capability,* on this point see Sen 1999; Deakin, Wilkinson 2000, 317 ff.

732 Snower 1996, 109 ff.

733 Deakin, Wilkinson 1999, 617 ff.

has in fact - thanks to the *soft* formulation of the requirement - been left up to the discretionary powers of the member states, thus missing an opportunity for concrete strengthening of one of the crucial objectives of the EES by social legislation.

Of course it is to be hoped that member states will autonomously choose to adopt "strong" solutions to guarantee training opportunities for these workers: that is, despite the lack of a *hard* requirement, it is hoped that the invitation to "improve temporary workers' access to training" will be translated at a national level into an *obligation* for agencies or user companies to provide training. In this sense a *best practice* that could be imitated by member states can be found in the Italian system. Article 5 of Law n. 196/97, in fact, *obliges* supply companies to pay a contribution into a Fund set up by means of a trade union agreement, the main aim of which is the promotion and financing of training and retraining for temporary workers.

8. The principle of non-discrimination and exceptions to it

A recent study by Ciett[734] maintained that *cost cutting,* that is, the possibility of "saving" on wages, is not the main attraction for companies that take on temporary workers; and yet the data supplied by the Dublin Foundation in 2002, comparing the salaries of temporary workers and those of standard workers*,* would seem to contradict this statement. In many cases – despite the presence in the various national systems of the principle of *equal wages for equal work* – temporary workers earn on average 17-32% less than those permanently employed by the user companies.

Given the interests involved (the possibility of making temporary work contracts more "appetising" for employers, and also the need to ensure one of the fundamental aspects of quality work) it is clear why it was the principle of non-discrimination that caused the most heated clash between the trade unions, leading – as mentioned previously - to a breakdown in negotiations, and subsequently to some of the most significant amendments proposed by the European Parliament.

The modified version of Article 5, c. 1 of the proposal contains a provision that only in part follows the provisions contained in Directives 97/71 and 99/70. It states that "The basic working and employment conditions of temporary workers shall be, for the duration of their posting at a user undertaking, at least those that would apply if they had been recruited directly by that enterprise to occupy the same job". The *tertium comparationis* is not, therefore, an "abstract model of a worker" but a concrete reference that can be identified with a worker employed by the user company who occupies a post identical or similar to that of the worker supplied by the temporary labour agency, taking into account seniority, qualifications and job description. With this, the Commission intended to put an end to the dispute which had led to a breakdown in the dialogue between the social partners concerning the so-called "comparative sphere"[735]. The greatest sticking point which caused negotiations to stall was, in fact, the notion of a "comparable worker" to refer to in order to fulfil the equality requirement: while employers' organisations maintained that temporary workers should be entitled to the same wages as workers employed by the agencies, the trade unions were of the opinion that the comparison was to be made with permanent employees of the user companies doing the same or similar work. As mentioned earlier, the proposal embraces the stand taken by the trade unions, stating that the conditions of employment

[734] Ciett, *Orchestrating the evolution…,* cit.

[735] Freedland, Kilpatrick 2001, 668.

must be at least identical to those a temporary worker would be offered if he were directly employed by the user company. The *ratio* behind this choice is clear and totally acceptable: with a view to eliminating the most despicable forms of competition between steady and temporary employment, the proposal states that it is not the precarious, occasional labour market, but rather the steady, guaranteed market that should establish the parameters for the wages to be paid to temporary workers, obviously according to the normal variations between the various commercial sectors and professional categories. Once again, we have apparent confirmation of the fact that construction of the model regulating flexibility does not affect the central role occupied by stable, permanent employment. Although the proposal makes no explicit mention of this point, it is implicitly confirmed as the *normal* type of employment relationship.

After stating the principle of equality in c. 1, in the following cc. 2, 3 and 4 the proposal leaves room for a whole series of admissible exceptions. Some of these exceptions raise immediate doubts because, on the one hand, their effect is to weaken the solemnly announced principle of non-discrimination, and on the other they are in clear contrast with consolidated EU law forbidding direct discrimination, which has more than once stated that different, even penalising, treatment for atypical work is admissible as long as it does not depend exclusively on the fact that the workers involved are *non-standard*.

The first exception is to be found in c. 2, where member states are authorised, following consultation with the social partners, to derogate – as far as salaries are concerned - from the principle of equal treatment, only when temporary workers have a permanent contract with labour agencies and continue to be paid between one job and another[736]. If the equality requirement is not to be deprived of all meaning, the provision obviously needs interpreting in a restrictive sense: that is, an exception can be made to the principle of equality only in relation to wages paid to workers between one job and another[737], given that in this case there would not be any comparable worker to refer to; when, on the other hand, a worker is sent back to the same or another user company, the equality requirement comes into full force again. *Only* in this sense is the exception justified, above all to favour an increase in temporary work in which a worker has a permanent contract with an agency.

The second exception is made in c. 3 where it is stated that "Member States may, after consulting the social partners at the appropriate level, give them the option of upholding or concluding collective agreements which derogate from the principle established in paragraph 1 as long as an adequate level of protection is provided for temporary workers". Providing for less cogent application of the principle of equality, this provision would allow - via collective autonomy - for "differentiated adaptation of the rules of labour law"[738] , which cannot but raise serious doubts. According to the logic of the proposal, the reason for collective autonomy to accept the application of "attenuated equality" for temporary workers is quite clear: the need to spread this type of contract in order to increase employment rates, for example in areas where unemployment levels are high or for specific categories of disadvantaged workers to be reinserted into the labour market (the long-term unemployed, etc.). This provision is without doubt one of the most emblematic

---

[736] In the modified version of the directive, the clause quoted is the result of partial acceptance of an amendment presented by the European Parliament (PE 316.363, emend. n. 40) which stressed the need to specify that the exception only referred to pay.

[737] This is the so-called "retainer" provided for in Italy by Article 4, c. 3, Law No. 196/97.

[738] On these problems, although in the broader context of regulating immigrant labour, see Caruso 2000b, 305 ff.

examples of the hybridisation of the objectives of social legislation by the EES, and it also reveals the existence of potential, and perhaps not sufficiently pondered, negative effects: provisions like these, aiming at creating minimum protections standards, regarding equal pay, for example, may - in the effort to promote employment - become adaptable and open to differentiation in the various national contexts, thus leaving room for dangerous cracks to open up despite the effectiveness of the certain principles firmly enshrined in the directive. A number of basic doubts remain, in fact, regarding this exception: how is it to be reconciled with the *ratio* behind the directive, not to mention previous directives relating to atypical work, which is to prevent competition between temporary and standard workers exclusively based on the opportunity for cost cutting? On what conditions and with what guarantees of a real increase in employment levels will collective autonomy be able to authorise differentiated pay for temporary workers without jeopardising the objective of achieving quality in employment behind the whole directive? Which trade union will be considered to be sufficiently representative of the instances and interests of temporary workers when faced by a differentiation in pay involving and penalising these workers and thus adding less favourable working conditions than those enjoyed by standard workers to the precariousness and uncertainty of their situation? And again – given that the proposal does not mention the point – how, with what parameters, and in relation to what *tertium comparationis* will it be possible to determine "an adequate level of protection"[739]?

These and the many other doubts raised by the provision can obviously not be answered here. It can only be pointed out that collective autonomy is being called upon to play a difficult role; the *social adequacy* of the exceptions introduced will probably be assessed *ex post,* possibly on the basis of posthumous comparison between the advantages, in terms of employment, and the sacrifices imposed by the exception to the principle of non-discrimination. The provision is certainly bound to create a number of problems of application in the various member states, even though the reasons may be different. Only in some systems is this exception to the principle of non-discrimination already applied: in Holland, for example, as mentioned above, the whole sector is covered by collective bargaining. As far as wages are concerned, two types of workers have been identified: *school-leavers, holiday workers* and the workers re-entering the labour market after a long period of unemployment on the one hand, and all other workers on the other. Whereas the principle of equal pay is applied to all those in the second category, those in the first may earn lower wages, on condition, however, that they can remain in this "disadvantaged" group up to a maximum of two months, after which they have to pass to the other group. It will be more difficult to apply the exception in other countries such as Italy where the Law currently in force, No. 196/97, does not provide for similar exceptions to the principle of equal treatment, or other countries, such as the United Kingdom, where for different reasons doubts have been raised as

---

[739] This exception has also been positively assessed by the European Parliament, which even proposed an amendment (PE 316.363 emend. n. 41) strengthening even further the role of collective bargaining, both in the sense of directly legitimising the possibility for the social partners to make exceptions to the principle of non-discrimination without the need for any authorisation for the member state involved, and by eliminating the reference to an "adequate level of protection", which the Parliament considered to have the potential to jeopardise the autonomy of the social partners, since it provides an opportunity for an agreement to be impugned before the Court of Justice on the grounds of "insufficient protection". The amendment was not, however, accepted by the Commission: in the modified 2002 proposal, the Commission decided to keep the reference to the need to guarantee an "adequate level of protection".

to the appropriacy of giving such an important role to collective bargaining, which is seen as a vehicle of rigidity, especially given that bargaining does not cover all sectors. For this reason, the United Kingdom has already proposed[740] more flexible mechanisms to allow for exceptions to the rule of equal treatment.

Whereas the second exception to the rule of equal treatment has caused great perplexity, the third, contained in c. 4 of Article 5 [741] has led to harsh criticism. This exception has been censured by both trade unions[742] and the European Parliament[743] and the criticism – as mentioned above – is justified for a number of reasons. The clause refers to work done for a user company "in a post which, due to its duration or nature, can be accomplished in a period not exceeding six weeks": here, therefore, the exception to the principle of equality is justified by the *temporary nature* of the requirements which induce a user company to stipulate a labour supply contract. *Only* temporary requirements – which, as stated, are not the only opportunity for recourse to temporary work in the EU perspective – can justify exceptions to the principle of equality by member states. There does not, however, appear to be any *ratio* in this provision that presupposes a combination of flexibility and security: the only *ratio* is to favour flexibility and a reduction in costs for companies taking on workers for temporary requirements, without any real benefits for the workers themselves. In particular, there does not appear to be any attempt to improve employment rates that would at least make the exception socially "tolerable". It is obvious that for temporary requirements companies are almost *forced* to stipulate flexible contracts; in these cases, leaving aside, that is, the exception being discussed, a company would always have recourse to temporary (or fixed-term) contracts: if the economic conditions are also convenient, even better. Furthermore, the potential expansion of this exception risks jeopardising the whole foundation on which the *ratio* of the proposal is based: as emerged from the Dublin study, a large number of labour supply contracts go up to a maximum of thirty days. The clause also risks introducing an element of irrationality: whereas, as we have seen, Article 4 seems to invoke controlled deregulation regarding certain restrictions, within the limits and in the ways outlined above, the last part of Article 5, clause 4 requires member states to take "appropriate measures with a view to preventing misuse in the application of this exception; that is, it requires direct regulation to prevent abuse but gives no indications as to the mechanisms to be used for this control to be achieved. It is likely that member states deciding to adopt the exception will have to introduce control mechanisms, if they do not already have any, regarding the reasons for recourse to temporary contracts and in particular the element of temporariness; they will also have to regulate the succession of supply contracts in such a way as to prevent abuse in the form of fraudulently side-stepping the six-week limit but still being able to pay temporary workers less. Finally, it

---

[740] See *Explanatory Memorandum on European Community Legislation (7430/02 – COM(02)149)* by the Department of Trade and Industry, 29 April 2002.

[741] This clause states that, along with the exceptions previously laid down in clauses 2 and 3, "Member States may**,** with regard to pay**,** provide that paragraph 1 shall not apply where a temporary worker works on an assignment or series of assignments with the same user enterprise in a post which, due to its duration or nature, can be accomplished in a period not exceeding six weeks. Member States shall take appropriate measures with a view to preventing misuse in the application of this paragraph".

[742] See the Etuc press release, *Commission strikes right note on agency work,* 20 March 2002, at http:/www.etuc.org/EN/Press/releases/colbargain/tempdit.cfm

[743] PE 316.363 Amend. Nos. 39 and 42.

should be pointed out that the exception makes no mention of how pay rates for temporary workers are to be established, the level of protection that has to be guaranteed, and the "comparable worker" to whom reference is to be made. For the reasons briefly outlined above, it is clear that the exception opens up a dangerous gap in the temporary work discipline being approved, thwarting the whole principle of non-discrimination, along with the broader objective of achieving work of quality. As stated in the reasons for the amendments presented by the European Parliament[744], in fact, if adopted in its current form the exception would completely jeopardise the impact and efficacy of the directive. It is no coincidence that, in monitoring the rationality and social sustainability of the exceptions to the principle of equality for temporary workers, the Parliament promoted further strengthening of the possibility for collective bargaining to introduce exceptions, as already provided for in clause 3, including the possibility of exceptions for contracts of a limited duration. Unexpectedly, however, the Commission – by means of the modified proposal presented in November 2002 - decided not to widen the sphere of action of collective autonomy and also to maintain the general exception for contracts lasting less than six weeks. It seems likely, however, that the strong dissent voiced by the European Parliament will draw out the process of completing this directive for quite some time.

For the time being, however, one remark should be made: the exceptions to the principle of equality, and more generally the whole process of establishing the regulations, would seem to show that the employment-promoting objectives of the EES have the potential to impair and weaken the aim of providing minimum standards of protection for temporary workers, which is becoming increasingly *soft* and adaptable, depending on different national contexts and dynamics. In this respect as well, therefore, despite the objectives stated in the *Consideranda* and Article 2, the proposal unfortunately represents a failure by the Union to strengthen and render effective those aspects aiming at improving the quality of work provided for in the most recent developments of the employment strategy following Lisbon.

9. The non regression clause as a constraint on the soft provisions of the directive

To conclude this analysis the concept of flexibility and security in temporary work, through the development and interweaving in the EU system of various sources of regulation, it is worthwhile devoting some space to the "non regression clause" which concludes the proposal being examined, according to a tradition consolidated in a number of directives drawn up in the 1990s. After confirming the possibility for member states to introduce more favourable provisions for workers, clause 2 of Article 9 states that "The implementation of this Directive shall under no circumstances constitute sufficient grounds for justifying a reduction in the general level of protection of workers in the fields covered by this Directive"; the clause goes on to grant member states the faculty to modify their national regulations concerning temporary work, *on condition that* the minimum requirements laid out in the directive are ensured.

Expert opinion is that "the function of such clauses is surely to avoid, in *direct and immediate* connection with the transposition of the social directives, a deterioration in domestic regulations,

[744] PE 316.363, p. 42.

and to promote real progress for protective measures, as required by the EEC Treaty"[745]. It is, however, a common opinion that this principle does not impose a general *standstill* on member states[746]*:* this appears to be confirmed by the overall formulation of the proposal and above all by Article 4, which provides for the need to review and, if necessary, eliminate any restrictions and limits on temporary work for the purpose of promoting employment, given that "worker protection and the promotion of employment are interests that *can* and, when the directive is implemented, *must* co-exist"[747].

It must, however, be pointed out that, in the "second-generation" directives that take from the OMC the features of increasingly *softer* forms of regulation, setting objectives that can be moulded in a number of ways by the member states, the "non regression clause", which maintains the typical features of *hard law,* is called upon to play an important role in balancing the directive's provisions and scope, in connection with both worker protection and the promotion of employment.

The "non regression clause" therefore makes it possible to reconcile the *soft* means of regulation used by the OMC with the need to force member states to respect minimum protection standards without, however, legitimising a drop in standards in countries where existing legislation already provides adequate levels of protection[748]. Given the hybridisation of social legislation by the EES, the aim of the non regression clause can be seen as being that of limiting - while respecting the differences between the various national regulations and welfare systems - the effects of possible deregulation and/or the introduction of greater flexibility in the labour markets in member states, which some parts of the directive appear to be promoting[749]*;* the clause thus guarantees that where – as is the case *de quo* - there is convergence between social law and an employment strategy oriented towards making the market or employment relationships more flexible, there must be no opportunity for a drop in standards. In this sense, the clause will facilitate, in the general formulation of the directive, the harmonisation of common standards in member states. In some states (e.g. the UK, etc.) where there is very little regulation of contracts, the directive will confine itself to establishing objectives and protection standards (including, as we have seen, the principle of non-discrimination) that can be adapted to the national context, thus emulating the OMC, which excludes harmonisation effects. In other states (e. g. Italy, France, etc.), on the other hand, where worker protection and thus a high level of quality in temporary work are firmly guaranteed, the directive provides input for the states to rethink and improve existing regulations, with a view to improving employment rates; however, in these countries, where the non regression clause will find a broad sphere of application, the directive will also act as a way to counteract any excessive deregulation that may derive from an extensive interpretation of certain *guidelines,* thus limiting the possible effects of a downward harmonisation of the existing forms

---

[745] Carabelli 2001.

[746] Carabelli 2001.

[747] The remark, made with reference to the directive on *part-time work,* is by Delfino 2002, 13.

[748] Given the necessity to guarantee EU legislation that respects national diversities, in accordance with the experience that led the EU to adopt the model of *governance* expressed by the OMC, an authoritative source (Scharpf 2002, 662) hypothesises the issuing of a series of *framework directives* on social matters, differentiated in such a way as to adapt to the various welfare systems.

[749] This is confirmed by the fact that in the latest products of EU social law (see, for example, Directive 2000/78/CE), which are confined to setting forth and reinforcing the contents of certain *guidelines,* for example regarding equal opportunities, with no attempt at deregulating national systems and/or making them more flexible, there was no need to include a non regression clause.

of protection. The EES, like the objectives of the directive, therefore proposes to activate more efficient functioning of the labour market and employment relationships in the member states, while the aim of the non regression clause is to ensure that, despite the opportunity for states to reconsider existing legislation in order to combine flexibility for companies with security for workers via new principles and techniques, states in which the quality of temporary work is already guaranteed will be *obliged* to maintain protection standards that are at least equivalent, if not the same.

If, however, the possibility for member states to introduce different, perhaps more liberal, regulations concerning temporary work and the prohibition against lowering protection standards coexist, it becomes of crucial importance to assess possible cases in which a "general reduction in the level of protection" may occur. One cannot but agree with the opinion[750] that "the comparison cannot be accurate, but must refer to the very essence of protection and thus to the essential, defining parts of the discipline (even though, in order to achieve balance, a comparison has to be made between ameliorative and pejorative clauses)". It would, in any case, be desirable for all states to lay maximum emphasis on the key aim of the proposal as a whole, that is, work of quality, evaluating any prospect of reform with the work quality indicators provided by the Commission[751].

In the light of what has been said, the following question needs answering: will a state, with a provision in which it *formally and explicitly* implements a directive and its non regression clause, be able to openly modify existing regulations in a pejorative sense, even though they comply with the minimum standards? The proposal gives a number of evident examples of showing that this possibility is far from being a remote one: it is sufficient to recall the exceptions to the principle of equality in Article 5 and to consider the potential effects of this provision in systems – for example the Italian one *ex* Law No. 196/97 – in which no exceptions to the principle are admitted. Will these states be able to lower protection standards with the excuse that they are implementing the directive? Is a downward harmonisation likely to occur? The answer given by experts is that it is possible "but only if the economic and social reasons for such a modification *in pejus* are *explicitly* stated, in such a way that it clearly emerges as a deliberate political decision by national legislators"[752] who is answerable to his electorate. For the reasons given, however, one cannot but feel that even changes *in pejus,* like the ones mentioned above, will be limited by the impossibility for states to reduce the "general level of protection"; provisions of this kind can *only* be introduced as long as the *overall* quality of temporary work is not affected. In this sense, therefore, there is nothing to prevent a member state from introducing exceptions to the principle of equality already in force, but at the same time it will have to guarantee that the quality of the work will remain high, for example by increasing training opportunities for workers at times when their terms of employment are less favourable or, in general, by guaranteeing greater opportunities for stable employment.

Despite the evident strengthening of the social objectives – work of quality as outlined in the

---

[750] Carabelli 2001.

[751] COM (2001) 313 def. del 20.6.2001.

[752] Carabelli 2001; Speziale 2003.

Lisbon strategy - the process of drawing up regulations concerning temporary work and the prevalently *soft* instruments proposed by the directive confirm the impression that the process of social integration in the EU is based on a destructured and many-sided juridical foundation, an impression which still does not solve with any certainty the problem of the real capacity to influence national dynamics. With a view to ensuring a combination of flexibility and security, the question of *whether* it will really be possible to achieve the aims of the proposal, and more generally those of employment policies, "without member states being *forced* to proportion and calibrate their domestic welfare and labour law systems"[753] remains largely unsolved; not even the attempt to strengthen the objectives of the EES through social legislation, in fact, fully convinces one of the concrete possibility of "decisively conditioning the orientations of legal policy, which are still mostly the result of exclusively national political dynamics"[754]. In the case of temporary work, the perplexity is reinforced by the extreme complexity of the rather loosely woven model proposed by the EES, the highly *soft* nature of the provisions contained in the directive, increasing pressure brought to bear on the legal rules by certain interests, which causes them to vary considerably, and finally the evident risks connected with arbitrary extrapolation of pieces of the discipline[755] which may defeat the overall *ratio* behind the model of "flexibility and security" the EU proposes. Given the increasing complexity of this new stage in EU legislation, it is not easy to foresee the interpretative contribution that the Court of Justice will be able to make. Detailed analysis of the problems connected with the role of the Court in the process of social integration lies beyond the scope of this paper, but some concluding remarks in relation to the problems dealt with above can be made. The Court is not likely to become a spokesman for opponents who have not succeeded in making their voice heard during the legislative process. Nor is it likely to take the place of EU legislators by attributing binding effectiveness to precepts that are meant to be adaptable to national contexts. In this respect, in fact, the opposite would seem to be true: the emphasis on the use of soft law in the sphere of social policy would appear to be destined to reduce the supplementary, creative role traditionally played by the Court of Justice.[756] However, in the case of "light" regulatory intervention like that referring to flexible employment, a legal interpretation that supports the protection of certain fundamental rights is to be considered desirable, even when the room left for this interpretation is not clearly defined. It is evident that, given the increasing complexity of the models and tools of governance, the ways in which the Court will proceed to interpret the soft provisions contained in the directives concerning atypical forms of employment are still uncertain, thus not answering the question of whether and how the Court will be able to contribute, in co-operation with other institutional actors and through the already consolidated dialogue with national courts and legislators, towards the real achievement of a policy that combines flexibility and security.

10. List of references

ASHIAGBOR D. (2000), "Flexibility" and "adaptability" in the EU employment strategy", in COLLINS

[753] In this sense, see Caruso 2000a, 143.

[754] Lo Faro 2002, 28.

[755] For an example of how the EU discipline can be erroneously interpreted, thus providing a misleading view of the original *ratio*, see the Italian debate concerning implementation of Directive 99/70 as discussed in Speziale 2003.

[756] On the role of the Court of Justice in the process of integration in the EU, see Sciarra 2001, 1 ff.

H., DAVIES P., RIDEOUT R. (eds.), Legal regulation of the employment relations, Kluwer Law International, London, 373 ff.

ASHIAGBOR D. (2001), "EMU and the shift in the European labour law agenda: from "social policy" to "employment policy", *E.L.J.,* 3, 311 ff.

BARBERA M. (2000), "Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario", Promodis, Brescia.

BERCUSSON B. (2001), "Institutional reform and social and labour policy", in MUCKENBERGER U. (eds.) Manifesto social Europe, ETUI, 101 ff.

BRUUN N. (2001), "The European Employment Strategy and "Acquis Communitaire" of Labour Law", *Int. Jo. C.L.L.I.R.,* 3, 309 ff.

CARABELLI U. (1999), "Flessibilizzazione e destrutturazione del mercato del lavoro? Il lavoro interinale in Italia e in Europa", in LISO F., CARABELLI U. (eds.) Il lavoro temporaneo. Commento alla l. n. 196/1997, Franco Angeli, Milano, 33 ff.

CARABELLI U. (2001), "Intervento al Seminario sulla nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine" – Roma 22 ottobre 2001, http://www.unicz.it/lavoro/CARABELLI_368.htm

CARUSO B. (2000a), "Alla ricerca della "flessibilità mite": il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie", *DRI,* 2, 141 ff.

CARUSO B. (2000b), "Le politiche di immigrazione in Italia e in Europa: più Stato e meno Mercato?", *DML,* 279 ff.

COLLINS H. (2000), "Justifications and techniques of legal regulation of employment relations", in COLLINS H., DAVIES P., RIDEOUT R. (eds.), Legal regulation of employment relations, Kluwer Law International, London, 3 ff.

COLLINS H. (2001a), "Regulating employment relations for competitiveness", *I.L.J.,* 1, 17 ff.

COLLINS H. (2001b), "Justifying European Employment Law", in GRUNDMANN S., KERBER W., WEATHERILL S. (eds.) Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, Walter de Gruyter, 205 ff.

DEAKIN S. (2001), *Social right and the market,* in MUCKENBERGER U. (ed.) *Manifesto social Europe,* ETUI, p. 101 ff.

DEAKIN S., REED H. (2000), "The contested meaning of labour market flexibility: economic theory and the discourse of European integration", in SHAW J. (ed.) *Social law and policy,* Hart Publishing, 71 ff.

DEAKIN S., WILKINSON F. (1999), "Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione", *DLRI*, 587 ff.

DEAKIN S., WILKINSON F. (2000), "Capabilities", ordine spontaneo del mercato e diritti sociali", *DML*, 317 ff.

DE LA PORTE C., POCHET P. (2001), "Social benchmarking, policy making and new governance in the EU", *Journal of European Social Policy,* 4, 291 ff.

DE LA PORTE C., POCHET P. (2002), "Building Social Europe through the Open Method of Co-ordination", P.I.E. Peter Lange, Brussels.

DELFINO M. (2002), "Il principio del non regresso nelle direttive in materia di politica sociale", *DLRI*, 487 ff.

FARREL H., HÉRITIER A. (2001), "Formal and Informal Institutions under Codecision : Continuous Constitution Building in Europe", European Integration online Papers (EioP), V. 6 (2002), n. 3.

FERRERA M., RHODES M. (2000), "Costruire uno Stato sociale sostenibile", *Quad. Rass. Sind.,* 4, 83 ff.

FERRERA M., HEMERIJCK A., RHODES M. (2000), "Il futuro dell'Europa sociale", Il Mulino, 730 ff.

FREEDLAND M. (1996a), "Employment policy", in DAVIES P., LYON CAEN A., SCIARRA S., SIMITIS S. (eds.) European community labour law, Clarendon Press Oxford, Oxford, 311 ff.

FREEDLAND M. (1996b), "Vocational Training in EC Law and Policy – Education, Employment or Welfare?", *I.L.J.,* 2, 110 ff.

FREEDLAND M., KILPATRICK C. (2000), "Regno Unito", in La regolamentazione del part-time in Europa, *DLRI*, 655 ff.

GIUBBONI S. (2001a), "Politiche sociali e leggi dell'economia. L'integrazione sociale europea rivisitata", *RDSS*, 26 ff.

GIUBBONI S., SCIARRA S. (2000), "Introduzione", in *La regolamentazione del part-time in Europa, DLRI*, 547 ff.

GOETSCHY J. (2001), "The future of European Employment Strategy", in MUCKENBERGER U. (eds.) Manifesto social Europe, ETUI, 151 ff.

HEPPLE B. (1993), "Country reports. United Kingdom", in BLANPAIN R. (eds.), Temporary work and labour law, Kluwer.

HODSON D., MAHER I. (2001), "The Open Method as a New Mode of Governance: The case of soft Economic Policy Co-ordination", *J. Comm. M.St*., 4, 719 ff.

HOFFMANN R. (2001), "Strengthening social Europe via benchmarking", in MUCKENBERGER U. (eds.) Manifesto social Europe, ETUI, 129 ff.

JONES E. L. (2002), "Temporary Agency Labour : Back to Square One?", *I.L.J*., 2, 183 ff.

KENNER J. (1999), "Il capitolo sull'Occupazione del Trattato di Amsterdam e le politiche della terza via: quali prospettive per la soft law?", *DRI,* 415 ff.

LO FARO *(2002),* "Così fan tutti? Politica e politica del diritto nelle riforme dei governi conservatori in Italia e in Spagna", *LD,* 505 ff.

NICKELL S. (1997), "Unemployment and labour market rigidities: Europe versus North America", *J. of Econ. Persp.,* 11, 55 ff.

OGUS A. (1994), "Regulation. Legal form and economic theory", Clarendon Law Series, London.

PIERSON C., FORSTER A., JONES E. (1997), "Unemployment ambivalence", *I.R.Jo.: European Annual review*, 5 ff.

RHODES M. (1998), "Defending the social contract: the EU between global constraints and domestic imperatives", in HINE D., KASSIM H. (eds.), Beyond the Market. The EU and Nation social policy, Routledge, London, 36 ff.

SCHARPF F. (2002), "The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity", *J. Comm. M. St*., 4, 645 ff.

SCHMIDT S. (1997), "Behind the Council Agenda: The Commission's Impact on Decision", Working Paper n. 4/97 Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung.

SCIARRA S. (1996), "Verso una costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali dell'Unione Europea", EUI Working Papers law n. 96/1.

SCIARRA S. (1999a), "Parole vecchie e nuove: diritto del lavoro e occupazione", *ADL,* 369 ff.

SCIARRA S. (1999b), "The Employment Title in the Amsterdam Treaty. A Multi-language Legal Discourse", in O'KEEFFE D., TWOMEY P. (eds.) Legal Issue of Amsterdam Treaty, Hart Publishing.

SCIARRA S. (2001), "Integration through Courts: Article 177 as a Pre-federal device", in SCIARRA S. (eds.) Labour law in the Courts, Hart Publishing.

SEN A. (1999), "Development as freedom", Oxford University Press.

SHACKLETON M. (2000), "The Politics of Codecision", *J. Comm. M. St*., 2, 325 ff.

SIEBERT H. (1997), "Labour rigidities: at the Root of Employment in Europe", *J. of Econ. Persp*., 11, 37 ff.

SNOWER D. (1996), "The low-skill, bad-job trap", in BOOTH A.L., SNOWER D.J. (eds.) Acquiring skill, Cambridge University Press, 109 ff.

SPEZIALE V. (2003), "Il contratto a termine", in "Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile", Giuffrè.

STORRIE D. (2002), "Temporary work in the European Union", European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin.

STREECK W. (1996), "Neo-Voluntarism: A New European Social Policy Regime?", in MARKS G., SCHARPF F., SCHMITTER P., STREECK W. (eds.) Governance in the European Union, Sage Publications.

STREECK W. (2000), "Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva", *SM*, 58, 3 ff.

SZYSZCZAK E. (2000), "The evolving European Employment Strategy", in Shaw J. (ed.) *Social law and policy,* Hart Publishing, 197 ff.

SZYSZCZAK E. (2001), "The New Paradigm for Social Policy: a Virtuous Circle?", C.M.L. Rev., 1125.

TEAGUE P. (2001), "Deliberative Governance and EU Social Policy", *European Journal of Industrial Relations,* 1, 7 ff.

TRUBEK D. M., MOSHER J. S. (2001), "New Governance, EU Employment Policy and the European Social Model", Jean Monnet Working paper, http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/011501.html.

VENEZIANI B. (1993), "La flessibilità del lavoro ed i suoi antidoti. Un'analisi comparata", *DLRI*, 231.

Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*

Alessandro Garilli

1. La burocrazia e l'interesse pubblico 211

2. La professionalità fra vincolo di scopo e garanzia del dipendente 213

3. La professionalità nel sistema di diritto pubblico 214

4. La professionalità come status. Qualifica e mansioni nel rapporto a regime pubblicistico. Il fallimento della legge quadro. 215

5. La svolta della privatizzazione. La prima fase 218

6. Segue: la seconda fase 219

7. Professionalità ed autonomia del dirigente: un legame inscindibile 221

8. I canali di accesso e la formazione continua 222

9. L'incarico di funzioni dirigenziali: temporaneità, rotazione, responsabilità 224

10. La novella del 2002. L'eliminazione del ruolo unico 226

11. Le modifiche alla disciplina degli incarichi 228

12. Pluralità di modelli ed esigenza di diversificazione delle regole 233

13. La negoziabilità dei poteri dirigenziali 236

14. I condizionamenti al potere organizzativo: la dotazione degli uffici 237

15. Gli istituti della professionalità tra pubblico e privato. Il concorso pubblico come strumento normale di assunzione 239

16. Il concorso pubblico tra la prima e la seconda privatizzazione 242

17. Equivalenza e professionalità 245

18. Classificazione e inquadramento del personale 246

19. La disciplina dell'attribuzione di mansioni superiori 249

20. La progressione verticale come strumento di riconoscimento della professionalità. Il ruolo della formazione professionale 251

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 6/2003

1. La burocrazia e l'interesse pubblico

Il binomio organizzazione del lavoro-professionalità nel settore del lavoro pubblico ruota attorno al fenomeno burocratico (Ghera 1970). Questo si presenta come apparato di servizi personali di una organizzazione strumentale alle funzioni svolte dalla pubblica amministrazione. Il vincolo di scopo che caratterizza l'organizzazione amministrativa, indirizzata alla cura di interessi altrui, essenziali per la collettività e quindi generali, informa anche, secondo la lettura tradizionale frutto di una stratificazione normativa durata quasi ottant'anni, sia la divisione del lavoro e la specializzazione delle competenze all'interno degli uffici, sia gli aspetti più significativi del rapporto di lavoro. Così il perseguimento degli interessi generali viene affidato a strutture organizzative composte stabilmente ed istituzionalmente da una minoranza di persone specificate e destinate a questo scopo, di guisa che, secondo l'opinione consolidata, si crea uno stretto nesso tra la struttura organizzativa e la soddisfazione degli interessi generalizzati (Berti 1968).

Di per sé questa concezione non esclude che l'amministrazione, specie quella erogatrice di servizi, possa essere governata secondo tecniche proprie dell'impresa privata (Giannini, 1954); ed infatti non mancò chi già tra il secondo e il terzo decennio del '900 auspicò un metodo Taylor del governo e dell'amministrazione (Blùm 1936-37). Insomma lo Stato moderno, "poiché è un'impresa al pari di una fabbrica" (Weber 1919) deve essere sottoposto alle regole dell'economia.

Sotto quest'aspetto si può a ragione sostenere che il potere organizzativo è strutturalmente identico (o quantomeno simile) sia nelle imprese che nelle pubbliche amministrazioni, in quanto in entrambe l'organizzazione, rivolta nel suo insieme al raggiungimento di uno scopo unitario (il profitto, l'interesse pubblico), riguarda l'apparato (aziendale o amministrativo), la gestione del lavoro per il raggiungimento del risultato complessivo, la disciplina dei rapporti di lavoro. Quindi il potere organizzativo "implica sia decisioni concernenti la struttura, sia decisioni… concernenti lo svolgimento delle singole prestazioni" (potere di conformazione della prestazione, potere direttivo, jus variandi) (D'Orta 2000).

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

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

Sia pure nella sua equivocità semantica, il buon andamento non è soltanto una regola formale rivolta alle modalità dell'organizzazione, ma sostanziale ("essenziale e naturale": Nigro 1966)

dell'azione amministrativa. Vero è che il principio ha radici non giuridiche, e si ispira a criteri tecnici ricavabili dalle scienze aziendali e dalla scienza dell'amministrazione, ma esso ha forti implicazioni giuridiche, indirizzando la discrezionalità legislativa (l'art. 97 Cost. finalizza la riserva di legge al buon andamento e all'imparzialità), l'organizzazione degli uffici e l'attività amministrativa, ed infine (ed è questo il punto più controverso dopo la privatizzazione) almeno parte dell'organizzazione del lavoro e della disciplina del pubblico impiego (D'Alessio1993) La dottrina traduce l'espressione con il termine efficienza (Giannini 1952; Caretti 1994), convenendo che implica "mezzi giuridici elastici per consentire il miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività erogata" (Nigro 1966). Si tratta di un'accezione specifica della produttività, collegata non alla produzione di beni e servizi fornita dal singolo lavoratore nell'àmbito di un arco di tempo determinato, ma all'ottimale rapporto tra le risorse impiegate e i risultati ottenuti. Di conseguenza, e coerentemente con le argomentazioni più recenti della Corte costituzionale (sent. n. 313 del 1996; sent. 275 del 2001; ord. n. 11 del 2002) le norme di organizzazione e del rapporto di lavoro non necessariamente devono essere di diritto pubblico. Vi è dunque un "confine mobile" affidato al legislatore nella scelta tra regime privatistico e pubblicistico per la regolamentazione dell'organizzazione e del rapporto di lavoro (Caretti 1994). In altri termini, riserva di legge e perseguimento dell'interesse generale non significano riserva assoluta di regime pubblicistico. La Costituzione, infatti, lascia al legislatore, come messo in evidenza da un'attenta dottrina (Orsi Battaglini 1993), ampia possibilità di scelta del regime giuridico da applicare sia alle materie (o porzioni di materie) che riguardano l'organizzazione amministrativa in senso stretto, sia alla zona grigia che penetra nell'organizzazione del lavoro, sia infine alla disciplina del rapporto. Tuttavia, l'opzione per il regime di diritto privato deve essere accompagnata da strumenti idonei "per la verifica della corrispondenza dell'esercizio del potere organizzativo al principio di buon andamento modernamente inteso" (Corpaci 2001); vale a dire da meccanismi di controllo e misure di responsabilità diretti a valutare l'attività organizzativa nel suo complesso e a sanzionare gli esiti negativi della gestione e il mancato raggiungimento degli obiettivi predeterminati dall'organo politico. Il controllo di legittimità sugli atti, affidato a posteriori al giudice amministrativo (ché quelli preventivi esercitati dalla Corte dei Conti sono stati eliminati dalla legge n. 20 del 1994), cede il passo a controlli rivolti a verificare l'efficienza (anche in termini di qualità dei servizi e delle prestazioni) e il contenimento dei costi pubblici (Corte cost. n. 60 del 1991).

Il buon andamento è strettamente connesso con il canone dell'imparzialità (intesa come parità di trattamento (Nigro 1966) o come principio di non discriminazione (Sorace 1996), la quale non è, a differenza del primo, principio elastico, ma rigido, poiché impone una precisa modalità di esercizio al potere di autorganizzazione (D'Alessio 1993). Si tratta dunque di un limite esterno condizionante il potere amministrativo che interessa soprattutto le amministrazioni autoritative, ma che, con la precedente disciplina di diritto pubblico, ed oggi con alcune norme speciali del d. lgs. n. 165 del 2001, si proietta anche nell'amministrazione del rapporto.

La Costituzione, inoltre, pur ribadendo la concezione garantista della burocrazia - in materia di parità di accesso agli uffici pubblici, di concorso pubblico, di organizzazione degli uffici e distribuzione delle competenze e delle responsabilità dei funzionari, di posizione speciale dell'impiegato perché al "servizio della Nazione" e quindi al riparo da interferenze politiche di parte (artt. 51, 97 e 98 Cost.) – postula una lettura coordinata dei principi speciali con l'insieme delle norme che regolano i diritti dei cittadini e dei lavoratori in ordine alla loro partecipazione alla vita politica economica e sociale del Paese. Da ciò consegue che un eventuale regime di separatezza del corpo

burocratico, vuoi sotto il profilo della scelta della fonte di disciplina, vuoi sotto quello della specialità della normativa, rispetto al lavoro privato, deve risultare giustificata dall'esigenza di garantire il raggiungimento dell'interesse pubblico cui l'amministrazione è protesa e di "proteggerne la scelta e le prestazioni da improprie interferenze politiche di parte" (Pastori 1987). Il sistema costituzionale, dunque, non consente una regolamentazione separata del pubblico impiego se non nei punti in cui essa risulti strumentale al perseguimento dell'interesse generale. E' perciò necessaria una verifica sull'essenzialità della disciplina speciale (pubblica o privata che sia) e sulla sua compatibilità, in termini di bilanciamento, con i principi ricavabili da altre disposizioni costituzionali che tutelano il lavoro nelle sue espressioni individuali e collettive.

2. La professionalità fra vincolo di scopo e garanzia del dipendente

La professionalità è una zona sismica dove si incontrano e si scontrano i diversi principi costituzionali, le fonti di diritto pubblico e di diritto privato, quelle legali e quelle contrattuali, il potere della dirigenza e l'autonomia collettiva. Essa – nel suo significato comunemente accettato di grado di qualificazione del lavoro richiesto per l'esecuzione della prestazione e di promozione professionale (Treu 1972) - rappresenta un elemento di ambivalenza e di tensione con il potere politico e con il sistema organizzativo degli uffici e del lavoro. La professionalità infatti non solo è funzionale alla produttività-efficienza, ponendosi in correlazione con le tecniche di amministrazione concernenti l'organizzazione e i metodi di lavoro, ma costituisce strumento di difesa del corpo burocratico dagli assalti dell'esecutivo.

Per assolvere a questi compiti vengono predisposti tratti di disciplina speciale dell'organizzazione del lavoro, specie con riguardo agli istituti e alle norme che direttamente regolano la professionalità, vale a dire la selezione e la formazione del personale, la classificazione e l'inquadramento, l'attribuzione delle mansioni e, infine, la progressione nella carriera.

Tuttavia, questa disciplina speciale viene per lungo tempo costruita con norme di diritto pubblico che esaltano la confusione all'interno dell'ufficio fra attività materiale di lavoro ed esercizio del potere (e cioè, dal punto di vista soggettivo, tra rapporto di servizio e rapporto di ufficio). Ciò ha comportato che la professionalità venisse colta e giuridicamente regolata soltanto dal punto di vista dell'imputazione del potere o dell'atto, anziché da quello della materiale esecuzione della prestazione. È stato a tale proposito affermato che "qualsiasi prestazione" del dipendente "ha sempre per oggetto un aspetto di un pubblico interesse trattato come materia" (Berti 1968). E l'oggettivizzazione dell'interesse pubblico nell'attività lavorativa è icasticamente raffigurata nella formula di giuramento indicata nell'art. 11 del T.U. del 1957.

Inoltre, la disciplina pubblicistica viene ritenuta la più idonea per realizzare una rete protettiva attorno al dipendente al fine di preservarlo dalle ingerenze della dirigenza politica non solo nell'attività amministrativa, ma soprattutto nella scelta dei prestatori di lavoro e nelle carriere. "La crescente separazione tra carriere politiche e carriere burocratiche" manifestatasi sul finire dell'800 "induce l'alta burocrazia a cercare propri statuti e proprie garanzie e a ricercarli in nuove regole, in più codificati rapporti tra decisione politica ed esecuzione amministrativa" (Melis 1989). Quest'esigenza viene avvertita da uomini come Mosca, Spaventa e Minghetti, che, pur nelle diverse posizioni politiche (il primo fortemente critico nei confronti dello stato liberale, gli altri due fedeli al sistema), si trovano "accompagnati nella richiesta di guarentigie per gli impiegati, nella lotta alla irresponsabilità burocratica, nella sollecitazione alle istituzioni di una suprema magistra-

tura amministrativa" (Corpaci 1975). Cominciano così a prevalere quelle che sono state efficacemente chiamate le "voci di dentro": vale a dire il condizionamento delle riforme amministrative degli interessi dei dipendenti e in seguito anche dei sindacati (Cassese 2000). Si afferma nel nostro ordinamento la concezione della c.d. "burocrazia garantita" nei confronti dei detentori del potere politico; costituita cioè come corpo sociale a cui si accede in condizioni di eguaglianza (mediante il pubblico concorso), organizzata in modo da assicurare la neutralità e l'imparzialità nell'esecuzione delle leggi, e perciò dotata di personale a cui sia conferito uno speciale *status* giuridico, separato rispetto al lavoro privato, e particolarmente protettivo. Una burocrazia questa formalmente depositaria dei valori dello stato di diritto, ravvisati nell'esigenza di garantire l'imparzialità dell'amministrazione pubblica, ma che nelle cose si andava componendo a misura degli interessi sempre più crescenti di protezione del corpo degli impiegati nella prestazione lavorativa (Pastori 1987). Lo stesso principio del reclutamento mediante pubblico concorso non risponde all'esigenza secondo cui nell'assunzione (e nella carriera) devono essere tenuti in considerazione le qualità professionali e il rendimento, e cioè al *merit system*, ma all' "imparzialità o neutralità della scelta dei funzionari pubblici. E tuttavia il principio di eguaglianza, invocato a garanzia dello stato di diritto e quale freno all'arbitrio ministeriale (perché impedisce che la scelta dei candidati agli uffici sia attribuita ai politici), si risolve nel consolidamento della burocrazia come corpo a sé stante che "conquista… il controllo dei meccanismi di selezione" e di promozione (Cassese – Pellew 1987).

Di fatto, alla tutela dei cittadini si sostituisce l'interesse della stessa amministrazione alla sua esistenza e riproduzione. Il rapporto con i governati non è costruito sulla partecipazione ma sul principio di autorità, che, unitamente all'esigenza di protezione dei funzionari, e dei dipendenti concorre a disegnare l'assetto dell'organizzazione amministrativa e la disciplina del lavoro.

3. La professionalità nel sistema di diritto pubblico

Il teorema pubblicistico di organizzazione del lavoro e del rapporto d'impiego ha concorso al (o, secondo alcuni, ha causato il) disfunzionamento dell'amministrazione (Rusciano 1978). Infatti, la disciplina pubblica del rapporto e la rigidità del sistema di classificazione e inquadramento, imperniati sulla nozione di gerarchia e sulla redazione di atti amministrativi piuttosto che sulle mansioni, hanno determinato la mortificazione della professionalità e mantenuto bassi i livelli di produttività. La regolamentazione giuridica degli istituti relativi è apparsa antitetica rispetto a quella introdotta nel settore del lavoro privato: essa anzitutto è stata costruita non in funzione della produttività e come insieme di limiti al potere imprenditoriale (qui delle pubbliche amministrazioni), ma in modo correlato ad una "visione perenta dell'amministrazione", retta dal tradizionale modello legalitario-burocratico, che, per quanto qui interessa, fa perno sulla nozione di competenza a cui è assegnato il ruolo di cerniera fra il principio di legalità e la divisione del lavoro (Di Gaspare 1995). Questo modello, che assurge a "sistema tendenzialmente universale" grazie all'enucleazione di principi generali elaborati dalla giurisprudenza amministrativa, non consente di eliminare "l'inefficiente", ma neppure permette "di valorizzare chi è particolarmente capace" (Giannini 1970).

Progressivamente, ma inarrestabilmente si va delineando un assetto dell'organizzazione amministrativa e della disciplina del lavoro, che può così sintetizzarsi:

- la struttura dell'amministrazione è articolata in uffici-organo, che nei servizi centrali vengono identificati nei ministeri, retti dai ministri e ripartiti in direzioni generali;

- ciascun ramo dell'amministrazione è dotato di un proprio ruolo, centrale e periferico, in cui il personale (dopo i provvedimenti legislativi sul c.d. riassetto del 1968-70) è suddiviso per carriere e qualifiche; al ruolo corrisponde un preciso contingente;

- le carriere (ausiliaria, d'ordine, di concetto, direttiva) sono divise per fasce orizzontali con accesso attraverso meccanismi concorsuali o di merito, che comunque richiedono il titolo di studio;

- la dinamica retributiva è dipendente dalla carriera, salvo il meccanismo degli scatti di anzianità;

- ai vertici della struttura (direzioni generali, segretariati) si perviene percorrendo tutti i gradini della carriera, senza alcuna reale possibilità di conferire le funzioni più elevate a soggetti esterni dotati di adeguate capacità professionali.

Il prodotto "è un'amministrazione ad alveare, in cui ciascuno ha il suo posto, che comprende le aspettative di carriera, ed è intoccabile. In questa amministrazione la mobilità è minima, i passaggi da un ministero all'altro sono rari. I passaggi ai gradi superiori sono fondati su un accurato dosaggio di elementi obiettivi e di prove (che conferiscono un potere di cooptazione al vertice della gerarchia)" (Cassese 1974).

Modesti risultati producono i tentativi, messi in campo fra la fine del 1960 e la metà del '70, di modificare il sistema dall'interno, senza alterare il disegno delle strutture amministrative, le tecniche di organizzazione e la concezione tradizionale del rapporto di pubblico impiego, per correggerne le più macroscopiche disfunzioni (Rusciano 1978). Delude in particolare l'istituzione della dirigenza (d.p.r. n. 748 del 1972), non accompagnata da un'adeguata ristrutturazione delle amministrazioni. La nuova categoria non riesce ad assumere autonome funzioni di amministrazione e di gestione perché resta asservita all'esecutivo, a cui è attribuito il potere di annullamento e di riforma degli atti del dirigente e di decisione sui ricorsi avverso gli atti non definitivi (Romagnoli 1988). Inoltre, l'organico dei dirigenti avrebbe dovuto essere rapportato al numero di uffici da affidare ad essi, tenendo conto del trasferimento, allora *in itinere*, delle funzioni alle regioni. Invece, la mancata individuazione del numero e delle competenze degli uffici di direzione consente, in sede di prima applicazione, di cooptare nella categoria buona parte dei funzionari direttivi con una procedura niente affatto selettiva. Anche negli svolgimenti futuri il reclutamento dall'esterno risulta poco significativo, sia perché la percentuale riservata al concorso pubblico è modesta, sia per la mancanza di adeguati incentivi economici tali da indurre soggetti qualificati ad abbandonare la propria attività. Così la dirigenza resta il grande punto dolente della pubblica amministrazione italiana (D'Alberti 1990) con il suo impietoso elenco di difetti e di problemi: eccessiva nel numero, mal retribuita, poco autonoma dal potere politico, con un livello professionale modesto ed incentrato su un sapere prevalentemente giuridico-nozionistico.

4. La professionalità come status. Qualifica e mansioni nel rapporto a regime pubblicistico. Il fallimento della legge quadro.

L'istituto in cui più emblematicamente spiccano le antinomie rispetto al rapporto di lavoro privato è individuato dalla dottrina giuslavorista nella qualifica. Ed invero Gino Giugni, nel suo fondamentale studio su "Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro" del 1963, procedendo ad una comparazione della disciplina privatistica con quella del pubblico impiego, rileva che i criteri di classificazione e di inquadramento degli impiegati pubblici "presentano la fisionomia essenziale di una normativa di organizzazione, che l'ordinamento statale detta a se stesso, sì da determinare l'àm-

bito di competenza di ciascuna 'funzione' e dei relativi titolari". Diversamente dal valore meramente descrittivo della distinzione dei lavoratori in categorie indicata dall'art. 2095 c.c., il sistema classificatorio del pubblico impiego ha carattere funzionale, individua cioè in modo prescrittivo la posizione che il dipendente riveste nell'àmbito dell'organizzazione, posizione che, in quanto gerarchicamente ordinata, delimita le porzioni di autorità e di attività amministrativa che a ciascun dipendente sono assegnate. Non sono le mansioni che determinano il contenuto della prestazione, ma le competenze sintetizzate nella qualifica. Questa, nonostante l'identità del termine, nel settore pubblico presenta delle caratteristiche affatto singolari che la fanno assurgere ad autonoma posizione soggettiva, "elemento a sé stante, essenziale, nel rapporto di lavoro". A differenza del rapporto di lavoro nell'impresa, dove la qualifica non è altro che mera "variante semantica" delle mansioni, in quello di pubblico impiego l'esistenza di tale diritto dell'impiegato viene desunta dall'art. 31 del T.U. del 1957. Qui la qualifica "non è uno strumento descrittivo delle mansioni di assunzione (nella fattispecie: di nomina), bensì l'oggetto immediato del rapporto di servizio che è determinato con puntuale riferimento ad una tipologia fissa e inderogabile (vedi, d'altronde, l'art. 97 Cost.). Dall'attribuzione di una data qualifica all'impiegato discende il dovere di svolgere una varia gamma di funzioni, laddove nell'altro rapporto, la qualificazione presuppone una determinazione delle mansioni, che, a sua volta, non obbedisce a un parametro fisso". Inoltre, secondo la giurisprudenza allora consolidata, "nell'ipotesi di assegnazione temporanea a qualifica superiore, non nasce il diritto al maggior trattamento per essa previsto" – così come disponeva il testo allora vigente dell'art. 2103 c.c.- ma soltanto "il diritto alla qualificazione corrispondente". Deve precisarsi che non di un diritto soggettivo si tratta, ma di una posizione di interesse legittimo, che è attribuita al dipendente, ai sensi dell'art. 16 delle norme di esecuzione contenute nel d.p.r. n. 686 del 1957, "agli effetti gerarchici", cioè per garantire il rispetto delle relazioni gerarchiche strettamente inerenti alla conduzione del lavoro negli uffici. Una posizione però talmente forte da essere assimilata (sia pure impropriamente) ad uno *status*, tale da non venire meno con la cessazione del rapporto.

Il vero è che la disciplina del pubblico impiego non subisce scosse significative a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione: il T.U. del 1957 sostanzialmente riproduce le norme del precedente ordinamento, depurate dalle scorie dell'autoritarismo fascista e migliorate nelle garanzie. Cosicché il buon andamento, che avrebbe dovuto guidare la regolamentazione della professionalità rimane subalterno alle esigenze personali di carriera e alle prerogative di status. Non è un caso allora se le forti spinte innovative che si manifestano dalla fine del 1960, conseguenza dell'acquisita rappresentatività del sindacalismo confederale nell'intero settore e della perdita di potere dei sindacati autonomi, hanno fra le principali direttrici quella di riformare il sistema degli inquadramenti in un'ottica che possiamo definire aziendalista e che si interseca con la svolta dell'inquadramento unico del settore privato. Il nuovo modello, indicato con il termine qualifica funzionale, prende corpo nella legislazione di alcune regioni – prima fra tutte la Sicilia, grazie al proprio statuto speciale - si estende poi, nel 1975, al c.d. parastato e nel 1978 agli enti locali; infine nel 1980 viene applicato alle amministrazioni dello Stato. Esso, assurto a principio guida con la legge quadro del 1983, si prefigge l'obiettivo di superare l'articolazione in carriere e raggruppare le prestazioni lavorative in qualifiche (o livelli) secondo il grado di preparazione richiesto per ciascuna. Per ogni qualifica, a sua volta suddivisa in una svariata gamma di profili professionali a cui dovrebbero corrispondere specifiche mansioni, viene fissata una retribuzione base, che si sviluppa in classi stipendiali per automatismi di anzianità, e accelerazioni o decelerazioni legate al

merito. Ma il disegno fallisce miseramente. Non è il caso di ripercorrere le tappe di quest'insuccesso già da molti analizzato (De Felice 1990). Basta qui riprendere alcune puntuali valutazioni che Giannini svolge nel suo Rapporto del 1979, pietra miliare a cui va riconosciuto il ruolo di apripista della riforma di fine secolo. La qualifica funzionale non è un "modello organizzativo", ma, "più semplicemente, un disegno di ordinamento del personale, di difficile applicazione ed incompleto". Intento perché non tutte le prestazioni lavorative professionalmente qualificata sono ordinabili. In secondo luogo si confondono (ancora una volta) qualifica soggettiva e oggettiva, per cui non si tiene conto che molte qualifiche professionali, che si individuano in relazione al possesso di titoli conseguiti o per l'appartenenza a speciali carriere tecniche o amministrative, e che comunque comportano specializzazioni definibili, tagliano "verticalmente gli ordinamenti del personale, in qualsiasi amministrazione, e costituiscono un limite non superabile alla proclamata mobilità interna sia di qualifica funzionale che fra amministrazioni". Insomma, così come il grande giurista aveva previsto quando ancora l'istituto era in fase sperimentale, la qualifica funzionale fallisce gli obiettivi che i suoi fautori avevano indicato e che sono compendiati nell'art. 17 della legge quadro. Non raggiunge neanche il risultato minimo, ma fondamentale, di ricomporre la separazione fra qualifica formale e mansioni esercitate (Corte cost., sent. n. 997 del 1986). In realtà la nuova classificazione mantiene il sistema formalmente rigido, ma di fatto apre le maglie alle pratiche abusive Da un canto, infatti, la nuova disciplina stabilisce il principio dell'accesso ad ogni qualifica solo mediante concorso e mantiene ferma l'inapplicabilità integrale dell'art. 2103 c.c., non consentendo dunque di prefigurare forme di progressione nella carriera; dall'altro, però, con una serie di leggi speciali, di norme transitorie e di disinvolte e incoerenti applicazioni ad opera degli accordi collettivi nazionali e decentrati (qui con riguardo all'amministrazione degli inquadramenti), si perviene a promozioni di massa fondate sul criterio dell'anzianità (generica) e su compiacenti ordini di servizio o dichiarazioni rese a posteriori dai dirigenti asseveranti lo svolgimento di mansioni superiori. Negativamente ha perciò inciso la gestione collettiva dei nuovi inquadramenti, che la legge aveva creduto di controllare mediante l'attribuzione alla propria competenza dei criteri guida che avrebbero dovuto informare la qualifica funzionale i relativi profili professionali. Il riparto della materia tra la legge e la contrattazione secondo le indicazioni della legge quadro non ha dunque impedito il "malgoverno del principio della qualifica funzionale" già denunciato da Giannini con riferimento agli accordi del parastato e degli enti locali. Del resto, come si è detto, la stessa legge, specie a livello regionale, farà strame di quel principio e dovrà più volte intervenire la Corte costituzionale per ristabilire il rispetto della conformità dei sistemi promotivi ai canoni dell'imparzialità e del buon andamento, predeterminando però alcune regole di indirizzo che la Consulta ha continuato ad applicare in modo assai criticabile al nuovo regime privatistico (v. *infra*).

Più in generale si deve riconoscere che con la legge quadro n. 93 del 1983 si consacra il fallimento delle tecniche di "ibridazione della contrattazione collettiva con il diritto amministrativo" (D'Antona 2000). La causa principale della cattiva riuscita dalla legge è determinata dalla previsione di coesistenza di un doppio regime, differenziato sul piano delle fonti: contrattual-collettivo con riguardo alla organizzazione del lavoro e alla retribuzione, e unilaterale, attraverso norme di legge e atti amministrativi, con riguardo non solo all'organizzazione degli uffici, ma anche al rapporto d'impiego e (conseguentemente) alla gestione concreta delle singole posizione di lavoro. A ciò si aggiunga che il criterio distintivo, già concettualmente ambiguo, è reso impreciso dalle disposizioni della legge quadro, che distingue ulteriormente tra principi e criteri di carattere generale in

materia di qualifiche funzionali e profili professionali, di formazione professionale e addestramento, di orario di lavoro con riferimento alla sua durata massima, regolati con legge (ovvero sulla base della legge, per atto normativo o amministrativo), e attuazione dei relativi istituti, rimessa agli accordi collettivi. Ciò ha causato una continua tensione tra le rigidità connaturate al sistema pubblicistico (ruoli, pianta organica, atti formali di nomina, inquadramento e preposizione alle funzioni, etc.) e le esigenze di flessibilità dell'organizzazione del lavoro. Lo stesso contratto collettivo, avviluppato all'interno di una procedimentalizzazione vischiosa che culmina in un regolamento governativo di recepimento, non riesce a perseguire concretamente gli obiettivi di efficacia, produttività e tutela degli utenti, a cui avrebbe dovuto essere finalisticamente orientato, anche in considerazione della sua ibrida natura; e spesso sconfina dagli àmbiti di competenza che gli sono stati attribuiti, sia a livello di comparto sia in sede decentrata, ingabbiato in una rete di consociativismo che determina benefici normativi ed economici generalizzati e l'incapacità gestionale della dirigenza (Treu 1994; L. Zoppoli 1990).

5. La svolta della privatizzazione. La prima fase

La grande svolta del pubblico impiego è segnata dalla legge delega n. 421 del 1992, che dà avvio alla prima fase della privatizzazione dell' "ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazione" (come si esprimerà il d. lgs. n. 165 del 2001). Privatizzazione e contrattualizzazione sono le parole chiave della riforma: il rapporto di lavoro, dal momento dell'assunzione alla sua estinzione, viene affidato al diritto privato e quindi al contratto individuale e collettivo; la pubblica amministrazione si spoglia della supremazia speciale esercitata sui propri dipendenti, assume il ruolo di parte contrattuale e gestisce i rapporti di lavoro con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro. I dipendenti perdono la tutela concessa dall'interesse legittimo (spesso più pervasiva ed efficace di quella offerta dal diritto soggettivo, ma senz'altro più ambigua) e vedono parificate agli altri lavoratori le situazioni soggettive sia sul piano sostanziale che processuale (Carinci 1999 e 2000).

Se questo è l'obiettivo, l'impianto contenuto nella legislazione della prima fase presentava incertezze e ambiguità. Con chiarezza ed acume Massimo D'Antona (1998 e 2000) rilevò che "il peso della tradizione pubblicistica… si fa sentire… sui temi cruciali della natura del potere di organizzazione e dell'incidenza della riserva di legge", sotto il cui "manto… si stabilisce… una discutibile saldatura concettuale tra l'autonomia organizzativa della pubblica amministrazione, l'esclusione della contrattazione collettiva e il regime pubblicistico degli atti organizzativi". Invero la delega fa discendere il diverso regime giuridico applicabile dalla distinzione dell'organizzazione nei due aspetti, di organizzazione degli uffici e del lavoro, nella convinzione che solo il diritto pubblico possa realizzare i principi del buon andamento e dell'imparzialità. Questa scelta era stata già fatta propria dalla legge quadro per segnare l'àmbito di competenza della contrattazione collettiva. Qui però ha un ruolo assai più complesso, perché assurge a criterio discriminante fra area riservata al regime pubblicistico (e al diritto amministrativo), coperta dalla riserva relativa di legge ai sensi dell'art. 97 Cost., e area a regime privatistico in cui la fonte è costituta dal contratto individuale e collettivo. Alla prima, e agli atti normativi e amministrativi emanati secondo le indicazioni che da essa provengono, compete fondamentalmente la regolazione di "organi, uffici e modi di conferimento della titolarità dei medesimi" (e quindi gli incarichi dirigenziali di direzione degli uffici); "principi fondamentali di organizzazione degli uffici; ruoli e dotazioni organiche e loro consistenza complessiva; procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; responsabilità giuridiche attinenti all'espletamento di procedure amministrative". In questo

modo si garantisce l'integrità del principio di autorganizzazione dell'amministrazione, che non riguarda soltanto l'elemento oggettivo, cioè l'ufficio, ma anche il personale, nei cui confronti viene estesa l'area del diritto pubblico, in ossequio alla lettura tradizionale dell'art. 97 Cost., a presidio del governo degli organici e delle procedure di reclutamento.

L'area della privatizzazione non è individuata dalla legge, e quindi si espande potenzialmente a tutta l'organizzazione del lavoro e alla disciplina dei rapporti individuali. Solo che il confine tra le due aree non è netto e peraltro si presenta di difficile applicazione: sul fronte dell'organizzazione amministrativa la delega assoggetta al regime pubblicistico soltanto i principi fondamentali di organizzazione degli uffici, consentendo dunque, secondo alcuni (Orsi Battaglini-Corpaci 1999), già nella prima versione la privatizzazione dell'organizzazione c.d. bassa; per contro anche una parte dell'organizzazione del lavoro subisce i condizionamenti del vincolo di scopo. Infatti, da un canto si è enfatizzato il regime pubblicistico assumendolo come indispensabile per disciplinare le sette materie elencate nell'art. 2, comma 1, lett. c), e facendone conseguire in parallelo l'attribuzione delle controversie ad esse relative alla giurisdizione del giudice amministrativo; dall'altro, l'accento posto nella prima stesura del d. lgs. n. 29 del 1993 alla specialità di disciplina del rapporto di lavoro "per il perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione amministrativa sono indirizzate", ha fornito l'alibi ad alcuni per sostenere che anche dopo la riforma una parte della disciplina del rapporto di lavoro sarebbe stata governata dal diritto pubblico e soggetta al giudice amministrativo. Così gli oggetti controversi (limitando l'elenco alle materie che ci riguardano) comprendevano le piante organiche, l'articolazione degli orari, i carichi di lavoro, l'attribuzione delle mansioni.

La disciplina pubblicistica – peraltro indicata con espressioni imprecise – e l'equivoca specialità del rapporto, combinate fra loro minacciavano la privatizzazione. E la minaccia rischiava di diventare certezza a causa delle prime incursioni dei giudici amministrativi – in sintonia con le critiche contenute nel noto parere dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - nelle due zone più importanti della riforma, vale a dire la contrattazione collettiva e la dirigenza (D'Antona 1999). Lo scontro fra le due giurisdizioni si preannunciava duro, lungo e dagli esiti incerti; in esso avrebbero avuto facile gioco d'inserimento i gruppi ostili alla privatizzazione, sempre pronti a spingere all'indietro la riforma (Romagnoli 1994).

6. Segue: la seconda fase

La necessità di una seconda privatizzazione nasce non solo dalle ricordate contraddizioni interne alla riforma, ma anche dall'esigenza di riposizionare la pubblica amministrazione nel quadro del nuovo assetto dei rapporti fra lo Stato e i governi locali, che le leggi n. 59 e n. 127 del 1997 disegnano in termini di conferimento di funzioni e competenze dal primo ai secondi, anticipando la revisione costituzionale di orientamento federalista (Romagnoli 1999). Il progetto di riforma coinvolge l'intero sistema organizzativo: dalle modifiche delle strutture ministeriali, al rafforzamento delle autonomie - non solo al ricordato livello regionale-locale, ma anche a livello nazionale - con la crescita delle autorità indipendenti e la separazione degli enti pubblici dallo Stato. Nell'organizzazione amministrativa irrompono gli strumenti negoziali, compreso il contratto di diritto comune, e nuove tecniche di gestione improntate a canoni aziendalistici che comportano maggiore flessibilità nella distribuzione delle competenze, delle risorse finanziarie e di quelle umane (D'Auria 1999).

In questa prospettiva, il progetto è radicale: il processo di privatizzazione del rapporto è accelerato e generalizzato con l'inclusione della dirigenza di vertice e con l'estensione dell'area dei poteri privati alla micro (o bassa) organizzazione amministrativa, secondo uno schema "non molto distante da quello ormai collaudato a proposito degli enti pubblici economici" (D'Antona 1997); vengono ridefiniti compiutamente i rapporti amministrazione-politica e amministrazione-società, accentuando "la finalizzazione dell'azione amministrativa a risultati ed obiettivi" (D'Antona 1998 e 2000); è conseguentemente precisata la distinzione fra attività di programmazione e indirizzo politico-amministrativo e attività di gestione, e sono introdotti controlli strategici e sul risultato, affidati a soggetti e strutture imparziali e capaci; il sistema di contrattazione collettiva è ridefinito in modo da garantire il pluralismo istituzionale e il decentramento contrattuale, salvaguardando nel contempo l'unità di indirizzo e il controllo sulla spesa assegnati al contratto nazionale di comparto. L'organizzazione e la gestione delle risorse umane diventano fattori strategici dell'innovazione e un ruolo centrale viene assunto dalla dirigenza, cerniera fra potere autoritativo pubblico e gestione privatistica e per questo assoggettata a una speciale responsabilità (Liso 2000).

La chiusura del sistema è realizzata dall'unicità della giurisdizione del giudice ordinario su tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro, incluse quelle concernenti l'assunzione, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale. In questo modo si supera il riparto di giurisdizione basato sulla natura della fonte, che stava innescando una concorrenza fra i giudici ordinari e amministrativi e si eliminano gli effetti che derivano dal sempre possibile concorso conflitto tra diritto pubblico e diritto privato nella gestione rapporto di lavoro.

In effetti, la seconda riforma ha spostato il confine tra le due aree, attraendo in modo chiaro l'organizzazione bassa nella sfera della privatizzazione. E' stato così finalmente superato il pregiudizio che riteneva coincidenti riserva di legge e disciplina di diritto pubblico. Da questo a sostenere che nella pubblica amministrazione la gestione complessiva delle risorse umane è diventata zona franca in cui opera la libertà d'impresa (ovviamente disponibile dall'autonomia individuale e collettiva) il passo è però troppo lungo. Regole che dovrebbero considerarsi interne all'organizzazione del lavoro, qui in funzione dell'interesse pubblico sono sottratte a quella libertà e dettate dalla legge. Ne consegue che la divisione fra le due aree taglia in orizzontale materie e istituti inerenti alla professionalità; e non solo l'organico e il reclutamento, ricompresi secondo la (discutibile) tradizione nella riserva di cui all'art. 2 della legge n.421 del 1992, ma anche l'inquadramento, le mansioni e la mobilità, oggetto di disciplina speciale di diritto privato.

Non si può pertanto convenire con l'opinione (Barbieri 1997 e 2000) secondo cui il vincolo di scopo assume giuridica rilevanza solo per un segmento dell'organizzazione, perciò soggetto al controllo di legittimità sugli atti da parte del giudice amministrativo. Questa dottrina, mossa da comprensibile preoccupazione verso i tentativi di recuperare il diritto amministrativo speciale del pubblico impiego e di comprimere l'autonomia collettiva, nega che margini di funzionalizzazione possano essere presenti non solo nella disciplina del rapporto, ma anche nell'organizzazione del lavoro.

Si deve invece ribadire che nella zona della gestione del lavoro regna sì il diritto privato, ma esso è in parte presidiato da alcune norme speciali inderogabili e indisponibili, quindi non negoziabili se non nei limiti del rinvio disposto dalla legge, in parte affidato alla dirigenza a cui compete il difficilissimo compito di tenere insieme i pezzi che compongono i diversi aspetti dell'organizzazione (Liso 2000; Rusciano 2000).

L'indagine deve allora essere indirizzata a verificare se la configurazione del nuovo modello, a prevalente impronta privatistica, che regola i rapporti tra i due aspetti dell'organizzazione con la dirigenza e con gli altri prestatori di lavoro sia in grado di concorrere alle trasformazioni in corso degli apparati amministrativi e alla riqualificazione della burocrazia.

7. Professionalità ed autonomia del dirigente: un legame inscindibile

Nell'impostazione della riforma del lavoro pubblico, il dirigente assume con chiarezza indiscutibile il ruolo di gestore del rapporto di lavoro e, stante le condizioni specifiche delle pubbliche amministrazioni, la funzione di canale di raccordo tra la parte dell'organizzazione in regime privatistico e il vincolo di scopo rivolto alla tutela degli interessi pubblici, che costituisce l'obiettivo finale che giustifica l'agire delle strutture amministrative (D'Antona 1997). Se è vero che l'interesse pubblico è oggi ravvisato nella produzione di risultati, in termini di maggiori servizi e di ampliamento dell'efficacia e dell'efficienza, tale cambiamento, per essere realmente realizzato, presuppone anche un generale riorientamento del *modus operandi* della dirigenza e quindi la presenza di figure dirigenziali in possesso della formazione e della professionalità da ciò richiesta. Il passaggio dal modello burocratico al modello manageriale di gestione dell'amministrazione pubblica pone dunque al centro dell'attenzione la questione della professionalità della dirigenza pubblica (Cassese 1993; Rusciano 1997; A. Zoppoli 2000).

In questo contesto, una precondizione indispensabile per garantire il soddisfacente raggiungimento degli obiettivi istituzionali è senza dubbio la costruzione di un apparato normativo che faccia leva sulla qualificazione professionale del dirigente. Invero, se la nuova figura del dirigente pubblico è costruita sul binomio autonomia-responsabilità (Carinci 2000 e 2001), la qualificazione professionale della categoria rappresenta un requisito imprescindibile affinché l'esercizio dei poteri del privato datore di lavoro e il perseguimento degli interessi pubblici possano essere utilmente (e appunto responsabilmente) coordinati. Un'altra coppia allora può essere scelta come chiave di lettura della disciplina della dirigenza pubblica privatizzata, quella professionalità-fiducia: infatti, se è vero che l'adozione di principi come quelli di managerialità e di orientamento della gestione ai risultati comportano l'accentuazione della possibilità degli organi di direzione politica della scelta fiduciaria dei dirigenti preposti alla gestione amministrativa (D'Orta 2002), è anche vero che la professionalità della dirigenza rappresenta una garanzia di protezione da indebite interferenze della politica sul piano dell'amministrazione, tale da assicurare che questa sia svolta con il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità (Endrici 2000). In altri termini: "la professionalità del dirigente è la premessa perché il rapporto fiduciario che lo lega al vertice sia funzionale alla tenuta dell'organizzazione (al suo buon andamento), e non abbia valenze meramente premiali o non valga solo a realizzare una sorta di dominio del vertice sulla struttura pur dopo la separazione tra politica e amministrazione" (Sgroi 2002).

Pertanto, uno degli obiettivi fondamentali della riforma è quello di "rafforzare sostanzialmente i poteri della dirigenza" e di "promuovere un suo interesse autonomo al buon andamento dell'amministrazione" (Bordogna 1998). Si tratta allora di vedere se le varie innovazioni introdotte dal legislatore abbiano realizzato tale esigenza.

Il nodo più intricato attiene al (sempre controverso) rapporto - che oscilla dalla pura separazione alla più attenuata distinzione - tra politica e amministrazione. Infatti, esiste una costante tensione tra i principi costituzionali che riguardano l'azione amministrativa: da un lato è espressa l'esigenza

che il potere politico sia messo in grado di perseguire i programmi su cui gli elettori hanno manifestato il loro consenso, e che quindi esso abbia ampia possibilità di influire sulla scelta dei membri dell'apparato burocratico preposti alla gestione; dall'altro, è prescritto che l'amministrazione agisca in modo imparziale e perciò con un margine (seppure mutevole) di autonomia dal potere politico. Peraltro, sempre con riguardo al rapporto tra politica e amministrazione, se si pone uno sguardo alla varietà di amministrazioni e di tipologie organizzative-funzionali adottate, ci si rende conto che "è indispensabile uscire dalla falsa idea che si sia in presenza di due sfere tra loro impermeabili": infatti, quella tracciata dal legislatore della riforma è una linea di confine "intrinsecamente flessibile e variabile a seconda della natura dell'amministrazione" (Rusciano 2002): il che ovviamente induce ad un verifica circostanziata di ogni affermazione di principio.

Gli istituti giuridici in cui entrano in gioco in precario equilibrio le coppie autonomia-responsabilità e professionalità-fiducia riguardano le modalità di accesso alla categoria, la formazione, le regole sul conferimento e la revoca degli incarichi di funzioni dirigenziali e, da ultimo, ma non per importanza, la sfera dei poteri assegnati al dirigente e i confini agli eventuali interventi limitativi posti ad essi dal potere politico e dalla contrattazione collettiva.

8. I canali di accesso e la formazione continua

In primo luogo, per quanto concerne l'accesso alla qualifica di dirigente nelle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, la recente legge n. 145/2002 ha opportunamente ripristinato il meccanismo di accesso duale venuto meno con l'ultima versione del d.lgs. n. 29/1993. In particolare, spicca la reintroduzione del corso-concorso selettivo di formazione presso la Scuola superiore della pubblica amministrazione che si pone accanto al concorso per esami indetto dalle singole amministrazioni. Benché anche per la partecipazione a quest'ultimo sia prevista una limitata apertura agli esterni alla pubblica amministrazione, è evidente che il corso-concorso presso la Scuola superiore dovrebbe costituire il meccanismo privilegiato di accesso dall'esterno alla qualifica dirigenziale. E' stato fatto notare che "le edizioni del corso-concorso fin qui svolte hanno dato risultati complessivamente positivi, in ordine alla qualità dei soggetti selezionati" e quindi si dovrebbe condividere l'auspicio che "tale meccanismo, se ben utilizzato, può contribuire in misura rilevante ad un ringiovanimento dei quadri dirigenziali ed all'immissione nelle amministrazioni di nuovi modelli ed istanze culturali" (D'Alessio 2002). Certo, va apprezzato qualsiasi tentativo di frantumare il principio burocratico della promozione per anzianità e di valorizzare il contrapposto principio del merito, per giunta effettivamente garantito da un'adeguata apertura dell'accesso dall'esterno alla qualifica. Tuttavia, tali innovazioni normative restano alquanto timide, e specialmente le modalità attuative delle selezioni e le percentuali di distribuzione dei relativi posti di dirigente - tra concorso per esami e corso-concorso, nonché le quote riservate al personale di ciascuna amministrazione che indice i concorsi pubblici per esami - sono affidate ad un regolamento governativo la cui conformazione concreta è assai probabile che risentirà fortemente dell'influenza delle aspettative di carriera della burocrazia non dirigenziale.

Il sistema presenta altre ombre. Al corso-concorso presso la Scuola superiore possono ora partecipare anche i dipendenti di ruolo delle pubbliche amministrazioni, muniti dei requisiti stabiliti dal comma 3 dell'art. 28 del d.lgs. n. 165/2001: e quindi gli esterni, per accedere alla qualifica dirigenziale attraverso l'unica modalità loro disponibile, si troveranno a competere con gli interni. Sotto questo profilo, il ripristino del corso-concorso avrebbe dovuto mantenere l'ispirazione della precedente versione del comma 2, lettera b), dell'art. 28 del d.lgs. n. 165/2001 che disegnava un

percorso di accesso alla dirigenza esclusivamente riservato agli esterni. Inoltre, posto che "nelle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e negli enti pubblici economici" i concorsi per esami possono essere indetti "dalle singole amministrazioni", sorge il timore che tale decentramento favorisca una sorta di "particolarismo" e di "frammentazione" nelle modalità di accesso alla dirigenza: infatti, si osserva che "ciascuna amministrazione può governare la selezione con maggiori spazi di discrezionalità, indicendo specifici concorsi, oltre tutto nella sostanza indirizzati ai suoi dipendenti" (Gragnoli 2002). Va segnalata un'opportuna modifica del comma 7 dell'art. 28 apportata dal comma 25 dell'art. 34 della legge n. 289/2002 (legge finanziaria per il 2003), secondo cui "le amministrazioni di cui al comma 1 comunicano, entro il 30 giugno di ogni anno, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica, il numero dei posti che si renderanno vacanti nei propri ruoli dei dirigenti". A sua volta, "il Dipartimento della funzione pubblica, entro il 31 luglio di ciascun anno, comunica alla Scuola superiore della pubblica amministrazione i posti da coprire mediante corso-concorso di cui al comma 3". In questo modo, il Dipartimento della funzione pubblica ha l'effettiva possibilità di assicurare il rispetto della ripartizione percentuale dei posti di dirigente tra il concorso pubblico e il corso-concorso e ciò ovviamente soprattutto a tutela dei candidati esterni alla pubblica amministrazione (Gragnoli 2002).

Semmai, è preoccupante che l'art. 5 della legge 145 del 2002 colga l'occasione per accogliere istanze corporative e per permettere l'accesso agevolato alla qualifica dirigenziale a determinate categorie di personale, prevedendo un concorso riservato per titoli per il personale delle cosiddette qualifiche ad esaurimento, ai fini dell'inquadramento nella seconda fascia dirigenziale, nei limiti del cinquanta per cento dei posti disponibili nei ruoli di ciascuna amministrazione. La disposizione è, in modo evidente, costruita per attribuire automaticamente la qualifica dirigenziale a tale personale, con l'unico onere di effettuare un'artificiosa procedura concorsuale di cui appunto (almeno nei limiti della percentuale riservata) non v'è dubbio sul risultato finale.

Un altro aspetto da non trascurare riguarda l'adozione di forme e tecniche di selezione veramente idonee a verificare il possesso delle capacità richieste in capo ai futuri dirigenti (Rusciano 1997). Già da tempo la dottrina segnala la necessità di introdurre nuove forme di reclutamento che valorizzino il ruolo del concorso pubblico come "effettivo strumento" per la "selezione dei migliori" e che lo mettano al riparo dalle costanti pressioni e deviazioni politico-clientelari. Sotto questo profilo, va apprezzata l'idea di chi suggerisce di diffondere la prassi di utilizzare giovani laureati (scelti sulla base dei titoli di studio) in brevi stages presso le pubbliche amministrazioni, assicurando però la considerazione del risultato di tale prestazione in sede concorsuale (Rusciano 2002).

Il problema non si esaurisce nella valutazione dell'idoneità professionale del dirigente al momento dell'accesso. La separazione tra costituzione del rapporto e incarico temporaneo di funzioni assegna un ruolo particolarmente importante alla formazione professionale degli appartenenti alla categoria. Non è un caso dunque se l'art. 7, comma 4, del d. lgs. n. 165 del 2001, nell'imporre alle amministrazioni pubbliche l'obbligo di curare "la formazione e l'aggiornamento del personale", espressamente indichi tra i destinatari i dipendenti "con qualifiche dirigenziali" (Paolucci 1997). La centralità della formazione (Rusciano 1997) è esaltata dalla contrattazione di area, dove si sottolinea la sua funzione di aggiornamento delle competenze possedute e di consolidamento e sviluppo della cultura di gestione orientata al risultato e all'innovazione, ma anche allo sviluppo di capacità progettuali. La direttiva 13 dicembre 2001 del Ministro per la Funzione pubblica, che

ha ridefinito l'intera materia, mette in rilievo la necessità che la riforma della dirigenza sia accompagnata "da un sistema dinamico e pluralista di alta formazione continua, affinché si possa realizzare una integrazione con il modello manageriale degli altri settori della società e con la dirigenza degli altri Paesi europei", stabilendo che i programmi dei corsi per il personale dirigenziale siano "aggiornati" dalle Scuole della Pubblica amministrazione. Peraltro il dirigente nella sua figura di Giano bifronte, oltre ad essere il destinatario della formazione, è anche, a seconda dell'incarico ricoperto, colui che partecipa alla predisposizione del piano e lo contratta in sede decentrata con le organizzazioni sindacali, nonché il soggetto responsabile della formazione del personale affidatogli. Da ciò discende che i nuclei di valutazione devono tenere conto, nell'attività di controllo sulla gestione, dell'impegno svolto e dei risultati conseguiti in questo settore dal dirigente.

9. L'incarico di funzioni dirigenziali: temporaneità, rotazione, responsabilità

La disciplina degli incarichi regola in concreto la possibilità di scelta del dirigente e in essa (almeno in base alla logica) l'elemento della professionalità dovrebbe svolgere il ruolo di fattore di condizionamento di un potere pur fondamentalmente libero.

Le disposizioni applicabili alle amministrazioni dello Stato, contenute nel d.lgs. n. 165/2001, sono state, com'è noto, profondamente modificate a seguito della legge n. 145/2002, che ne ha in parte stravolto l'impianto.

La disciplina previgente, per quanto esposta a condivisibili critiche (Rusciano 2001; Endrici 2000), presentava indubbi aspetti positivi. Anzitutto l'idea di base di scindere il rapporto di lavoro a tempo indeterminato e l'incarico di funzioni - già indicata in diverso contesto storico-giuridico da alcuni studiosi tra ottocento e novecento (Presutti 1917) - consente per un verso di privatizzare anche l'alta dirigenza, che per solito svolge funzioni di amministrazione a rilevanza esterna, per l'altro di favorire l'introduzione di logiche di gestione manageriale e per obiettivi, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni (D'Orta 2002). L'ingegnoso meccanismo infatti, pur garantendo la stabilità nel rapporto (nei limiti di solito della tutela obbligatoria), stimola il dirigente al perseguimento degli obiettivi indicati all'atto del conferimento dell'incarico e contrattualmente concordati. La temporaneità dell'incarico, così, implica un adeguato margine di tempo per porre in essere l'attività dovuta e consentire la costante verifica della capacità del dirigente a raggiungere i fini prefissati e ad adempiere le direttive impartitegli. L'utilizzazione del criterio di rotazione nel conferimento degli incarichi impedisce poi il consolidamento del dirigente in determinate posizioni e favorisce una più congrua valorizzazione delle competenze e delle esperienze dirigenziali, mediante la destinazione in strutture diverse, con la prospettiva di innalzare l'efficienza e l'efficacia dell'attività amministrativa. E infine l'introduzione di un sistema obiettivo di accertamento della responsabilità dirigenziale - durante lo svolgimento e al termine dell'incarico - permette di ancorare effettivamente l'attività del dirigente agli obblighi scaturenti dall'incarico e di evitare indebite interferenze della politica nell'ambito dell'attività di gestione. La revoca dell'incarico viene pertanto ammessa solo in presenza delle specifiche ipotesi di responsabilità accertate con i criteri oggettivi imposti dal d.lgs. n. 286/1999; e inoltre, nel caso della responsabilità scaturente dall'inosservanza delle direttive, essa può essere azionata alle condizioni determinate dalla disciplina legale (Endrici 2000). Ciò ha molta importanza soprattutto per gli incarichi dirigenziali apicali e di direzione di uffici dirigenziali generali, di cui al vecchio testo dei commi 3 e 4 dell'art.19 del

d.lgs. n. 165/2001, conferiti direttamente dai titolari del potere politico. Grazie infatti a tale conformazione del rapporto dirigenziale si assicura la separazione tra politica e amministrazione sul piano funzionale (e cioè quello dello svolgimento dei compiti e dell'esercizio dei poteri della dirigenza) sebbene, sul piano strutturale, l'organo politico abbia (e non può non avere, in virtù del principio di responsabilità politica) il potere di nominare il dirigente la cui attività sia coinvolta nel *policy making*, o condivida alcune delle caratteristiche proprie della sfera politica (Endrici 2000; D'Auria 2001). Così, il dirigente, una volta nominato, può agire con autonomia, perché è sottoposto ad un sistema di valutazione basato su criteri oggettivi. E quindi la disciplina assicura un soddisfacente equilibrio tra imparzialità e buon andamento, tra responsabilità politica e autonomia dell'amministrazione, tra autonomia gestionale del dirigente e fiduciarietà della scelta del medesimo e pertanto tra politica e amministrazione (D'Auria 2002). Com'è stato autorevolmente osservato, "la temporaneità degli incarichi è una garanzia per entrambe le parti. Per il Governo, che può giudicare il dirigente dai risultati, distribuire le responsabilità in funzione delle capacità e, ovviamente, pagare meglio chi ottiene i migliori risultati; e per i dirigenti che, una volta accettati gli obiettivi e ottenute le risorse, hanno un'autonomia gestionale garantita per tutta la durata dell'incarico, dato che quest'ultimo può essere revocato prima della scadenza solo per comprovata inefficienza" (D'Antona 1998). In altri termini, il regime della responsabilità rappresenta "una garanzia di stabilità nell'incarico in assenza di responsabilità verificate" e perciò "un contrappeso all'investitura fiduciaria" (Endrici 2000). Così, il perno di tale sistema è appunto costituito dalla disciplina della responsabilità dirigenziale che conforma restrittivamente la possibilità della revoca dell'incarico. Vero è che "la disciplina della revoca illumina sulla natura del rapporto instaurato attraverso la nomina: quando ne sono disciplinati i presupposti oggettivi, si privilegia l'autonomia del soggetto nominato e le esigenze di continuità della funzione, che possono venire sacrificate solo di fronte ad obiettive responsabilità". E "quando, invece, il potere di rimozione è riconosciuto come ampiamente discrezionale, o addirittura libero, si privilegiano evidentemente le esigenze di stretta collaborazione in una prospettiva di fiduciarietà del rapporto in quanto tale" (Endrici 2000).

Semmai, l'esperienza applicativa di tale disciplina ne ha messo in luce alcuni difetti che comunque potevano essere eliminati senza traumi. In particolare, il criterio della temporaneità dell'incarico e della rotazione nell'affidamento degli incarichi destavano qualche perplessità (Endrici 2000). La polemica si è concentrata nel fatto che un uso non ponderato dei criteri di temporaneità e di rotazione avrebbe potuto svolgere un forte pressione (grazie al timore del non rinnovo dell'incarico) sui dirigenti a tal punto da determinare, per i titolari degli incarichi di uffici dirigenziali generali, il rischio di un loro asservimento all'autorità politica (D'Alessio 2000). Peraltro, la normativa ha mostrato il suo punto più debole nel meccanismo della responsabilità dirigenziale (che, come s'è visto, operava anche in funzione di garanzia per il dirigente), che - probabilmente a causa del forte ritardo nell'attivazione dei sistemi di controllo interno e di valutazione dei dirigenti, di cui al d.lgs. n. 286/1999 – è stato sostanzialmente eluso. Infatti, l'autorità competente aveva la possibilità di non rinnovare l'incarico scaduto, senza fornire alcuna motivazione, e quindi il principio di temporaneità creava di fatto un indiretto potere di revoca al di là dei presupposti codificati nell'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, legittimando lo spostamento del dirigente ad altri incarichi meno prestigiosi del precedente (per effetto della non applicazione dell'art. 2103 c.c.) ovvero depositandolo presso il ruolo unico (D'Auria 2002).

Da questo punto di vista, appare allora giustificato l'intervento della contrattazione collettiva con

l'art. 13, comma 4, del Ccnl Area 1, con cui si è previsto un condizionamento della facoltà di non rinnovo dell'incarico scaduto e una sorta di rivitalizzazione dell'art. 2103 c.c. La norma contrattuale stabilisce che, se al termine dell'incarico, le singole amministrazioni non intendano confermarlo "e non vi sia una espressa valutazione negativa" - alla stregua del sistema di valutazione regolato dal contratto collettivo e basato sui principi del d.lgs. n. 286/1999 - "sono tenute ad assicurare al dirigente un incarico almeno equivalente". E "per incarico equivalente si intende l'incarico cui corrisponde una retribuzione di posizione complessiva di pari fascia ovvero una retribuzione di posizione il cui importo non sia inferiore al 10% rispetto a quello precedentemente percepito". In questo modo, svolgendo una delle sue funzioni tipiche, la contrattazione collettiva colmava una lacuna della disciplina legale. Tale norma è stata fortemente criticata e ne è stata messa in dubbio la legittimità (Carinci 2001). In effetti, se la disciplina relativa al conferimento di incarichi di livello dirigenziale è imperniata sul principio della mobilità da un incarico ad un altro, e perciò sulla sancita non applicazione dell'art. 2103 c.c., è evidente che la suddetta previsione tende a produrre un risultato quasi paralizzante del potere organizzativo, a causa dell'alto costo cui l'esercizio del medesimo viene sottoposto. Peraltro, v'era il fondato sospetto che essa incidesse su una materia da ritenersi indisponibile in sede negoziale (Liso 2000).

Questo punto è particolarmente delicato, perché riguarda quel particolare potere di organizzazione attribuito all'organo di governo e che consiste nel conferimento e nella revoca dell'incarico di funzioni dirigenziali. Per gli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale generale, esso attiene al rapporto tra l'organo di indirizzo politico-amministrativo e la dirigenza, che, come s'è visto, la riforma costruisce sulla base di un vincolo fiduciario temperato da alcune garanzie attraverso cui si realizza il bilanciamento tra l'interesse del dirigente alla tutela del rapporto di lavoro e dell'incarico e la garanzia del buon andamento della pubblica amministrazione (Corte cost., n. 11/2002). Le disposizioni di legge che assicurano questo delicato equilibrio, a prescindere dalla loro natura, dovrebbero intendersi inderogabili dall'autonomia collettiva. Quindi non sarebbe legittimo comprimere i margini di discrezionalità della scelta imponendo meccanismi selettivi automatici o procedura concorsuali che non lascino spazi alla decisione finale sul soggetto da nominare. Né sarebbe possibile introdurre il principio di equivalenza escluso dalla legge per le ipotesi di passaggio ad altro incarico. Qualche dubbio invece si pone per gli incarichi relativi agli altri uffici dirigenziali, a cui è estraneo il potere politico, in quanto la scelta è demandata al dirigente generale. Tuttavia anche qui, nella logica del sistema, sussiste pur sempre il vincolo *lato sensu* fiduciario con il dirigente generale, responsabile per il mancato raggiungimento degli obiettivi. Certo è però che in questo modo il giudice, in assenza di norme precise su cui ancorare l'interpretazione sulla compatibilità di una disciplina contrattuale ai principi stabiliti dalla legge, avrebbe margini di apprezzamento troppo vasti, quasi arbitrari. Opportunamente dunque la legge n. 143/2002 ha sancito l'inderogabilità assoluta delle norme in materia. Si tratta di una delle poche modifiche condivisibili in un impianto che, per il resto, suscita fortissime perplessità e dubbi di legittimità costituzionale (cfr. *infra*).

10. La novella del 2002. L'eliminazione del ruolo unico

È opportuno ora soffermarsi sulle modifiche apportate al d.lgs. n. 165/2001 dalla legge n. 145/2002. Va sottolineato, anzitutto, che non può non essere condiviso l'obiettivo dichiarato della riforma, almeno da come viene rappresentato nella relazione di accompagnamento all'originario disegno di legge n. 1696: qui si dice che esso contiene norme "che tendono alla definizione

di un regime degli incarichi di funzione dirigenziale… caratterizzato da maggiori elementi di flessibilità rispetto a quello attualmente previsto, volte in particolare a favorire la mobilità dei dirigenti, a tal fine prevedendo una modifica alla disciplina in materia di conferimento degli incarichi stessi". È chiaro che il concetto di flessibilità utilizzato dal riformatore va riempito di contenuti a seguito dell'analisi delle innovazioni concretamente realizzate; però, almeno in prima battuta, sarebbe logico ritenere che l'uso del termine "flessibilità" in relazione al conferimento degli incarichi dirigenziali imponga una maggiore accentuazione della possibilità di operare scelte che tengano conto del livello di professionalità, e quindi dell'adeguatezza del dirigente rispetto agli specifici compiti da conferire.

Intanto, va osservato che, nel corso dei lavori parlamentari, sono state introdotte innovazioni allo schema normativo di iniziativa governativa che alterano profondamente la possibilità di effettivo perseguimento dell'affermato obiettivo di immettere maggiori elementi di flessibilità in relazione al regime degli incarichi di funzione dirigenziale e di favorire la mobilità dei dirigenti. Infatti, l'eliminazione del ruolo unico dei dirigenti delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e il ripristino dei ruoli dirigenziali per ogni singola amministrazione si pongono in evidente contraddizione con l'esigenza dichiarata dal legislatore della riforma. Basti ricordare che la creazione del ruolo unico, operata dal d.lgs. n. 80/1998, aveva appunto lo scopo di realizzare una sorta di "mercato interno" (Rusciano 2001) alle amministrazioni dello Stato, in cui operasse il principio della fisiologica mobilità dei dirigenti tra incarichi e amministrazioni differenti. In sostanza, il ruolo unico avrebbe dovuto operare "come una sorta di succedaneo del mercato": e cioè, "un luogo ove possano liberamente incontrarsi e trovare la migliore composizione possibile domanda (da parte delle amministrazioni) e offerta (da parte di ciascun dirigente) di competenze dirigenziali" (D'Orta 2001).

Vero è che la prima fase di applicazione del ruolo unico non è stata esaltante: sia sul piano della quantità effettiva dei dirigenti transitati da un amministrazione ad un'altra, sia in relazione alla circostanza che le amministrazione hanno approfittato dello strumento del ruolo unico per liberarsi di dirigenti non graditi, al momento della scadenza dell'incarico, senza effettuare la valutazione delle loro prestazione, ma limitandosi appunto a "depositarli" presso il ruolo unico (D'Auria 2002). Anzi va notato che già l'introduzione del ruolo unico, a seguito del d.p.r. n. 150/1999, in "sede di prima applicazione", come stabilito dall'art. 8 del d. p. r. n. 150/1999, ha permesso di realizzare una specie di *spoil system* generalizzato, attraverso l'azzeramento di tutti gli incarichi dirigenziali in essere al momento di entrata in vigore del citato regolamento. Al punto che, ai critici delle nuove forme di *spoils system una tantum* introdotte dal comma 7 dell'art.3 della legge n. 145/2002 (D'Alessio 2002) - le quali determinano automaticamente la cessazione (salvo espressa conferma) nonché permettono nuovamente l'azzeramento (tramite la revoca) degli incarichi dirigenziali entro un determinato periodo di tempo dall'entrata in vigore della nuova legge n. 145/2002 - si ribatte che esse hanno un precedente proprio nell'azzeramento degli incarichi dirigenziali in precedenza realizzato grazie alla "prima applicazione" del sistema del ruolo unico (D'Orta 2002). Anche se è evidente che la responsabilità di quanto si è verificato con il d. p. r. n. 150/1999 non è in sé del ruolo unico, bensì di una non prudente applicazione del meccanismo nel passaggio al nuovo regime caratterizzato dalla generalizzazione della temporaneità dell'incarico di funzioni dirigenziali (D'Alessio 2002).

Come messo in luce da una condivisibile dottrina, altre sarebbero dovute essere le innovazioni da

apportare alla disciplina del ruolo unico, e soprattutto alle modalità di conferimento degli incarichi, specie in relazione al momento della cessazione dell'incarico e della possibilità di affidamento di altri compiti (D'Auria 2002). Tuttavia, ciò che conta e che la soppressione del ruolo unico e la ricostituzione dei vecchi ruoli ministeriali eliminano in concreto la possibilità della circolazione di esperienze e quindi dello scambio e della crescita di professionalità tra i dirigenti delle varie amministrazioni (Sgroi 2002). E in effetti durante il vigore della precedente disciplina, pur chi ne criticava aspramente la prima applicazione, osservava che "sarebbe, a questo punto, un vero peccato che uno strumento quale il ruolo unico della dirigenza statale, moderno e potenzialmente utile sia alle amministrazioni che ai dirigenti, finisse, a causa della discutibile attuazione e interpretazione delle norme legislative, con l'essere messo in discussione, per tornare a forme di garanzia dei dirigenti rigide e tipiche del tradizionale statuto del pubblico impiego" (D'Orta 2001). Ma tant'è, così la cancellazione del ruolo unico elimina uno degli strumenti essenziali per introdurre "elementi di concorrenzialità tra i dirigenti" (Rusciano 2001) e quindi per favorire lo sviluppo di dinamiche che rafforzino l'identità professionale dei medesimi.

Peraltro, alcuni problemi sorti in passato possono ripresentarsi, perché v'è sempre la possibilità che il dirigente, all'atto della scadenza dell'incarico, venga messo a disposizione del ruolo (questa volta) del relativo ministero, senza affidamento di un nuovo incarico e quindi senza motivazione del non rinnovo o della mancata assegnazione di un diverso incarico da parte del ministro o del dirigente sovraordinato (D'Auria 2002). Vero è che attualmente è operante l'art. 13 del Ccnl (1998-2001) Area 1 della dirigenza, secondo cui, come s'è visto, il dirigente, al momento della scadenza dell'incarico, ha diritto all'assegnazione di uno nuovo che deve essere almeno equivalente al precedente se non vi sia stata (rispetto al primo) un'espressa valutazione negativa. Tuttavia, s'è già detto che la validità di questa disposizione - di pregnante valore precettivo stando anche alla giurisprudenza (Trib. Belluno 22 maggio 2002) - è oggi alquanto dubbia specie in relazione al nuovo comma 12-*bis* dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 che rende inderogabile da parte della contrattazione collettiva la disciplina legale in materia di conferimento degli incarichi dirigenziali: e quindi di fatto ne esclude la derogabilità *in melius* (D'Auria 2002; Menghini 2002; Garofalo 2002).

11. Le modifiche alla disciplina degli incarichi

Le critiche più dure sono state rivolte all'art. 3 della legge n. 145 del 2002, che ha modificato le norme in materia di incarichi dirigenziali.

Anzitutto, la novella pone mano alle regole sui criteri da seguire per l'affidamento degli incarichi, eliminando il criterio della rotazione e riprospettando la combinazione tra elementi soggettivi (attività e capacità professionali) ed oggettivi (natura e caratteristiche dei programmi) in modo tale da privilegiare i primi, "più difficilmente riscontrabili e verificabili". È soppresso peraltro il riferimento all'ipotesi di "passaggio ad incarichi di funzioni dirigenziali diverse" e quindi sembrerebbe preclusa la valutazione dei risultati conseguiti in precedenza; questi vengono invece posti "in diretta relazione con quanto dettato nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del ministro" (D'Alessio "2001). La rotazione in particolare era strumento importante della professionalità e di accrescimento del tasso di efficienza delle amministrazioni. Essa consentiva al dirigente di arricchire le proprie esperienze grazie alla possibilità di operare in strutture e settori diversi. Una professionalità dinamica che apriva a molti e non riservava a pochi gli incarichi più ambiti (Menghini 2002). Vero è che il precedente enunciato stabiliva che il criterio dovesse applicarsi "di

norma", cioè normalmente, ma tale previsione imponeva in caso di disapplicazione della regola una specifica motivazione, che oggi è venuta meno e che non può essere introdotta dalla contrattazione collettiva attesa l'inderogabilità assoluta delle disposizioni contenuta nel comma 12 *bis* aggiunto all'art. 19. Si ha il sospetto che queste disposizioni siano state inserite, accanto a quelle che tra poco esamineremo, non tanto per accrescere la flessibilità del regime degli incarichi, quanto per accentuare la discrezionalità politica fino al punto da trasformarla in arbitrio, e quindi sottraendo il potere di scelta al controllo esercitato dal giudice sul procedimento.

Secondo questa linea la riforma poi amplia l'area dei possibili destinatari degli incarichi dirigenziali. E' vero che su questa strada s'era già mosso l'art. 13 del citato Ccnl Area 1. Infatti, la norma contrattuale aveva derogato il vecchio comma 4 dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, e con una previsione di dubbia legittimità (Menghini 2002) aveva instaurato una completa parità tra dirigenti di seconda fascia e dirigenti di prima fascia ai fini del conferimento degli incarichi di funzioni di livello dirigenziale generale.

La novella invece ristabilisce, in apparenza, la primazia dei dirigenti di prima fascia rispetto al testo contrattuale; ma in realtà, da un lato, amplia (rispetto al vecchio regime) la percentuale legale di dirigenti di seconda fascia che possono rivestire gli incarichi di livello generale e, dall'altro, allarga il contingente di esterni ai quali possono essere conferite funzioni dirigenziali, anche di livello generale. Il che pone, anzitutto, il problema dell'accertamento della professionalità degli esterni che vengono così nominati, rispetto al quale la legge non prevede alcunché, stabilendo soltanto la necessità del possesso di alcuni requisiti, la cui verifica spetta esclusivamente al soggetto titolare del potere di nomina. In questo modo i dirigenti di prima fascia vengono stretti in una sorta di morsa: infatti, si trovano a concorrere, con i dirigenti di seconda fascia e con gli esterni, per l'accesso ad una grossa fetta degli incarichi dirigenziali di livello generale (D'Auria 2002). Il tutto comporta, inevitabilmente, un maggiore spazio per le valutazioni di carattere prettamente fiduciario da parte del titolare di nomina, nonché accentua il grado di dipendenza (se non di asservimento) del dirigente dal potere politico: per il dirigente esterno ciò è la logica conseguenza proprio della possibilità concessa di essere scelto tra un potenziale sterminato parco di aspiranti; e lo stesso vale per il dirigente di seconda fascia; per il dirigente di prima fascia, tale situazione è il precipitato dell'ampliamento della possibilità di attingere al di fuori del bacino dei dirigenti di prima fascia. Così, di fatto, il dirigente di prima fascia, temendo di essere pretermesso, non sarà più garantito dal possesso di una determinata professionalità, ma dovrà manifestare altre caratteristiche per potere aspirare a ricoprire le cariche di notevole importanza e per potere vincere la sempre possibile concorrenza dei dirigenti di seconda fascia e degli esterni: caratteristiche appunto di affidabilità e quindi di tipo politico e fiduciario. Peraltro, in questo modo, il legislatore della riforma avvia un percorso per risolvere in modo drastico il problema della professionalità della dirigenza pubblica: senza dirlo espressamente riconosce che tale corpo non possiede le doti ritenute necessarie e quindi permette una forte immissione per la copertura delle suddette cariche di soggetti provenienti dall'esterno. Tale surrettizia modifica della struttura del rapporto di lavoro dirigenziale però pone il problema della sua compatibilità con l'assetto dei rapporti tra politica e amministrazione nel quadro della privatizzazione del lavoro pubblico, come ritenuto conforme alla Costituzione dalla già citata decisione n. 11/2002 della Consulta. In effetti, la Corte ha riconosciuto che l'estensione della privatizzazione anche ai dirigenti generali (e a seguito di ciò divenuto *tout court* di prima fascia) garantiva che costoro fossero in grado di svolgere le loro

funzioni nel rispetto del principio di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione, perché, tra l'altro, "la posizione del dirigente generale rimane in ogni caso differenziata anche all'interno del ruolo unico, considerando che esso contempla due distinte fasce, e che la disciplina di significativi momenti del rapporto (come il conferimento degli incarichi) riserva ai dirigenti di prima fascia uno speciale e più favorevole trattamento". Se quindi l'imparzialità e l'autonomia dei dirigenti di vertice sono assicurate anche dal mantenimento di una loro preferenza ai fini dell'accesso agli incarichi, gli effetti prodotti dalla novella in esame riaprono senza dubbio la questione.

Uno dei punti più incandescenti della nuova normativa attiene, com'è noto, alla scomparsa, nel testo novellato dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, della previsione di una durata minima dell'incarico, che sembra condurre ad una precarizzazione della posizione del dirigente, al punto da comprometterne in radice l'autonomia (D'Auria 2002; D'Alessio 2002; Menghini 2002). Stante l'affermata inderogabilità della disciplina del nuovo art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 da parte dell'autonomia collettiva, appare peraltro difficile sostenere la perdurante vigenza del comma 3 del già citato Ccnl Area 1, che invece, riproducendo l'abrogata formula legale, fissa una durata minima dell'incarico (Garofalo 2002; Menghini 2002). Difficile infatti ritenere plausibile la tesi suddetta, perché essa si fonda sull'argomento che fa leva sul silenzio del nuovo art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 sulla durata minima degli incarichi e quindi si conclude che la norma legale non impedirebbe all'autonomia collettiva di disporre in tal senso. A ben vedere, tuttavia, anche la previsione di una durata minima dell'incarico, costituirebbe, alla stregua del comma 12-*bis*, dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, comunque, una deroga a quanto in esso contenuto: infatti, la norma legale, proprio perché non indica una durata minima, contiene un precetto implicito, ma chiaro, secondo cui l'incarico può avere qualsiasi durata fino a quando non raggiunge la dimensione temporale massima ivi stabilita. A quanto risulta dai dati disponibili, a seguito della prima applicazione della nuova disciplina, s'è assistito al conferimento di incarichi della durata di soli cinque mesi (Checchi-Garibaldi 2002).

Nella stessa direzione - e rispetto alla quale valgono le considerazioni precedenti - si muove un'altra modifica preoccupante che è quella rappresentata dall'abbassamento della durata massima dell'incarico da sette anni a tre (per i dirigenti apicali per gli incarichi di funzione dirigenziale generale) e cinque anni (per tutti gli altri). Anche qui va condivisa l'osservazione secondo cui con tale drastica abbreviazione dei termini massimi di durata dell'incarico, si assiste ad una precarizzazione del rapporto dirigenziale (D'Auria 2002): come s'è detto, in questo modo "sarà facile al corpo politico di influenzare anche le minute scelte gestionali, perché il dirigente che voglia essere rinnovato non oserà mettersi contro il ministro, e, anzi, cercherà di entrare nelle sue grazie" (Cassese 2002). Forse è vero che la normativa abrogata presentava un vizio in eccesso, in quanto ammetteva l'eventualità che un incarico dirigenziale avesse una durata massima superiore a quella del Governo che avesse effettuato la nomina. In effetti, soprattutto per i dirigenti di livello intermedio (incaricati di funzioni di livello dirigenziale generale), tale previsione presentava l'aspetto negativo di imporre alla nuova compagine politica, uscita vittoriosa dalle elezioni, dirigenti che potevano non possedere i requisiti richiesti per svolgere i compiti relativi al programma che avesse ottenuto il consenso degli elettori (Endrici 2000).

D'altro canto, tale dissonanza (tra la durata dell'incarico e la vita del Governo) metteva il dirigente in condizione di svolgere la propria opera con una relativa autonomia, di assicurare la continuità della funzione e di fare emergere i reali valori professionali, tali da suscitare apprezzamento anche

di fronte ai nuovi titolari del potere politico. Comunque, questo supposto difetto poteva essere corretto legando la durata degli incarichi dirigenziali di livello generale al permanere in carica del Governo che avesse effettuato la nomina oppure, e ciò sarebbe stato più equilibrato, prevedendo la possibilità di una revoca anticipata rispetto alla scadenza purché adeguatamente motivata. Più radicale è sempre stata l'opinione di chi ha sostenuto l'opportunità di eliminare la nomina politica dei dirigenti e, comunque, come soluzione minore, di prevedere solo incarichi a tempo indeterminato con possibilità di revoca motivata (Cassese 2002). Invece, la nuova normativa introduce una durata massima dell'incarico di livello dirigenziale apicale e intermedio molto breve (tre anni), tale da rendere possibile la scadenza e la eventuale nuova nomina durante la permanenza in carica dello stesso Governo. Così, anche questa innovazione contribuisce ad enfatizzare il grado di dipendenza (e di politicizzazione) della dirigenza dal Governo.

Peraltro, il nuovo art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 165/2001, prevede ora la cessazione automatica degli incarichi di vertice di cui al comma 3 della stessa norma, decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo. È stato così esteso a tutti gli incarichi di vertice il sistema già vigente, sulla base dell'art. 18 della legge n. 400/1988, presso la Presidenza del Consiglio (D'Orta 2002). Ma è proprio questa assimilazione che può apparire eccessiva, anche in considerazione delle particolari funzioni del segretario generale alla presidenza. Inoltre, sotto il vigore della precedente normativa, si suggeriva una lettura dell'art. 18 della legge n. 400/1988 alla luce del vecchio testo dell'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 29/1993, il cui risultato fosse quello di evitare di esporre i dirigenti apicali della Presidenza del Consiglio ad "un tasso di insicurezza" troppo elevato e quindi "pregiudizievole per il buon andamento dell'amministrazione" (D'Orta 2000): a tal punto che si riconosceva (discutibilmente) che i dirigenti apicali potessero essere allontanati prima della scadenza del contratto, al momento del mutamento del Governo, ma al tempo stesso si affermava che costoro avessero diritto a percepire tutti gli emolumenti dovuti fino alla scadenza del contratto individuale (D'Orta 2000).

Tuttavia, la scomparsa della previsione della durata minima dell'incarico altera l'assetto del rapporto di ufficio dirigenziale soprattutto in relazione agli alti dirigenti, perché determina, o quantomeno consente, un sostanziale aggiramento di tutte quelle "specifiche garanzie" (specie in materia di responsabilità dirigenziale), poste da altri frammenti della disciplina legale, che, come dice la Corte costituzionale (ord. n. 11/2002), sono "mirate a presidiare il rapporto d'impiego dei dirigenti generali", che costituiscono il punto d'intersezione del principio di separazione/distinzione tra politica e amministrazione (D'Auria 2002). La stessa Consulta, con la recente pronuncia n. 193/2002, ha affermato che la distinzione tra l'attività di indirizzo politico-amministrativo e l'attività gestionale dei dirigenti generali, nonché la privatizzazione del relativo rapporto di lavoro, "comporta un maggior rigore nella responsabilità degli stessi", ma che "nello stesso tempo vi è un esigenza di rafforzamento della posizione dei medesimi dirigenti generali attraverso la specificazione delle peculiari responsabilità dirigenziali, la tipicizzazione delle misure sanzionatorie adottabili, nonché la previsione di adeguate garanzie procedimentali nella valutazione dei risultati e dell'osservanza delle direttive ministeriali; inoltre, il modo e i tempi in cui si possa pervenire non solo alla revoca delle funzioni ma anche alla risoluzione definitiva del rapporto d'impiego".

Tutto l'apparato garantista - posto a presidio di valori e interessi non solo del dirigente interessato - rischia di essere vanificato con l'assegnazione di incarichi di durata così breve da porre il dirigente in una posizione di forte subalternità rispetto al soggetto politico dotato del potere di conferirgli e di rinnovargli l'incarico. Di conseguenza, l'innovazione produce l'inevitabile effetto di

rafforzare la posizione dell'organo di governo rispetto al dirigente (D'Alessio 2002). Questa precarizzazione, poiché si estende a tutti i dirigenti, e non solo a quelli di vertice, è tale da determinare un assetto in cui si intensifica la natura fiduciaria del rapporto tra il titolare del potere di nomina e il destinatario dell'incarico, e comporta l'ulteriore rischioso corollario di imperniare sulla fiduciarietà politica ogni tipo di incarico. Pare quindi che le modifiche introdotte abbiano travolto tutti i fattori che avrebbero dovuto garantire quell'equilibrio che invece rappresentava l'obiettivo indicato nella relazione di accompagnamento al disegno di legge governativo.

Paradossalmente è il diritto amministrativo che potrebbe venire in aiuto della professionalità e indipendenza del dirigente. La flessibilizzazione dei termini di durata dell'incarico potrebbe invero trovare ostacoli in relazione alla sua effettiva applicazione qualora si accedesse alla fondata opinione che, a seguito della riforma, ogni incarico, di qualsiasi livello, andrebbe attribuito con provvedimento amministrativo, e quindi il sindacato del giudice potrebbe estendersi a tutti i vizi di legittimità, valutando in particolare, anche per l'ipotesi di non rinnovo dell'incarico, l'adeguatezza della motivazione e la puntualità dell'attività istruttoria (D'Auria 2002).

Questioni rilevanti sorgono infine dalla scelta della riforma di ridurre il campo occupato dal contratto e di ampliare lo spazio del provvedimento. In particolare, oggi la determinazione degli obiettivi è stata ricondotta nell'orbita del provvedimento d'incarico; si prevede inoltre esplicitamente che gli obiettivi possono mutare, nel corso del rapporto, in funzione, degli atti di indirizzo periodicamente emanati dall'organo di vertice. Questa soluzione può forse avere qualche giustificazione per i soli dirigenti apicali che effettivamente partecipano alla stessa elaborazione degli obiettivi dell'azione amministrativa; per i dirigenti di base, così, si assiste ad una completa deformazione della struttura del rapporto: per costoro, a seguito della riforma, il ruolo del contratto individuale scompare del tutto, perché essi possono contrattare solo quel frammento di trattamento economico che rientra nell'articolazione per fasce tipicamente prevista dalla contrattazione collettiva della categoria.

Inoltre, la riconduzione della fissazione degli obiettivi all'area della determinazione unilaterale sembra porsi in contrasto con la conformazione del rapporto di lavoro dirigenziale su base contrattuale e con la disciplina della responsabilità dirigenziale. Già infatti si sostiene che così si produce l'effetto di favorire la deresponsabilizzazione dei dirigenti. Il che sotto due profili. Il primo, più pratico, è quello che la non partecipazione alla definizione degli obiettivi comporta di fatto un ritorno ad un rapporto tra politica e amministrazione basato più sulla gerarchia che sulla direzione, contravvenendo il codice genetico della trasformazione aperta fin dalla legge delega n. 421/1992. Il secondo, di significativo valore giuridico, è che tale non partecipazione allarga le possibilità di difesa del dirigente di fronte all'eventuale apertura del giudizio di responsabilità per mancato raggiungimento degli obiettivi (Garofalo 2002; Menghini 2002). Per inciso sia detto che l'aggiunta nel nuovo testo dell'art. 21 del termine "imputabile" pare offrire un solido argomento per l'utilizzazione anche qui dei criteri di valutazione dell'inadempimento delle obbligazioni elaborati in relazione al concetto di imputabilità, che tendono escludere qualunque forma di responsabilità oggettiva. La combinazione delle due innovazioni – come la determinazione imperativa degli obiettivi insieme al richiamo dell'imputabilità dell'inadempimento – richiama l'operatività di principi pubblicistici e privatistici difficilmente coordinabili. Poco fondata risulta la tesi di chi afferma che la partecipazione del dirigente è comunque prevista dalla direttiva madre del Presidente del Consiglio e dalle collegate direttive generali dei singoli Ministri, emanate in forza dell'art. 14 del d.lgs. n. 165/2001. Si tratta ovviamente di una scelta discrezionale, autolimitativa

del potere unilaterale conferito dalla legge, che non risulta garantita dal quadro normativo vigente (D'Orta 2002). Non corretto è poi il richiamo – sempre per cercare di rintracciare un momento partecipativo del dirigente all'individuazione degli obiettivi - ai sistemi di valutazione dell'attività dei dirigenti e di definizione del trattamento economico accessorio: in questo caso, vengono in rilievo strumenti che presuppongono necessariamente una chiara e preventiva fissazione degli obiettivi dell'attività dirigenziale, e che anzi corrono il rischio di non potere efficacemente operare se degli stessi obiettivi si accentua il carattere di variabilità e di determinazione in via unilaterale senza la ponderata valutazione della corrispondente e adeguata dotazione delle risorse necessarie. Inoltre, il legislatore ha perso l'occasione di introdurre l'obbligo di indicare nel provvedimento di conferimento dell'incarico le risorse messe a disposizione del dirigente; e così amplia le possibilità di difesa in sede di giudizio di responsabilità (D'Alessio 2002).

12. Pluralità di modelli ed esigenza di diversificazione delle regole

Motivo di rammarico è infine il fatto che la legge del 2002 non abbia neppure tentato di porre rimedio al più grave limite della riforma, e cioè l'adozione di un modello unico di rapporto dirigenziale, senza tenere conto delle differenze tra le varie amministrazioni e soprattutto tra i tipi di incarico. Così, si osservava: "come escludere *a priori*, ad esempio, che in una determinata amministrazione possano (o debbano) coesistere distinte posizioni dirigenziali, talune contrattuali e fiduciarie, tal'altre di *status* legale? Come negare che esistono funzioni per le quali la legge, e solo la legge, può stabilire uno *status*, a garanzia non tanto del funzionario quanto della continuità istituzionale, della neutralità e della stabilità della funzione?" (Rusciano 1998). Questa considerazione trova conferma nell'impostazione suggerita da Giannini, secondo cui "prima di tutto vi sono le funzioni" (Cassese 2000). L'approccio da adottare al tema della dirigenza - e quindi a quello della sua professionalità - deve dunque essere oggi "il più possibile articolato" in ragione delle diverse funzioni e compiti dei dirigenti a seconda della posizione occupata (di vertice o minore, di linea o di staff), delle finalità istituzionali proprie della struttura a cui è preposto o in cui opera (funzioni di prestazione o autoritative, di amministrazione attiva o di elaborazione sperimentazione e controllo delle politiche pubbliche) e del modello organizzativo che dirige (direzione generale, agenzia, dipartimento). Al variare delle strutture e delle funzioni cambia infatti non solo il tipo di professionalità richiesta (tecnico-specialistica, politico-generalista, giuridico-burocratica), ma anche la qualità e l'intensità del rapporto fiduciario. Tracce di deviazione rispetto al modello si rinvengono già adesso nell'ordinamento degli enti locali e nella disciplina dei dirigenti del comparto della sanità. Nel primo il vincolo fiduciario è accentuato in relazione all'intreccio tra funzioni di programmazione e funzioni di gestione. Infatti il direttore generale o, in mancanza, il segretario propongono all'approvazione della giunta di governo il piano esecutivo di gestione (peg), redatto sulla base del bilancio di previsione annuale deliberato dal consiglio; il peg è lo strumento fondamentale della programmazione perché in esso sono determinati gli obiettivi specifici e le necessarie risorse da assegnare ai vari dirigenti. Così segretario e direttore generale sono scelti discrezionalmente dal sindaco o dal presidente della provincia (il primo tra gli iscritti al relativo albo, il secondo al di fuori della dotazione organica) e hanno un incarico la cui durata corrisponde a quella del mandato politico. Nel caso della sanità, la figura del dirigente generale è anch'essa legata da un rapporto eminentemente fiduciario con la giunta del governo regionale - e i direttori amministrativo e sanitario sono a loro volta incatenati al direttore generale - e quindi la scelta è praticamente insindacabile nel merito; mentre i dirigenti medici sono preposti agli incarichi di strutture

complesse attraverso un procedimento teso ad accertare il possesso delle competenze specialistiche e organizzative che prevede la pubblicizzazione della selezione e la formazione di una lista di idonei vincolante la designazione da parte del direttore generale. I criteri per il conferimento di tutti gli altri incarichi sono rimessi dalla legge alla contrattazione collettiva, trattandosi di una scelta esclusivamente legata a funzioni tecniche.

Ma anche nell'organizzazione statale la riforma avviata con la legge n. 59 del 1997 delineata dal d. lgs. n. 399 del 1999 ed attuata dal d. p. r. n. 175 del 2001, poi modificata dalla legge n. 317 del 2001, ha introdotto significativi cambiamenti, ridisegnando la geografia dei ministeri ed introducendo moduli organizzativi flessibili, i dipartimenti, in luogo delle direzioni generali, che rimangono nei ministeri d'ordine (Affari esteri, Difesa e discutibilmente per i beni e le attività culturali), nonché strutture di servizio che svolgono attività a carattere tecnico operativo di interesse nazionale. Il modello è attuato attraverso la ridefinizione delle fonti normative, nel senso di lasciare a quella primaria l'individuazione soltanto delle strutture di primo livello che "rispecchiano le macrofunzioni dell'amministrazione" caratterizzate "per la loro inerenza ai grandi obiettivi o missioni (le *policies*) che essa è chiamata a perseguire (D'Auria 1999 2 2000). L'organizzazione intorno a funzioni di *core-business*, dovrebbe essere accompagnata da maggiore flessibilità nella gestione delle risorse finanziarie, umane e materiali, affidate alla dirigenza generale. Ma su questo importante aspetto la riforma è incompleta. Tuttavia, non v'è dubbio che è in atto una trasformazione significativa che si ispira all'ideologia del *New Public Management* e che, in modo imperfetto, riproduce la distinzione tra apparati gestionali e uffici di elaborazione delle politiche (Dente 1995); questi ultimi non si esauriscono negli uffici di diretta collaborazione del ministro e nelle segreterie particolari dei sottosegretari, con "esclusive competenze di supporto e di raccordo con l'amministrazione", ma dovrebbero riguardare tutti gli apparati serventi dei responsabili politici con compiti di proposte e programmi per le *policies* e di valutazione e controllo dei risultati ottenuti dagli organi di amministrazione attiva.

Non sembra dubbio che le varie funzioni di amministrazione e l'articolazione tra apparati serventi e strutture autonome si riflettono sul rapporto tra i dirigenti e il potere esecutivo. Sarebbe pertanto auspicabile che già a livello di disciplina legislativa generale si tratteggiasse una pluralità di modelli dirigenziali con discipline differenziate e àmbiti di regolazione affidati ai contratti collettivi (Rusciano 2001 e 2002). Si dovrebbe intanto prevedere un sistema diverso per i dirigenti minori, per i *professionals* e per quelli che esercitano funzioni "paranotarili o paragiurisdizionali" (D'Alessio 2002; Menghini 2002; Endrici 2000): non ha molto senso il doppio meccanismo rapporto-incarico per i soggetti privi di poteri gestionali e non partecipi dell'attività di elaborazione delle scelte politiche, specie quando svolgano funzioni accertative e sanzionatorie che vanno poste al riparo da condizionamenti politici; inoltre per il dirigente minore andrebbe rivista la disciplina del licenziamento e delle sanzioni disciplinari, in sintonia con l'indirizzo più recente della Cassazione, che nel settore privato riconosce al *mini management* l'applicazione della tutela reale e delle sanzioni conservative. Ma anche negli altri casi, in cui va mantenuto il meccanismo dell'incarico, i criteri di conferimento dovrebbero essere regolati in modo diverso e, soprattutto, a seconda dell'intensità del rapporto fiduciario, dovrebbe variare la disciplina della responsabilità e lo *spoils system.*

Tuttavia, non è questa l'impostazione adottata dal legislatore della riforma. Infatti, il d.lgs n. 165/2001 (riproducendo l'ultima versione del d.lgs. n. 29/1993) assume come modello di regolazione la disciplina della dirigenza statale di cui al capo II, del titolo II. Tale disciplina (comprensiva

anche dell'art. 4 del d.lg.s. n. 165/2001), alla stregua dell'art. 27 del d.lgs. n. 165/2001, fornisce i principi in base ai quali le pubbliche amministrazioni non statali adeguano i propri ordinamenti. Tutto ciò ha prodotto un eccesso di uniformità sul piano regolativo del rapporto dirigenziale che non riflette le differenze (verticali e orizzontali) tra le varie figure dirigenziali.

Peraltro, un intervento più radicale, per quanto oggi realisticamente non concepibile, dovrebbe mirare ad una ricomposizione della categoria, evitando l'attribuzione della qualifica a soggetti che non svolgono affatto le funzioni tipiche o quantomeno ritenute tali. In verità, la storia della riforma del lavoro pubblico è anche stata contrassegnata dal sostegno del legislatore all'ipertrofia della categoria dei dirigenti pubblici (D'Alessio 2001). D'altra parte, la possibilità che il dirigente pubblico possa ricoprire un incarico solo di studio non è altro che la conferma di tale eccesso. La nuova legge n. 145/2002 si muove lungo questo solco, avviando percorsi destinati a sfociare in un ulteriore allargamento dei soggetti titolari della qualifica dirigenziale. Ci si riferisce allo spostamento, sollecitato dal nuovo comma 2 dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, dei professionisti degli enti pubblici e dei ricercatori e dei tecnologi degli enti di ricerca dai contratti collettivi di comparto nell'area contrattuale della dirigenza; nonché all'introduzione, con il nuovo art. 17-bis del d.lgs. n. 165/2001, della vicedirigenza, contribuendo così a perpetuare logiche in cui il prestigio dipende più dallo status formale che dalle effettive funzioni svolte nell'organizzazione del lavoro.

Il rapporto tra le fonti di regolazione risulta oggi ancor più complicato dalla riforma del Titolo V della Costituzione, realizzata con la legge costituzionale n. 3/2001. Infatti, nel nuovo quadro costituzionale, viene meno l'efficacia di disposizioni come l'art. 27 del d.lgs. n. 165/2001 che regolano l'applicabilità delle norme statali sulla dirigenza nei confronti delle pubbliche amministrazioni non statali e non nazionali (L. Zoppoli 2002); e ciò soprattutto in considerazione delle nuove competenze legislative delle Regioni. Ma la legge n. 145 del 2002, dai più considerata una controriforma della dirigenza, non si è neppure posto il problema, e ha mantenuto fermo l'impianto unitario. Tuttavia, la questione è attualmente aperta. Non si tratta però della "lunga e tormentata coda ermeneutica" alla legge costituzionale che riguarda "il dove e il come collocare il diritto del lavoro nella ridistribuzione delle competenze legislative fra Stato e Regione" (Carinci 2002). Per la dirigenza infatti la questione non attiene tanto ai profili privatistici di regolazione del rapporto quali il contratto di assunzione, i diritti e gli obblighi delle parti, la disciplina del recesso – che dovrebbero configurarsi unitariamente ai sensi dell'art. 117, lett. l) – quanto agli aspetti riconducibili all'organizzazione amministrativa, che ricadono nell'area di competenza legislativa esclusiva delle regioni o nella sfera di potestà regolamentare degli enti locali (ma qui soltanto nell'àmbito delle materie riservate alle fonti sublegislative). Si tratta soprattutto di quei profili di disciplina che riguardano i modi e le forme di reclutamento, il ruolo, l'incarico di funzioni. (L. Zoppoli 2002; Rusciano 2002; Treu 2003). Al limite, sul piano giuridico-formale, non sarebbe precluso alle regioni di reintrodurre il regime pubblicistico per (tutta o parte del) la dirigenza, giacché come si è più volte ricordato, la Costituzione lascia ampia libertà in ordine agli strumenti da adottare per il raggiungimento degli obiettivi indicati dall'art. 97 Cost. Sotto questo profilo sarebbe opportuno affidare ad organismi di coordinamento l'individuazione di alcuni requisiti minimi unitari, rispetto ai quali possa poi esplicarsi in pieno l'autonomia delle amministrazioni territoriali. Un fatto è comunque certo: la riforma del Titolo V della Costituzione garantisce l'autonomia delle regioni in tutti gli aspetti dell'organizzazione dei suoi apparati, e quindi anche nei rapporti tra la dirigenza e gli organi di indirizzo politico-amministrativo.

13. La negoziabilità dei poteri dirigenziali

Il compito del legislatore della riforma non consiste solo nel preservare il dirigente da indebite interferenze del potere politico, ma anche nel salvaguardarlo dal "paralizzante regime cogestionale che caratterizzava le relazioni sindacali sotto la legge quadro" (Bordogna 1998). Il venir meno della "riserva di contrattazione" di cui alla legge n. 93/1983, è stato accompagnato, nel corso della prima privatizzazione, sia dalla riserva di regolazione unilaterale pubblicistica per alcune materie, sia dalla previsione che su altre materie, pur non oggetto della riserva, fosse esclusa la possibilità di contrattazione collettiva: e tutto ciò è stato previsto per garantire l'intangibilità e quindi l'effettività dei poteri organizzativi del dirigente. Vigente la prima riforma del 1992-93, la prevalente dottrina aveva ritenuto che l'art. 10 del d. lgs. n. 29 del 1993 avesse riservato alla dirigenza pubblica un ampio margine operativo, sostanzialmente coincidente con la gestione delle risorse umane, consentendo soltanto forme di partecipazione sindacale che comunque non avrebbero potuto comportare un obbligo a contrarre in sede decentrata a carico del dirigente. Al dirigente è infatti affidato il compito di tenere insieme i pezzi che compongono l'organizzazione complessiva, combinandone i vari elementi in modo da raggiungere gli obiettivi di efficacia, efficienza e produttività dell'azione amministrativa. La protezione dell'autonomia della dirigenza dall'invasività sindacale si giustifica dunque in funzione dell'interesse pubblico a cui questi è preposto (Albanese 1996; Carinci 1996).

La seconda privatizzazione ha fornito nuovi argomenti alle tesi che ritengono non esclusa l'azione della contrattazione collettiva nelle materie ricondotte nell'area del diritto privato. Così, la risalita valle della privatizzazione, fino ad investire la micro-organizzazione (Carinci 2000), spinge brillante (seppure non condivisibile) dottrina ad ampliare, in via ermeneutica, lo spazio della contrattazione collettiva, considerando contrattabili tutte le materie estranee alla riserva di regolazione unilaterale, e ricondotte nell'area dell'organizzazione del lavoro ovvero dell'organizzazione degli uffici vera e propria (Barbieri 2000). Dalla soppressione delle disposizioni contenute nella prima stesura del d.lgs. n. 29/1993 (artt. 10 e 45, comma 1°) che espressamente disponevano in senso contrario, questa dottrina trae elementi di conferma della propria tesi. Infatti, i limiti alla contrattazione gestionale sono stati rimossi dal nuovo testo dell'art. 10 (ora art. 9, d.lgs. n. 165/2001), il quale demanda ai contratti collettivi nazionali la disciplina (dei rapporti sindacale e) "degli istituti della partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro". Tuttavia l'enunciato va interpretato in modo conforme alle prescrizioni contenute in materia dalla legge delega n. 59/1997, il cui art. 11, comma 4, lett. h), limita la partecipazione sindacale alla "consultazione" preventiva delle organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi dei relativi comparti. Secondo la delega i poteri privati del dirigente che riguardano l'organizzazione amministrativa "bassa" e l'organizzazione del lavoro non possono dunque essere subordinati alla stipulazione preventiva di un accordo collettivo.

Da ciò consegue che sarebbe illegittima per eccesso di delega una lettura degli artt. 9 e 40 del d. lgs. n. 165 del 2001 che consentisse ai contratti di comparto di rimettere alla sede decentrata la regolazione negoziata dell'organizzazione amministrativa e del lavoro. Sicché, anche a seguito della seconda privatizzazione, i poteri gestionali resterebbero "*managerial rights* privatizzati assoggettabili a partecipazione ma non a contrattazione" (Carinci 2000; Boscati 2000; *contra* Barbieri 2000). Tuttavia la contrattazione collettiva della seconda tornata ha assoggettato diverse materie organizzative alla concertazione: istituto assimilabile alla consultazione, ma che, a differenza di questa, può sfociare in un vero e proprio accordo espressamente vincolante per le parti.

In questo modo si verifica un allargamento surrettizio delle materie oggetto di contrattazione, poiché la debolezza del dirigente di fatto rende permeabile la linea divisoria tra materie oggetto delle diverse forme di partecipazione sindacale (Carinci 2001; Bellavista 2003).

V'è da dire poi che altri problemi sorgono in relazioni ai limiti che il sistema legale pone sulla determinazione del trattamento economico. L'art. 45 àncora la definizione del trattamento economico fondamentale ed accessorio alla previsione dei contratti collettivi nazionali. In particolare questi hanno previsto strumenti di incentivazione per la produttività e l'efficienza dei servizi in modo selettivo, demandando al livello decentrato la determinazione dei criteri generali di individuazione e funzionamento e affidando al dirigente il compito di predisporre in concreto i progetti e di individuare i lavoratori destinatari. Tuttavia il necessario consenso sulla ripartizione dei fondi destinati alla retribuzione incentivante comprime di molto la discrezionalità dirigenziale esposta alla pressione sindacale verso l'allargamento della platea dei beneficiari. Di conseguenza l'obbligo a contrarre apparentemente limitato alle distribuzione delle risorse economiche si risolve nel condizionamento del potere organizzativo proprio laddove si intendono introdurre innovazioni rivolte a migliorare il livello delle prestazioni e dei servizi mediante tecniche di gestione e motivazione del personale. Era meritevole di apprezzamento il tentativo dei contratti di comparto di obbligare i soggetti della negoziazione decentrata a destinare almeno una quota delle risorse alla produttività individuale, riservata ad una percentuale massima predefinita di personale, introducendo così un meccanismo meritocratico rivolto a premiare i lavoratori più efficienti. Tuttavia nell'ultima tornata contrattuale, produttività individuale e collettiva sono state unificate attenuando il principio della c.d. selettività necessaria. Si ripropone pertanto la prassi degli aumenti generalizzati in cifra fissa già praticata dopo la legge quadro e prima della riforma.

14. I condizionamenti al potere organizzativo: la dotazione degli uffici

Altri più rilevanti limiti alla sfera dei poteri della dirigenza dipendono dall'intreccio tra l'organizzazione amministrativa e la gestione del personale. La prima questione da affrontare attiene alla c.d. provvista degli uffici, cioè all'individuazione qualitativa e quantitativa delle risorse umane da destinare alle diverse funzioni e ripartire tra i vari uffici, di primo o secondo livello. Il problema dal nostro punto di vista riguarda la possibilità che dovrebbe essere offerta ai dirigenti di dotarsi del numero di dipendenti e delle professionalità adeguati allo svolgimento non solo di compiti permanenti, ma anche di specifici programmi o obiettivi (le c.d. missioni) di volta in volta individuati. La variabilità delle funzioni fa risaltare il collegamento tra flessibilità delle strutture e del personale e quindi richiede, accanto alla forma tradizionale di contratto a tempo indeterminato di ruolo, l'uso di tipologie flessibili previste dalle leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, come il contratto a termine, il part-time e il lavoro temporaneo, nonché il ricorso a rapporti formativi che consentano ad eventuali aspiranti all'assunzione di acquisire sul campo un'adeguata preparazione tecnico-pratica. Le esigenze pubblicistiche del controllo della spesa e della salvaguardia dei principi di buon andamento e imparzialità hanno comunque indotto il legislatore ad applicare anche a queste tipologie la disciplina generale sul reclutamento del personale (cfr. l'art. 36, d. lgs. n. 165/2001). Fa eccezione soltanto l'ipotesi di conferimento di incarichi, sotto forma di contratti di lavoro autonomo, libero professionale o di appalto di servizi "ad esperti di provata competenza" per esigenze cui non possa farsi fronte con personale in servizio (art.7, comma 6, d. lgs. n. 165/2001), ferma restando comunque l'indisponibilità del tipo da parte dell'amministrazione, la quale, neppure in virtù di una legge speciale potrebbe aggirare le prescrizioni sulle assunzioni qualificando come autonomo un rapporto subordinato (D'Antona 1997; Scognamiglio 2001)

Peraltro, l'aspetto della dotazione degli uffici non è dalla legge risolto in modo del tutto coerente con l'impostazione di fondo della riforma, secondo cui i dirigenti assumono le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (art. 5, comma 2, d. lgs. n. 165/2001), con l'unico limite di mantenere la spesa per il personale entro le compatibilità economico-finanziarie definite nei documenti di programmazione e di bilancio (art. 8). In effetti, la dirigenza risulta invece fortemente condizionata dall'organo di indirizzo politico-amministrativo, che attraverso regolamenti governativi costituisce le strutture di "di primo livello" e con decreti ministeriali (o altri atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti) stabilisce l'ordinamento degli uffici e del personale che dipende dai dirigenti generali (art. 13, legge n. 59 del 1997 che ha introdotto il comma 4-bis nell'art. 17 della legge n. 400 del 1988; d. lgs. n. 300 del 1999). Cosicché i dirigenti generali sono fortemente condizionati nell'organizzazione delle strutture che da essi dipendono (D'Auria 2000), in quanto il potere esecutivo ne individua le risorse umane (compresi i dirigenti a cui poi affidare gli incarichi di direzione degli uffici sottordinati), materiali ed economico-finanziarie (artt. 4, comma 1, lett. c) e 19, comma 5, d. lgs. n. 165/2001).

L'altra limitazione al potere di gestione riguarda la predeterminazione del personale da inserire nell'organizzazione, nel cui rispetto devono essere disposte le assunzioni (c.d. organico). Il sistema anteriore alla riforma era assai rigido perché prescriveva l'obbligo di ciascuna amministrazione di redigere la pianta organica, documento che indica il fabbisogno di personale ripartito tra gli uffici per numero, qualifica e profilo professionale. Cosicché ogni assunzione o anche ogni spostamento del dipendente era subordinato alla vacanza del posto, e non di un posto genericamente disponibile della medesima qualifica, ma di quel posto specifico che si era reso libero in un determinato ufficio. Il sistema era peraltro frequentemente eluso, in quanto le amministrazioni facevano ampiamente ricorso ad assunzioni di personale precario (per il quale era comunque approntata una disciplina assai puntuale) fuori ruolo, il cui impiego aveva spesso finito per l'assumere i crismi della definitività, pur in assenza di un formale adeguamento della dotazione organica di riferimento.

L'art. 2, lett. c), n. 5 della l. 421 del 1992 aveva rimesso alla legge, ovvero ad atti amministrativi o regolamentari adottati sulla base della stessa, o nell'ambito dei principi da essa posti, la disciplina dei ruoli e delle dotazioni organiche delle amministrazioni, e la loro consistenza complessiva, prevedendo soltanto un diritto di informazione delle organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale in merito alle dotazioni complessive di ciascuna qualifica. La previsione di una riserva di intervento da parte della legge al riguardo era probabilmente inevitabile, in quanto diversamente si sarebbe aperta la strada ad assunzioni incontrollate nell'amministrazione, per finalità che poco o nulla hanno a che vedere con il regolare funzionamento dei servizi, con conseguente peggioramento del servizio, e depauperamento delle scarse risorse pubbliche. La norma era stata attuata dal d. lgs. n. 29 del 1993 (prima versione), nel senso che la riserva di legge e di atto amministrativo riguardasse specificatamente le piante organiche: gli artt. 6 e 30 ponevano infatti a carico delle amministrazioni l'obbligo di individuare i propri uffici e di definire periodicamente, previa informazione sindacale, le relative piante organiche. E' indubbio che una previsione del genere costituisce una limitazione assai forte al potere di gestione del dirigente, tanto maggiore quanto più questa avvenga ad opera di soggetti esterni all'ufficio nel quale egli presta la sua attività.

L'intervento in materia della "seconda privatizzazione" è stato particolarmente significativo: esso

ha ricondotto all'organizzazione alta la determinazione delle "dotazioni organiche complessive" (cfr. art. 2, c. 1 del d. lgs. 165 del 2001), ed ha previsto poi che la consistenza e le variazioni relativamente al numero e alla distribuzione del personale dei "diversi livelli e qualifiche" avvengano (se non comportano maggiori spese) attraverso atti unilaterali dell'amministrazione, soggetti a consultazione sindacale, in coerenza con la programmazione triennale del fabbisogno di personale e con gli altri strumenti di programmazione economico-finanziaria. Si precisa infine che le amministrazioni agiscono per il perseguimento delle finalità indicate all'art. 1, c. 1, vale a dire accrescimento dell'efficienza delle strutture, razionalizzazione del costo del lavoro, migliore utilizzazione delle risorse umane (art. 6). In questo modo scompare la pianta organica e quindi si sgancia il personale dagli uffici, e si riconduce la mobilità dei lavoratori fra le diverse unità amministrative alle norme del diritto privato (art. 2103 c.c.). Si è perciò parlato "di un contemperamento tra la configurazione strutturale degli uffici e le determinazioni funzionali degli apparati": la prima "riservata a fonti primarie o secondarie o ad atti organizzativi in regime pubblicistico; le seconde "ricondotte, invece, ai poteri di gestione e dunque alla capacità di diritto privato dei dirigenti" (D'Antona 1998; Viscomi 1999). Il contemperamento garantisce però l'autonomia gestionale del dirigente soltanto a valle del processo, dopo cioè che sono stati individuate le strutture e le risorse dell'ufficio a cui egli è preposto, e consentendogli pienezza di potere nell'àmbito di una struttura preconfezionata. Peraltro un ulteriore elemento di rigidità è dato dal fatto che le variazioni delle dotazioni organiche vanno approvate nel rispetto anche di quanto previsto dall'art. 39, c. 1 – 3 ter, l. 27 dicembre 1997, n. 449, il quale "al fine di assicurare le esigenze di funzionalità e di ottimizzare le risorse per il migliore funzionamento dei servizi con le disponibilità finanziarie e di bilancio" prescrive che "gli organi di vertice delle pubbliche amministrazioni sono tenuti alla programmazione triennale del fabbisogno del personale", e che entro il primo semestre di ciascun anno il Consiglio dei ministri autorizza "le procedure di reclutamento e le nuove assunzioni di personale". Il legislatore, agendo con finalità prevalentemente di controllo della spesa pubblica, ha dunque introdotto una procedura per autorizzare le assunzioni nella fase prodromica dell'individuazione qualitativa e quantitativa del personale, e al fine di verificare che le singole amministrazioni si siano conformate alle indicazioni ricevute. Ciò introduce un ulteriore limite assai al potere dirigenziale di organizzazione del lavoro, in quanto, oltre a dovere subire il condizionamento esterno in merito alla quantità ed ai profili professionali dei soggetti da impiegare nell'ufficio, egli non può in concreto procedere ad alcuna assunzione, se non vi è l'autorizzazione preventiva da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

15. Gli istituti della professionalità tra pubblico e privato. Il concorso pubblico come strumento normale di assunzione

La libertà di individuare il lavoratore da assumere, che nel settore privato è oggi massima a seguito della deregolazione del collocamento effettuata negli anni '90, in quello pubblico risulta invece fortemente vincolata dalla previsione dell'art. 97 Cost., che individua nel concorso pubblico il principale strumento di selezione per l'accesso all'impiego, pur consentendo al legislatore di operare eccezionalmente scelte differenti. Ciò non costituisce una novità nell'ordinamento italiano, nel quale già da tempo era acquisita l'idea dell'uso di procedure selettive di tipo concorsuale per assicurare imparzialità, obiettività e pubblicità nella scelta degli aspiranti all'impiego nelle pubbliche amministrazioni. Come già accennato peraltro il concorso pubblico, nella sua concreta disciplina legislativa, veniva visto anche come forma di garanzia degli impiegati nei confronti delle ingerenze del potere esecutivo, unitamente alla stabilità ed alla prevedibilità di una carriera

fondata sull'anzianità (Cassese- Melis 1990), e dunque sottratta a pressioni ed influenze esterne. Pur in presenza di critiche talvolta assai radicali allo strumento, del quale veniva denunciata la non rispondenza, nella sua concreta attuazione, all'esigenza di reclutare i migliori tra gli aspiranti all'impiego pubblico, e di una prassi applicativa che già prima dell'entrata in vigore della Costituzione tendeva a servirsi di personale avventizio o giornaliero, con rovesciamento della regola, formalmente mantenuta ferma, dell'accesso per pubblico concorso, il legislatore aveva previsto all'art. 3 del d. p. r. n. 3 del 1957 l'assunzione negli impieghi civili dello stato mediante pubblico concorso per esami per le qualifiche iniziali, delle cui fasi veniva dettata nella disciplina attuativa una minuziosa regolamentazione. Talune limitate eccezioni al principio erano state introdotte dallo stesso decreto, che, al di là di tali ipotesi, sanzionava con la nullità le assunzioni effettuate in violazione delle procedure di cui al citato art. 3, disponendo che queste non producessero effetto nei confronti dell'Amministrazione, e la responsabilità dell'impiegato autore della violazione.

Il sistema scelto peraltro non aveva al suo interno elementi convincenti di flessibilità e di adeguamento ai bisogni di selezione ed individuazione della professionalità in relazione alle diverse mansioni che gli impiegati pubblici possono essere chiamati a svolgere, e consentiva un'ampia discrezionalità nella determinazione dei parametri di valutazione (e nella loro concreta applicazione) da parte delle commissioni, tale da prestarsi ad abusi. Da qui le proposte volte all'introduzione di *test* a risposta multipla che, rispetto alla tradizionale prova di carattere discorsivo, avrebbero permesso "di ridurre notevolmente l'influenza del caso, stante l'ampiezza delle domande, di applicare efficaci metodi di valutazione della congruità delle domande stesse, di meccanizzare e rendere meno costosa la correzione" (Pinelli 1994). Peraltro anche tali sistemi presentano degli aspetti problematici, in quanto qualora prima del concorso non siano noti solo gli argomenti oggetto della prova, ma debbano essere pubblicizzate le singole domande – e le relative risposte – tra cui saranno selezionati i quesiti da sottoporre ai candidati, saranno avvantaggiati i soggetti in grado di apprendere in modo mnemonico ed acritico una quantità elevata di risposte, senza però essere in condizione di inserire le stesse in un contesto criticamente vagliato.

Il ricorso in via di principio al concorso pubblico per coprire i posti vacanti nell'organizzazione amministrativa non ha però escluso nella prassi applicativa ampie deroghe (legittimate da una miriade di interventi settoriali e di sanatorie *a posteriori* di situazioni di fatto), in forza delle quali una quota rilevante del personale amministrativo è in certi momenti storici stata assunta non attraverso la via maestra individuata dalla Costituzione, ma mediante la stabilizzazione di situazioni di precariato più o meno lunghe, non sempre accompagnata da adeguati meccanismi di verifica delle effettive capacità professionali.

La violazione del principio di accesso mediante concorso pubblico, giustificata dall'inciso "salvo che la legge disponga altrimenti" contenuto nell'art. 97, c. 3, Cost., unitamente alla lamentata inefficienza del sistema, aveva portato alcuni autori a criticare in radice lo strumento, ed a suggerire di limitarne l'operatività ai soli posti "che ineriscono a funzioni le quali richiedono indiscutibilmente l'utilizzazione dei più meritevoli e, in generale, dove è indispensabile che si accertino determinate capacità tecniche", mentre per il resto si sarebbe dovuto provvedere facendo ricorso alle assunzioni effettuate attraverso il collocamento, da assoggettare ad una radicale riforma (Rusciano 1978). In questo modo dunque l'accertamento in via comparativa tra più soggetti del possesso della professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti richiesti dall'Amministrazione sarebbe stato limitato alle sole figure di grado medio – alto, mentre per il resto si sarebbe

dovuto fare ricorso al meccanismo (allora comune all'impiego alle dipendenze di privati datori di lavoro) dell'avviamento numerico da parte del collocamento, limitando dunque l'accertamento delle qualità professionali degli avviati al solo periodo di prova.

Le riforme degli anni '80 si erano mosse soltanto in parte nella direzione auspicata dagli autori citati. Invero la l. 93 del 1983 aveva riaffermato all'art. 20 il principio dell'accesso agli impieghi pubblici mediante concorso, consistente "nella valutazione obiettiva del merito dei candidati, accertato mediante l'esame dei titoli e/o prove selettive, oppure per mezzo di corsi selettivi di reclutamento e formazione a contenuto teorico pratico, volti all'acquisizione della professionalità richiesta per la qualifica cui inerisce l'assunzione". Ciò anche mediante il ricorso a sistemi di tipo automatizzato, ed "a selezioni decentrate per circoscrizioni territoriali, o uniche per le stesse qualifiche, anche se relative ad amministrazioni o enti diversi". L'utilizzo di un concorso unitario per una pluralità di amministrazioni costituiva una interessante novità, e avrebbe consentito lo snellimento e la semplificazione dei procedimenti di accesso all'impiego, riducendo i costi ed i tempi per lo svolgimento delle selezioni. Tale sistema peraltro era rimasto sostanzialmente inattuato, in quanto era stata lasciata alle amministrazioni la possibilità di bandire autonomamente concorsi per un numero assai limitato di posti, per i quali era dunque necessario avviare tutto il complesso meccanismo richiesto per la selezione del personale (Pinelli 1994).

Per i gradini più bassi delle amministrazioni era stata ammessa la possibilità di fare ricorso a "tests bilanciati, da risolvere in un tempo predeterminato, ovvero a prove pratiche attitudinali, tendenti ad accertare la maturità e la professionalità dei candidati, con riferimento alle attività che gli stessi sono chiamati a svolgere". Successivamente l'art. 16 della l. 56 del 1987, accogliendo in parte le istanze già avanzate dalla dottrina nel decennio precedente, aveva previsto che le amministrazioni pubbliche assumessero i lavoratori da inquadrare nei livelli per cui è richiesto un titolo di studio non superiore alla scuola dell'obbligo "sulla base di selezioni effettuate tra gli iscritti nelle liste di collocamento e in quelle di mobilità che abbiano la professionalità eventualmente richiesta e i requisiti previsti per l'accesso al pubblico impiego", ottenendo in questo modo un notevole risparmio di tempi e di costi.

Anche le modifiche sopra indicate però non erano riuscite ad ottenere i risultati voluti, in termini di acceleramento delle procedure di copertura dei posti vacanti, e di perseguimento di una maggiore efficienza del sistema, sia per il rifiuto delle amministrazioni di rinunziare alla facoltà di prevedere (con bandi talvolta assai specifici) la quantità di personale da assumere ed i criteri di selezione dello stesso, ed alla possibilità comunque di assunzioni mediante forme di chiamata diretta più o meno mascherate (con le conseguenze immaginabili sul piano della imparzialità della scelta), sia (relativamente alle qualifiche più basse) per la notoria inefficienza del collocamento pubblico. A ciò si aggiunga che il ricorso all'avviamento numerico da parte del collocamento, sulla base di una graduatoria sostanzialmente predisposta in base all'anzianità di iscrizione, ha incrementato nelle regioni meridionali la tendenza di alcuni soggetti a mantenere formalmente lo *status* di disoccupato, facendo ricorso nel frattempo a forme di lavoro nero, ovvero di sostegno familiare, in attesa dell'agognato posto fisso (Bellavista 2002). Questo ha determinato il rischio di un accesso alla pubblica amministrazione da parte di soggetti in età abbastanza avanzata, e con una concezione dell'attività lavorativa assai discutibile, in quanto legata più all'idea di "posto" che a quella di "lavoro produttivo" (pur con le peculiarità che quest'ultimo concetto presenta in una struttura che persegue finalità specifiche, come l'Amministrazione pubblica).

16. Il concorso pubblico tra la prima e la seconda privatizzazione

L'art. 2, lett. c, n. 4 della l. 421 del 1992, nel predisporre i criteri fondamentali cui doveva attenersi il legislatore delegato per la "privatizzazione" del rapporto di lavoro pubblico, ha inserito la disciplina dei procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro tra le materie oggetto di regolamentazione pubblica. Questa scelta ha determinato, secondo la maggioranza degli interpreti, il mantenimento, limitatamente a questo settore, della supremazia speciale della pubblica amministrazione, tale dunque da qualificare la posizione soggettiva dei partecipanti al concorso come interesse legittimo.

La scelta non era obbligata, in quanto l'art. 97 Cost., nel fissare il principio del concorso per l'accesso all'impiego nelle amministrazioni pubbliche, non rimette necessariamente la disciplina delle assunzioni al diritto pubblico, e non esige il riconoscimento in questo settore di un potere di supremazia della pubblica amministrazione nei confronti degli aspiranti. Invero, e più semplicemente, l'aggettivo "pubblico" va qui inteso, contrariamente ad un consolidato orientamento dottrinale e della giurisprudenza amministrativa, nel senso di "aperto al pubblico", richiedendo dunque soltanto che il sistema miri ad ottenere la partecipazione del maggior numero possibile di aspiranti, tra i quali selezionare in modo imparziale i capaci e meritevoli da inserire nell'amministrazione (Pinelli 1994).

Stabilita la regola di diritto sostanziale sulla necessità per le amministrazioni di assumere il personale attraverso procedure che garantiscano il rispetto dei principi sanciti dall'art. 97 Cost. (e 51), e rimessa alla legge e agli atti di macro organizzazione la predisposizione delle regole a cui le amministrazioni devono conformarsi, non v'è ragione per sottrarre la concreta attività di selezione alla gestione privatistica: anche qui l'amministrazione agisce (o dovrebbe agire) con i poteri del privato datore di lavoro (Fiorillo 2000) con conseguente possibilità di controllo del giudice sulla legittimità degli atti anche alla stregua dei canoni di correttezza e buona fede. Pertanto il legislatore avrebbe potuto rimettere anche questa parte della disciplina alla contrattazione collettiva, predisponendo una cornice di principi generali e di norme inderogabili ai quali la stessa avrebbe dovuto attenersi, e sanzionando con la nullità sia eventuali disposizioni difformi introdotte dall'autonomia collettiva, sia le assunzioni effettuate in violazione della disciplina specifica.

Inoltre, una volta esteso l'àmbito della privatizzazione fino a ricomprendervi anche la micro organizzazione, è difficile cogliere la ragione di fondo dell'attribuzione al giudice amministrativo della materia relativa alle procedure di reclutamento. La motivazione che questa concerne la fase prodromica del rapporto, estranea allo stesso (non ancora costituito) non sembra idonea a giustificare la diversità di posizioni soggettive (di interesse legittimo e di diritto soggettivo) fra chi aspira al posto e chi è parte del rapporto. Sulla base della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, e in analogia con l'orientamento consolidato in materia di concorsi banditi da enti pubblici economici e da imprese private, il giudice ordinario avrebbe potuto tutelare adeguatamente un diritto soggettivo alla pretesa della regolarità della procedura, giungendo a conclusioni sostanzialmente identiche a quelle cui perviene il giudice amministrativo sul controllo dell'esercizio del potere discrezionale del datore di lavoro e sulle sanzioni apprestabili.

Nella sua prima versione la disciplina delle assunzioni contenuta nel d. lgs. 29 del 1993 conservava il riferimento alle tradizionali forme di assunzione del personale (concorso pubblico, avviamento nominativo, assunzione di soggetti appartenenti a categorie protette), e presentava aspetti for-

temente centralizzati, in quanto era previsto un sistema di concorsi unici (che peraltro non esaurivano le possibili forme di selezione del personale) (Fiorillo 2000), e soggetti ad una disciplina unitaria per lo svolgimento delle prove selettive, valevole per tutte le amministrazioni pubbliche. Con le modifiche apportate dalla nuova riforma operata dal d. lgs. 80 del 1998 la disciplina della scelta del personale presenta una maggiore ampiezza rispetto a quanto letteralmente recita l'art. 97 Cost.: all'impiego pubblico si accede non soltanto attraverso il pubblico concorso in senso stretto, caratterizzato da un articolato procedimento amministrativo suddiviso in varie fasi, tutte minutamente disciplinate dalla fonte regolamentare, ma, oltre che mediante l'avviamento da parte dei centri per l'impiego, e, in determinati casi, per chiamata diretta (coniuge e figli di caduti per servizio e di vittime del terrorismo e della criminalità organizzata di cui alla l. 466 del 1980), anche attraverso più snelle procedure selettive.

Nello svolgimento di queste le singole amministrazioni (non più vincolate al necessario rispetto della disciplina posta a livello statuale), pur avendo un notevole margine di discrezionalità, sono vincolate al rispetto dei principi generali posti dal legislatore, primo fra tutti l'adeguata pubblicità della selezione, che consenta la partecipazione degli interessati. Va al riguardo osservato che, se pare essere richiesto il requisito della pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale (anche solo per estratto), tuttavia sarebbe opportuno diffondere anche con altri mezzi l'informazione relativa al concorso. La mancanza di un'effettiva conoscibilità dell'esistenza di un bando, specie in caso di pubblicazione dello stesso in determinati periodi dell'anno, ha infatti notevolmente ridotto, in alcuni casi, l'effettiva possibilità di partecipazione, limitandola alle sole persone in grado di conoscere, in modo informale, l'esistenza della procedura.

Tali selezioni devono ispirarsi ai principi di imparzialità, concentrazione e rapidità, anche mediante meccanismi informatici o altri strumenti idonei a ridurre la discrezionalità della valutazione. La disposizione richiede inoltre l'impiego di meccanismi di selezione oggettivi e trasparenti, i quali devono essere idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire. La scelta del meccanismo da adottare è dunque rivolta non soltanto a garantire l'imparzialità della scelta del candidato, ma soprattutto ad individuare coloro i quali siano in possesso del grado di professionalità richiesto per lo svolgimento dei compiti della qualifica di inquadramento.

Alla valorizzazione della professionalità si accompagna l'espressa previsione del rispetto della pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici. Si può ritenere che tale indicazione consenta l'adozione di meccanismi di selezione che introducano forme di preferenza nei confronti dei candidati appartenenti al sesso sottorappresentato. Ciò non potrà avvenire mediante l'introduzione di meccanismi di preferenza rigida ed automatica di questi ultimi, ma, sulla base delle indicazioni espresse ormai in numerose occasioni dalla Corte di Giustizia, un sistema di quote potrà essere introdotto a condizione che esso non contenga un'incondizionata preferenza per uno dei due sessi, ma presenti elementi di flessibilità, i quali permettano di tenere conto delle singole situazioni personali. (Garilli 1997). Un'indicazione in questo senso è contenuta nell'art. 7, c. 5 del d. lgs. 23 maggio 2000, n. 196, il quale prevede che, in occasione tanto di assunzioni quanto di promozioni, qualora vi sia una analoga preparazione professionale tra candidati di sesso diverso, l'eventuale preferenza accordata dall'amministrazione al candidato uomo va accompagnata da un'esplicita ed adeguata motivazione.

Il legislatore ha inoltre richiesto che le commissioni siano composte da esperti di provata compe-

tenza nelle materie oggetto del concorso, da scegliere non soltanto tra i funzionari dell'Amministrazione, ma anche tra estranei ad essa, tra cui vengono espressamente indicati i docenti delle materie inserite nelle prove. Nel regolamento per i concorsi nelle amministrazioni statali viene specificata la tipologia di esperti a cui ricorrere, ma nella disciplina specifica delle selezioni da parte delle amministrazioni si può fare ricorso anche a soggetti diversi da quelli previsti nel regolamento statale, purché rientranti nelle categorie sopra individuate.

La presenza di commissari aventi una specifica competenza tecnica risponde pienamente all'interesse al buon andamento dell'Amministrazione, in quanto tali soggetti sono in grado di accertare in modo puntuale il possesso dei requisiti professionali richiesti ai candidati. Per favorire una scelta imparziale inoltre è previsto che della commissione non possano fare parte (nemmeno se in possesso dei requisiti sopra indicati) i componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione e coloro i quali ricoprano cariche politiche. In questo modo si intende ridurre l'influenza che una scelta di carattere politico potrebbe avere in merito alla selezione del personale da assumere. Inoltre, al fine di ridurre alcune tendenze del sindacalismo nel pubblico impiego ad essere coinvolto nella cogestione di assunzioni e disciplina del personale (che aveva offerto la possibilità di pratiche clientelari nel corso degli anni '80) è espressamente esclusa la possibilità di inserire nelle commissioni rappresentanti sindacali, o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali. Naturalmente questo sistema di esclusioni non è in grado di per sé di evitare influenze esterne sullo svolgimento del concorso, ma quantomeno tende a collocarle all'esterno della commissione, precludendo ad alcune tipologie di soggetti di contare su una presenza istituzionalizzata all'interno della stessa.

Esaurita la selezione, il cui svolgimento può essere regolato in modo assai vario, purché nel rispetto dei principi sopra indicati, si può ritenere, pur in presenza di opinioni discordanti in dottrina ed in giurisprudenza (Borghesi 2002), che, una volta pubblicata la graduatoria dei vincitori, la discrezionalità dell'amministrazione all'assunzione si sia trasformata in vero e proprio obbligo giuridico alla conclusione del contratto. Invero, una volta ottenuta l'autorizzazione ad avviare il procedimento per l'assunzione di personale, la discrezionalità della pubblica amministrazione, che determina una situazione di interesse legittimo dell'aspirante dipendente, è ormai circoscritta all'attività procedimentalizzata prodromica all'instaurazione del rapporto di lavoro nella quale si svolge la valutazione comparativa fra i candidati. Da ciò consegue che il bando di concorso, qualora contenga tutti gli elementi attraverso cui individuare il contenuto del futuro contratto di assunzione, costituisce un'offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 c.c., da cui deriva, per coloro che sono utilmente collocati nella graduatoria, la conclusione del contratto di lavoro. Una volta che tale valutazione sia stata effettuata, attraverso la predisposizione della graduatoria dei vincitori, l'amministrazione perde ogni margine di discrezionalità e deve procedere alla nomina dei candidati in corrispondenza al numero dei posti banditi o di quelli che successivamente, nel termine previsto dalla legge, si rendessero vacanti.

Il perseguimento di finalità di risparmio ha del resto spinto più volte il legislatore (da ultimo con la finanziaria 2003) a bloccare le assunzioni nel pubblico impiego, con ciò privando, per periodi di tempo più o meno lunghi, le amministrazioni della possibilità di avvalersi di soggetti la cui capacità professionale è già stata accertata, con notevole detrimento della funzionalità del sistema. Le stesse esigenze hanno spinto il legislatore, con una serie di interventi straordinari, a disporre il mantenimento della validità delle graduatorie dei concorsi per periodi ben superiori alla previsione originaria, dalle quali le amministrazioni hanno la facoltà (e nei casi di cui all'art. 39, c. 16

della l. 449 del 1997 sembrerebbe addirittura l'obbligo) di attingere per coprire i posti vacanti prima di bandire un nuovo concorso. Ciò ha avuto come conseguenza in alcuni settori (si pensi ai concorsi banditi nel comparto scuola all'inizio degli anni '90) che tutti coloro i quali avevano raggiunto il livello minimo richiesto dalle commissioni per il superamento della prova sono stati assunti. In questo modo però si è corso il rischio di abbassare la qualità del personale, e di escludere dalla possibilità di accesso all'impiego pubblico i migliori delle generazioni più giovani, preferendo loro soggetti più anziani, e che non avevano raggiunto al momento del concorso un punteggio sufficiente per l'immediata assunzione. Ciononostante il sistema è stato istituzionalizzato dall'art. 9 della l. 16 gennaio 2003, n. 3, che, mantenendo fermo il citato art. 39 della l. 449 del 1997, ha rimesso ad un regolamento la determinazione di modalità e criteri con cui amministrazioni ed enti pubblici possono ricoprire i posti disponibili, nei limiti della loro dotazione organica, utilizzando gli idonei delle graduatorie di pubblici concorsi approvati da altre amministrazioni dello stesso comparto.

17. Equivalenza e professionalità

L'art. 56 del D. lgs. 29 del 1993 (oggi 52 del d. lgs. 165 del 2001), nel testo modificato dal d. lgs. n. 80 del 1998, pone il principio secondo cui il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni di assunzione, ovvero a quelle considerate equivalenti dalla classificazione del personale prevista dai contratti collettivi, o a quelle superiori acquisite per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali selettive (Liebman 1999). Mentre l'art. 56 del d. lgs. 29 del 1993, nella sua prima versione, attribuiva al dirigente il potere di adibire il dipendente a mansioni o compiti immediatamente inferiori, l'attuale disciplina non prevede tale possibilità. Si deve dunque ritenere che l'assegnazione a mansioni inferiori sia vietata, salvo che nei casi espressamente ammessi dalla legge, con finalità di tutela del lavoratore, come ad esempio nell'ipotesi di lavoratori che abbiano subito un infortunio su lavoro o abbiano contratto una malattia, di cui all'art. 4, c. 4 della l. 12 marzo 1999, n. 68.

Rispetto all'art. 2103 c.c. la norma genera una rilevante differenza sul piano della tutela della professionalità del dipendente pubblico: invero anche nel settore privato il lavoratore deve essere adibito alle mansioni proprie della qualifica di assunzione, ovvero a quelle equivalenti o superiori successivamente acquisite, ma l'orientamento secondo cui per mansioni equivalenti si intendono quelle ritenute tali dal contratto collettivo, in quanto inserite nella medesima qualifica, non ha avuto molta fortuna. La tesi dominante infatti, sulla base della considerazione secondo cui l'equivalenza è una nozione di fonte legale, la cui determinazione non può essere rimessa in via esclusiva alle parti sociali, ne riserva l'accertamento concreto al giudice di merito, a prescindere dalle previsioni contrattuali. Ciò non significa che in tale valutazione il giudice possa ignorare il sistema di classificazione predisposto a livello collettivo dalle parti sociali (ed anzi è ad esso che per lo più tende a fare riferimento), ma in caso di contestazione in merito alla sussistenza di un'effettiva equivalenza tra le mansioni, egli non è legato a quanto previsto dalla contrattazione collettiva secondo un criterio formalistico, come quello dell'inquadramento di livello o di categoria, ma deve considerare il contenuto, la natura e il modo di svolgimento concreti delle mansioni, anche in deroga a quanto previsto dal contratto collettivo.

La disciplina introdotta per i dipendenti pubblici invece sottrae al giudice qualunque valutazione discrezionale in materia di accertamento dell'equivalenza professionale tra profili diversi: fermo restando che la sussunzione della situazione concreta nella fattispecie astrattamente individuata

dall'autonomia collettiva è rimessa al giudice, questi non potrà però sindacare nel merito la sussistenza o meno dell'equivalenza, in quanto la contrattazione collettiva opera in questa sede come fonte di integrazione del dettato legislativo, sulla base di un'espressa indicazione normativa in questo senso. Inoltre, poiché la norma non riproduce l'inciso "ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte" contenuto nell'art. 2103 c.c., il giudizio sull'equivalenza prescinde dal percorso professionale individuale, e deve essere condotto esclusivamente con riferimento alla gamma di mansioni considerate in astratto tali dalla classificazione professionale. Ne consegue che l'oggetto dell'obbligazione lavorativa non è suscettibile di essere limitato alle specifiche mansioni indicate nel contratto di assunzione ovvero cristallizzato alle esperienze professionali già acquisite, ma invece abbraccia tutte le mansioni "corrispondenti alla qualifica di appartenenza". In questo modo la legge rifiuta anche letture dinamiche dell'equivalenza – per vero respinte dalla prevalente giurisprudenza - che valorizzino lo sviluppo professionale non regolato dall'autonomia collettiva; e ciò al fine di evitare forme di elusione, sempre in agguato, del divieto di avanzamenti automatici. Questa interpretazione è confermata dal comma 1 *bis*, aggiunto all'art. 17 del d. lgs. n. 165 del 2001 dall'art. 2 della legge n. 145 del 2002, il quale, consentendo la delega di funzioni dirigenziali organizzative a dipendenti che occupano posizioni elevate nell'àmbito degli uffici ad essi affidati, espressamente esclude l'applicabilità dell'art. 2103 c.c., negando pertanto il diritto al consolidamento di dette funzioni. La differente regolamentazione rispetto alla disciplina dell'art. 2103 c.c. risulta dunque giustificata dal particolare contesto organizzativo e normativo in cui, nonostante tutto, si svolge il rapporto di lavoro. Le prime pronunce giurisprudenziali non sono però univoche: non mancano infatti giudici che, in aperto contrasto con la lettera dell'art. 52 del d. lgs. n. 165 del 2001, ne svalutano la portata innovativa, asserendo la "tutelabilità in sede giudiziale del livello professionale raggiunto" (Trib. Cassino, 1 gennaio 2001).

18. Classificazione e inquadramento del personale

Come si è visto in precedenza (*retro*, par. 4) la l. 312 del 1980, sostituendo il vecchio modello delle "carriere", aveva introdotto un meccanismo di classificazione del personale articolato su otto "qualifiche funzionali" (portate poi a nove dalla l. 78 del 1986), a ciascuna delle quali corrispondeva un determinato livello retributivo, suscettibile di incremento in forza dell'anzianità maturata. All'interno di ciascuna di esse erano compresi numerosi profili professionali, fondati sulla tipologia della prestazione lavorativa, in relazione alle mansioni assegnate ed al titolo di studio necessario per l'accesso (Virga 1991).

Nella formulazione originaria del d. lgs. 29 del 1993 nessuna disposizione era prevista in ordine al sistema di classificazione (e di inquadramento) del personale, ma la materia doveva comunque ritenersi delegificata (in quanto non ricompresa nell'elencazione tassativa di cui all'art. 2 della legge n. 421 del 1992) ed affidata alla contrattazione collettiva, come poi esplicitato nell'art. 52 del d.lgs. 165 del 2001, secondo il quale anche la classificazione professionale è interamente rimessa alla contrattazione collettiva. Dovrebbe quindi ritenersi inapplicabile, in assenza di espressa previsione contrattuale, la distinzione dei lavoratori nelle categorie di cui all'art. 2095 c.c., che comunque, secondo la prevalente dottrina, è disposizione priva di carattere precettivo. Lascia pertanto fortemente perplessi l'orientamento che va affermandosi nei giudici di merito, secondo cui anche nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni sussisterebbe necessariamente la categoria dei quadri e che quindi i dipendenti che svolgono "funzioni di rile-

vante importanza per lo sviluppo e l'attuazione degli obbiettivi" dell'amministrazione vanterebbero un diritto soggettivo all'attribuzione della categoria. Anche a voler prescindere dalla natura (meramente) definitoria della norma, non si comprende quale interesse concreto possa sussistere al riconoscimento della categoria: non il trattamento economico, la cui determinazione è assegnata dall'art. 45 del d. lgs. n. 165 del 2001 esclusivamente ai contratti collettivi; e neppure i tratti di disciplina speciale contenuti nella legge n. 190 del 1985, ché questi non sono necessariamente collegati alla nozione di quadro, ma riconosciuti in considerazione delle particolari mansioni svolte. Va peraltro osservato che l'art. 40, comma 2, del d. lgs. n. 165 del 2001 demanda ai contratti collettivi di comparto il compito di stabilire "discipline distinte… per le figure professionali che, in posizione di elevata responsabilità svolgono compiti di direzione o che comportano iscrizione ad albi oppure (compiti) tecnico-scientifici e di ricerca". L'enunciato, introdotto con la delega del 1997, non sembra imporre necessariamente una regolamentazione differenziata vincolante l'autonomia collettiva, che resta libera nell'individuazione dei profili professionali e della loro relativa disciplina, dovendosi escludere ogni ingerenza da parte del giudice. La norma in realtà intende sancire il divieto di accorpare nell'area della dirigenza anche questi profili (Pascucci 1999), ad eccezione di alcune specifiche tipologie di *professionals* (professionisti degli enti pubblici, ricercatori e tecnologi degli enti di ricerca), individuati dall'art. 7, c. 4 della l. 145/2002 (che ha aggiunto un periodo all'art. 40, c. 2, del d.lgs. 165/2001), senza però che ciò comporti alcun onere aggiuntivo per le amministrazioni interessate e "nel rispetto delle distinzioni di ruolo e funzioni". Il che purtroppo non fa che riproporre, così come per la l. 190 del 1985, un modello fondato sul riconoscimento formale di uno *status,* con l'aggravante di introdurre un vincolo, sia pure limitato all'ambito soggettivo, alla contrattazione collettiva.

Esaminando i sistemi di classificazione di ciascun comparto, va osservato che questi, pur con rilevanti differenze, appaiono tutti costruiti nel segno del superamento del precedente sistema costruito sulle qualifiche funzionali, che, come si è detto, avevano dato pessima prova, sia per l'incapacità di rispondere alle esigenze dei mutamenti organizzativi con una distribuzione di professionalità coerente con le mansioni effettivamente svolte e richieste dall'organizzazione del lavoro, sia per il divieto (disposto in via generale, ma violato con disposizioni incoerenti e poco funzionali) di prefigurare percorsi di carriera che favorissero la crescita professionale e valorizzassero la qualità delle prestazioni.

Il nuovo sistema si articola in tre (Amministrazioni autonome dello stato, Ministeri), o quattro (Università, Enti locali, Enti pubblici non economici, Sanità, Scuola) aree o (macro) categorie (la distinzione è meramente terminologica), indicate con le lettere dell'alfabeto (dalla A alla C o alla D, tranne che nel comparto Università, in cui la scala va da B a EP), definite tramite la consueta tecnica delle declaratorie, che "corrispondono a livelli omogenei di competenze, conoscenze e capacità necessarie per l'espletamento delle relative attività lavorative" (art. 13 Ccnl del personale del comparto "sanità"). In esse sono previsti livelli economici, che in buona parte riproducono le previgenti divisioni in qualifiche funzionali, con alcune semplificazioni nei livelli iniziali, nei quali si registra una tendenziale elevazione delle due ex qualifiche funzionali più basse al trattamento previsto per l'ex terzo livello.

All'interno della classificazione generale possono essere previsti profili professionali, che esprimono il contenuto di attribuzioni specifiche relative all'area o alla categoria con eventuali posizioni economiche diversificate (art. 13, c. 3. Ccnl comparto "enti pubblici non economici", art. 13 Ccnl del comparto "ministeri"; art. 13 Ccnl personale del comparto "sanità") ovvero soltanto

forme di progressione economica legate a sistemi di valutazione applicati dai dirigenti, secondo modelli che, nella concreta esperienza dei contratti di comparto, appaiono fortemente differenziati. Mentre l'identificazione delle aree o categorie avviene in modo non troppo dissimile, individuando genericamente le caratteristiche comuni ai profili professionali, questi sono descritti in modo assai diverso

Invero in alcuni casi si è scelta la strada di una individuazione a livello nazionale sia delle declaratorie generiche che dei singoli profili, con un irrigidimento del modello che pone qualche problema in merito all'adattamento del sistema classificatorio alle concrete esigenze della singola amministrazione. In altri, come nel comparto "regioni ed enti locali", si è invece preferito indicare i profili professionali di ciascuna categoria in via esemplificativa, rimettendo ai singoli enti la facoltà di identificare, in relazione al proprio modello organizzativo, ulteriori profili, aventi un contenuto diverso da quelli indicati nel Ccnl. Questi dovranno poi essere inseriti nelle corrispondenti categorie, utilizzando in via analogica i contenuti delle mansioni proprie dei profili indicati in via esemplificativa a livello nazionale. Non è un caso che tale ampliamento del modello sia intervenuto in un comparto in cui coesistono enti molto diversi dal punto di vista organizzativo, che sono chiamati a svolgere funzioni assai articolate, per le quali può risultare necessario l'impiego di professionalità specifiche, la cui individuazione rigida a livello nazionale creerebbe delle difficoltà.

Nei comparti Sanità, Ministeri, Enti locali, Amministrazioni autonome e Scuola (nel quale l'individuazione riguarda il solo personale tecnico e amministrativo) le mansioni proprie del profilo sono specifiche e dettagliate e, limitatamente alla categoria C del comparto sanità, il contenuto dell'obbligazione lavorativa dei dipendenti avviene richiamando i decreti ministeriali che disciplinano l'esercizio delle corrispondenti professioni sanitarie. Nel comparto università manca invece una descrizione nuova dei profili, in quanto l'individuazione del contenuto delle mansioni avviene richiamando le vecchie aree funzionali, che sono ripartite in nuove categorie.

Fatto salvo, da parte di tutti i contratti collettivi, il principio di fonte legale che riserva taluni compiti esclusivamente agli iscritti a specifici albi, o comunque in possesso di determinate abilitazioni, l'individuazione in concreto da parte della contrattazione collettiva delle mansioni tra loro equivalenti ha dovuto tenere conto delle diverse esigenze coinvolte. Infatti mentre l'Amministrazione mira in sede di inquadramento a massimizzare la quantità, la latitudine e la flessibilità delle prestazioni esigibili dal lavoratore, accrescendo anche, nella generalità dei casi, la possibilità di interscambi e collaborazione tra diversi profili professionali (Ricciardi 1999), si registrano delle resistenze da parte dei dipendenti, abituati ad un modello classificatorio estremamente parcellizzato. Nella prima versione dell'art. 56 del d. lgs. 29 del 1993 un primo tentativo di flessibilizzazione era stato ricercato mediante l'inclusione nell'area del dovuto ricavabile dalla qualifica funzionale anche dei compiti "complementari e strumentali al perseguimento degli obiettivi di lavoro", e della possibilità di adibire il dipendente a "compiti specifici non prevalenti della qualifica superiore" (oltre che, come si è visto, a compiti o mansioni immediatamente inferiori). Nessun riferimento è oggi contenuto nella disciplina di cui all'art. 52 del d. lgs. 165 del 2001, per cui l'area del dovuto secondo la fonte legale è costituita soltanto dalle mansioni individuate dal profilo di appartenenza, e da quelle ad esse equivalenti secondo il disposto della contrattazione collettiva, la quale però ha in certi casi espressamente previsto un ampliamento dell'obbligazione lavorativa anche al di là dello specifico profilo professionale. E' il caso dell'art. 13 del Ccnl sanità, dell'art. 24 del Ccnl amministrazioni autonome dello stato, dell'art. 13 del Ccnl enti pubblici non economici e dell'art. 13 del Ccnl ministeri, che hanno riprodotto la disposizione del vecchio art. 56 in merito

all'obbligo del dipendente di prestare, oltre alle mansioni esemplificativamente indicate nei profili professionali, anche i compiti o le attività ad esse "complementari e strumentali". Peraltro il dipendente sarebbe comunque tenuto, applicando il principio di diligenza che presiede allo svolgimento dell'attività lavorativa, ad effettuare tutte le operazioni necessarie per lo svolgimento dei compiti assegnatigli, anche qualora queste non siano espressamente richiamate nella (necessariamente sintetica) declaratoria contrattuale.

La ricerca di punti di equilibrio tra gli interessi citati ha portato, nell'individuazione delle mansioni equivalenti da parte della contrattazione collettiva, a soluzioni non omogenee, per cui se nel comparto enti locali l'art. 3, c. 3 del Ccnl prescrive che tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria sono esigibili, nel comparto ministeri e in quello enti pubblici non economici l'equivalenza è limitata ai soli profili inseriti nello stesso livello economico (il quale è variamente articolato all'interno della categoria); nella sanità invece non pare essere prevista alcuna forma di equivalenza fuori dal profilo, probabilmente a causa della forte presenza di mansioni per le quali è richiesto per legge il possesso di una determinata qualificazione professionale, a tutela del diritto alla salute dei cittadini. Particolare appare poi la disciplina del comparto università, in cui tutte le mansioni sono esigibili, in quanto professionalmente equivalenti all'interno non di ciascuna categoria, ma di ciascuna area (concetto riferito qui agli specifici settori in cui l'Amministrazione era divisa, che dunque conserva valore giuridico anche dopo il reinquadramento), ed in cui il potere dell'ente pubblico viene accompagnato dalla previsione del diritto dei dipendenti alla formazione professionale necessaria per lo svolgimento dei nuovi compiti.

Sono poi previste fasce particolari per tipologie professionali specifiche (come "l'area medica" e "l'area dei professionisti" di cui all'art. 13 del Ccnl ministeri) e incarichi a termine per il conferimento di funzioni organizzative. Nei contratti collettivi di comparto infatti è stato previsto che al personale appartenente alla categoria più elevata (e nel Ccnl sanità, oltre che ai soggetti inseriti nella categoria D, anche ai dipendenti inquadrati nei profili sanitari della categoria C) possano essere conferiti, con atto scritto e motivato, incarichi comportanti lo svolgimento di attività con contenuti di elevata professionalità e specializzazione, ovvero particolari responsabilità (cfr. l'art. 61 del Ccnl università, l'art. 8 del Ccnl enti locali, l'art. 20 del Ccnl sanità, l'art. 18 del Ccnl ministeri), funzioni di direzione di unità organizzative di particolare complessità, caratterizzate da un elevato grado di autonomia gestionale ed organizzative, o attività di staff o di studio, ricerca, ispettive, di vigilanza e controllo caratterizzate da elevata autonomia e professionalità (art. 8 del Ccnl enti locali, art. 17 del Ccnl enti pubblici non economici, art. 29 del Ccnl amministrazioni autonome dello stato). Tali incarichi (che possono essere revocati in caso di valutazione negativa sull'attività lavorativa del dipendente) comportano l'attribuzione di un trattamento economico ulteriore, mediante il quale è intendimento delle parti collettive premiare particolari capacità professionali del dipendente, nel momento in cui queste vengono proficuamente inserite nell'organizzazione dell'amministrazione, evitando inoltre un affollamento di richieste di passaggio alla categoria dirigenziale, come avvenuto in alcune amministrazioni nella quale si registra un numero assolutamente abnorme di dirigenti, a cui non corrisponde spesso nemmeno una struttura elementare da coordinare.

19. La disciplina dell'attribuzione di mansioni superiori

Nel rapporto di lavoro privato l'inquadramento del dipendente è sostanzialmente basato sul cri-

terio dell'effettività dei compiti svolti, per cui l'attribuzione di mansioni superiori a quelle di inquadramento oltre il termine previsto dalla legge (o dalla contrattazione collettiva, qualora sia minore) determina il mutamento definitivo del contenuto dell'obbligazione lavorativa dedotta in contratto. Tale principio non aveva mai avuto (e non trova tuttora) applicazione nell'impiego alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche, dove l'art. 2103 c.c. è stato tradizionalmente ritenuto non applicabile, in quanto si riteneva che sussistesse una disciplina autosufficiente e specifica del fenomeno (Alleva 1980). In forza di questa la promozione automatica del dipendente addetto a mansioni superiori, qualora l'adibizione avesse superato i tre mesi, era stata esclusa, in quanto nel pubblico impiego erano state istituite determinate qualifiche, in relazione alle quali erano previste piante organiche aventi la loro fonte o nella legge o nei regolamenti dei singoli enti. L'attribuzione delle singole qualifiche doveva avvenire garantendo la selezione dei più idonei a ricoprirle, e tutelando il diritto alla carriera, per cui l'applicazione del principio di promozione automatica a seguito dello svolgimento di mansioni superiori avrebbe sconvolto l'assetto organizzativo dell'Amministrazione, affidando alla discrezionalità dei singoli capi ufficio le variazioni di organico, in violazione del principio di imparzialità, e di parità di trattamento tra i lavoratori, ed avrebbe aperto la strada a manifestazioni di clientelismo, creando la possibilità per gli amministratori di sottrarsi alle restrittive norme in materia di organizzazione degli uffici, causando inoltre una dilatazione incontrollata della spesa pubblica. La legge n. 93 del 1983 aveva in sostanza confermato tale orientamento, rimettendo alla contrattazione collettiva di comparto soltanto l'individuazione dei profili professionali, ma lasciando alla legge sia le disposizioni in materia di determinazione delle qualifiche funzionali, sia soprattutto la disciplina delle promozioni. Si era invece finito con l'ammettere (pur tra dubbi e ripensamenti) da parte della giurisprudenza amministrativa la retribuibilità delle mansioni superiori svolte dal dipendente pubblico, purché queste fossero state conferito con atto formale, e per la copertura di un posto effettivamente vacante, anche se tale orientamento è stato (assai discutibilmente) rivisto di recente dalla giurisprudenza amministrativa, che per il periodo precedente alla riforma del 1998 si è nuovamente orientata per la non retribuibilità delle mansioni superiori svolte di fatto.

La disciplina introdotta dalla privatizzazione (pur consentendo l'attribuzione temporanea di mansioni superiori) ha mantenuto il divieto di definitivo inquadramento nelle mansioni stesse, qualora siano affidate in via temporanea. L'art. 57 del d. lgs. 29 del 1993 (mai applicato in concreto, in forza di successivi differimenti della sua entrata in vigore) disponeva che il prestatore di lavoro potesse essere adibito a mansioni immediatamente superiori (si tenga presente che la norma nasceva in un sistema articolato in un numero rilevante di qualifiche funzionali), qualora vi fossero obiettive esigenze di servizio, limitatamente al caso in cui si registrasse una vacanza in organico, per un periodo non superiore a tre mesi dal verificarsi della stessa, con contestuale attivazione delle procedure per la copertura del posto vacante, ovvero in caso di sostituzione del dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, per tutto il periodo di assenza (tranne che nel caso delle ferie). Tale attribuzione avrebbe dato diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, ma non (come si è detto) al definitivo inquadramento nelle mansioni. Fuori dai casi previsti dalla legge si riteneva che l'attribuzione delle mansioni superiori fosse illegittima, ma ciò non comportava per l'impiegato la perdita del diritto alla percezione delle differenze retributive. Invero la norma prevedeva espressamente la responsabilità non solo disciplinare, ma anche patrimoniale del dirigente che aveva attribuito illegittimamente le mansioni superiori, e l'unico danno che sarebbe potuto derivare per l'Amministrazione da tale comportamento consisteva proprio nel pagamento al dipendente dello stipendio più elevato rispetto alla qualifica di inquadramento

(Alleva 2000; Campanella 1996; Marinelli 1996). Il mantenimento di tali rigidità era stato fortemente criticato da parte della dottrina, secondo la quale in questo modo si sarebbe impedito all'Amministrazione di gestire in modo flessibile le risorse umane, e sarebbero state frustrate le legittime aspettative dei dipendenti (Alleva 2000).

Con la seconda privatizzazione la disciplina citata è stata modificata, mantenendo però la sua ispirazione di fondo. L'art. 52, c. 2 e ss. del d. lgs. 165 del 2001 ammette la legittimità dell'adibizione del dipendente a mansioni superiori nei soli casi già previsti dall'art. 57 del d. lgs. 29 del 1993, portando la possibilità di nomina temporanea per lo svolgimento di mansioni superiori a sei mesi per il caso di vacanza di posto in organico, prorogabili fino a dodici qualora siano state già avviate le procedure per la copertura del posto vacante. La disposizione non indica esplicitamente la possibilità di adibire il dipendente pubblico soltanto ad alcuni compiti della qualifica superiore, senza diritto al corrispondente trattamento economico, ma che questo sia possibile può essere ricavato in via interpretativa dall'art. 52, c. 3, secondo il quale "si considera svolgimento di mansioni superiori ... soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo quantitativo, qualitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni". Il diritto al trattamento economico corrispondente alle mansioni effettivamente esercitate è espressamente riconosciuto in tutti i casi, anche qualora l'adibizione sia avvenuta fuori dai casi ammessi dalla legge, ma in questa ipotesi il dirigente sarà chiamato a rispondere del maggior onere conseguente, qualora abbia agito con dolo o colpa grave, in conformità ai criteri ormai adottati riguardo alla individuazione della responsabilità del dipendente pubblico davanti alla Corte dei conti. La contrattazione collettiva, non può derogare a quanto disposto dall'art. 52, c. 5 in merito alla nullità dell'adibizione a mansioni superiori fuori dai casi disposti dalla legge, e non può nemmeno (ed a maggior ragione) introdurre meccanismi di attribuzione automatica delle mansioni effettivamente svolte, in deroga a quanto espressamente previsto dalla legge, con disposizione avente natura di norma inderogabile. La contrattazione collettiva potrà però, in forza dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 52, c. 6, disporre in modo diverso da quanto previsto dalla legge in merito agli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4, prevedendo una disciplina differenziata in merito al trattamento economico, ovvero (ma la questione è più controversa) ampliando le ipotesi in cui l'Amministrazione può fare ricorso allo *jus variandi* verso l'alto. Fino ad ora i contratti collettivi si sono astenuti dall'introdurre una disciplina specifica, richiamando soltanto la disposizione legale (cfr. art. 3 del Ccnl enti locali), ovvero hanno integrato taluni aspetti della disciplina, indicando per esempio un concetto di "mansioni superiori" che considera tali anche mansioni inserite nella medesima area o categoria – art. 28 Ccnl sanità -, ovvero prevedendo la possibilità di adibire il lavoratore a compiti non prevalenti della qualifica superiore, senza che ciò comporti alcun diritto sul piano economico (art. 24 Ccnl università), ma non hanno modificato il contenuto di commi citati per quanto concerne i presupposti per l'attribuzione delle mansioni superiori.

20. La progressione verticale come strumento di riconoscimento della professionalità. Il ruolo della formazione professionale

L'affermazione del principio (inderogabile anche da parte dell'autonomia collettiva) del divieto della definitiva attribuzione delle mansioni superiori in seguito al loro effettivo svolgimento di fatto non impedisce però la previsione di articolati meccanismi di progressione (sia all'interno delle aree, che tra le stesse) del personale. Già la legge n. 312 del 1980 e poi la n. 93 del 1983, che mantenevano fermo il principio dell'accesso alla qualifica superiore mediante concorso pubblico (poi ribadito dall'art. 3, c. 20, della legge 24 dicembre 1993, n. 537), avevano introdotto

come disciplina generale per il futuro una riserva di posti per il personale in servizio partecipante a tali selezioni, disponendo peraltro in via transitoria, con una serie di consistenti deroghe, forme di progressione semi-automatica e di riserva generalizzata (v. ad es. l'art. 9) per gli interni. Nel comparto degli enti locali il d. p. r. 25 giugno 1983, n. 347, che aveva recepito l'accordo collettivo del 29 aprile 1983, all'art. 24, c. 5, consentiva agli enti di prevedere "nell'apposito regolamento, in accordo con le organizzazioni sindacali, i profili professionali che devono essere ricoperti sulla base di esperienze professionali acquisibili all'interno dell'ente stesso, mediante procedure concorsuali interne". La disposizione, che si era prestata ad un uso assai disinvolto del concorso interno, sostanzialmente esteso a tutte le qualifiche e profili professionali, era stata poi consacrata in norma di legge (art. 6, c. 12, legge 15 maggio 1997, n. 127).

L'art. 52 del d. lgs. 165 del 200, fermo restando il principio della normale irrilevanza dell'attribuzione di fatto di mansioni superiori al fine dell'inquadramento dei dipendenti, ha espressamente ammesso l'utilizzo di meccanismi per il passaggio alla categoria (o area) superiore che, afferma la legge, può essere acquisita attraverso forme di sviluppo professionale o procedure selettive (di tipo concorsuale o no). Tale opzione va però letta alla luce degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, tradizionalmente diffidente nei confronti di meccanismi promotivi riservati al personale interno all'Amministrazione. Invero con un folto gruppo di sentenze e ordinanze la Consulta, fin dagli anni '80 (Corte cost., 7 aprile 1983, n. 81; Idem, 24 marzo 1988, n. 331; Idem, 13 ottobre 1988, n. 964; Idem 23 febbraio 1994, n. 51; Idem, 23 luglio 1993, n. 333; Idem, 10 giugno 1994, n. 234; Idem, 29 dicembre 1995, n. 528; Idem, 30 ottobre 1997, n. 320; Idem, 4 gennaio 1999, n. 1; Idem, 16 maggio 2002, n.194**;** Idem, 29 maggio 2002, n. 294; Idem, 23 luglio 2002, n. 273), ha ritenuto che l'ipotesi di passaggio ad una qualifica superiore comporterebbe l'accesso ad un nuovo posto di lavoro, "corrispondente a funzioni più elevate", e sarebbe perciò soggetta alla regola del pubblico concorso, sancita dall'art. 97 Cost. (collegato con gli artt. 51 e 98 Cost.), alla quale è possibile derogare solo in presenze di peculiari situazioni giustificatrici che garantiscano comunque il buon andamento dell'amministrazione (Corte cost., 30 ottobre 1997, n. 320 e Idem, 4 gennaio 1991, n. 1). In realtà, affermano i Giudici della Corte, "il pubblico concorso, in quanto metodo che offre le migliori garanzie di selezione dei più capaci è un meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'amministrazione, il quale può dirsi pienamente rispettato qualora le selezioni non siano caratterizzate da *arbitrarie"* (corsivo mio) "forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi, forme che possono considerarsi ragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, che possano giustificarle per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione" (Corte Cost., 16 maggio 2002, n. 194 e Idem, 23 luglio 2002, n. 273). Eccezioni legittime sono ad esempio quelle che concernono le assunzioni di personale destinato alla collaborazione con organi di indirizzo politico amministrativo o al supporto dei medesimi; mentre per il restante personale potrà semmai indicarsi fra i requisiti dettati dalla legge il possesso di una precedente esperienza nell'àmbito dell'amministrazione, se esso abbia rilevanza ai fini della specifica professionalità richiesta. Accanto a queste eccezioni, che già si rinvengono nella disciplina positiva (incarichi dirigenziali e di posizioni organizzative; previsione di procedure concorsuali interne per particolari profili professionali nel comparto regioni-enti locali), la Corte prendendo a modello il sistema delineato dalla legge 312 del 1980, riconosce la legittimità costituzionale dei concorsi misti purché la riserva dei posti sia conforme alle aliquote indicate da tale legge e comunque non superi il 50 per cento (Corte Cost. 10 giugno 1994, n. 234). Va osservato di sfuggita che la Corte non assegna invece un ruolo decisivo al principio di imparzialità, in quanto

esso costituisce metro per misurare la correttezza sostanziale delle procedure concorsuali e promotive, ma non per garantire l'accesso incondizionato dall'esterno.

La dottrina ha vivacemente criticato la posizione assunta dalla Consulta, a cui rimprovera di non avere tenuto conto dell'evoluzione della disciplina degli inquadramenti e della "logica manageriale di gestione delle carriere del personale pubblico" (Carinci 2002; Rusciano 1999). Tuttavia, se le motivazioni della Corte meritano di essere sottoposte a revisione critica, il risultato a cui essa perviene ci sembra sostanzialmente equilibrato e coerente con i principi costituzionali sull'organizzazione degli uffici e con il disegno della riforma del rapporto di lavoro pubblico. Infatti, i Giudici hanno dichiarato illegittime norme di leggi statali e regionali che, in aperta violazione del canone dell'efficienza, costruivano percorsi di carriera unicamente legati all'anzianità di servizio. L'ipervalorizzazione di questo elemento, senza adeguata valutazione delle capacità professionali e dell'attitudine a ricoprire un posto superiore, tradisce lo spirito riformista che intende "accrescere l'efficienza" e "realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane" (art. 1, d. lgs. 165 del 2001). Questi obiettivi vengono raggiunti sia mediante procedure per l'accesso all'impiego che garantiscano l'imparzialità e la corretta verifica dei requisiti attitudinali e professionali richiesti per la posizione da ricoprire (art. 35, c. 3), sia attraverso un adeguato sviluppo professionale certificato e controllato (art. 52, c. 1). La verifica costituzionale delle disposizioni non va pertanto condotta con riferimento al comma terzo dell'art. 97, ma al comma primo, da cui può altresì dedursi la regola, fatta propria dal legislatore della riforma (art. 35, c. 1, lett. a), della garanzia dell'accesso adeguato dall'esterno per coprire le diverse posizioni di lavoro. E in questo caso la valutazione di legittimità del dosaggio delle percentuali da riservare ai dipendenti in servizio, caduto ogni riferimento a discipline di legge, sarà rimesso al prudente apprezzamento del giudice.

A differenza del vecchio sistema, che irrigidiva la professionalità all'interno della qualifica funzionale, quello nuovo si caratterizza per la sua dinamicità, in quanto, per un verso, come si è visto, estende l'àmbito dello *jus variandi*, affidando l'individuazione dell'equivalenza al contratto collettivo, e per l'altro introduce due ordini di progressione, economica e verticale, entrambe legate al merito e a congegni di valutazione selettiva, nell'intento di stimolare e premiare la crescita professionale e l'impegno nell'esercizio delle mansioni, la cui disciplina è in parte rimessa agli accordi in sede decentrata. Questi costituiscono, nell'intenzione del legislatore, la sede in cui è possibile individuare i criteri e le modalità effettive di valutazione della capacità professionale dei dipendenti, in relazione alle esigenze dell'amministrazione. Non vanno però trascurati i rischi di questa riforma, che, già dalle prime esperienze applicative, è stata parzialmente disattesa nelle sue finalità, e spesso utilizzata, sotto la spinta dei dipendenti, meno facile da contrastare a livello locale, come strumento per introdurre forme di automatismo generalizzato.

I rinnovi contrattuali 1998-2001 regolano diversamente i passaggi da un'area o categoria a quella immediatamente superiore (progressione verticale) e le modalità per la progressione economica all'interno dell'area o categoria di appartenenza. Nel primo caso, nel rispetto comunque del limite dei posti vacanti della dotazione organica, si prevedono procedure di tipo concorsuale o paraconcorsuale, con partecipazione (secondo una tradizione piuttosto risalente) del personale interno anche privo dei relativi titoli di studio, purché in possesso di una certa anzianità. Nel secondo, percorsi di qualificazione e aggiornamento professionale e/o selezione che si basano sulla valutazione dei *curricula*.

I contratti collettivi affermano tutti, in modo più o meno chiaro, il principio dell'accesso all'im-

piego mediante concorso pubblico, prevedendo espressamente che le selezioni debbano garantire un accesso adeguato dall'esterno (cfr. art. 14 Ccnl enti pubblici non economici; art. 14 Ccnl ministeri; art. 14 Ccnl sanità). A tale principio astratto si accompagnano però talvolta disposizioni in forza delle quali in concreto vengono aperte agli esterni solo per le posizioni iniziali delle singole aree, con riserve totali a favore del personale dipendente su talune posizioni, e consentendo per tutta l'area intermedia l'accesso dall'esterno soltanto qualora la selezione interna abbia avuto esito negativo, ovvero manchino del tutto le professionalità da selezionare. Espressione caratteristica di questa tendenza è l'art. 4, c. 2, del Ccnl enti locali, il quale ammette il ricorso a procedure selettive esclusivamente interne per la copertura di posti vacanti dei profili caratterizzati da una professionalità acquisibile esclusivamente all'interno degli stessi enti. Solo nel contratto collettivo del comparto "università" è espressamente indicata l'aliquota del 50 per cento riservata al personale in servizio (probabilmente perché stipulato in data più recente – agosto 2000 – e perciò condizionato dagli interventi della Corte costituzionale sopra riferiti).

Inoltre, mentre alcuni contratti applicano il sistema del concorso "misto", cioè un'unica procedura selettiva a cui accedono contemporaneamente interni ed esterni (contratto "ministeri" e "enti pubblici non economici"), in altri ("sanità", "regioni-autonomie locali", "università") le procedure di progressione verticale vengono effettuate separatamente, e con criteri diversi rispetto a quelli del concorso pubblico. Ciò peraltro non va valutato in modo negativo, in quanto mentre nel caso delle nuove assunzioni la valutazione deve riguardare la complessiva capacità professionale del dipendente, oltre alla sua attitudine ad un proficuo inserimento nell'amministrazione, per le progressioni verticali il giudizio riguarda dipendenti già sperimentati, e dei quali l'amministrazione ha potuto verificare le effettive attitudini lavorative.

È chiaro che la prefigurazione di carriere professionali effettive e non fittizie deve avvalersi di adeguati sostegni di formazione professionale (Treu 1992). Questa, secondo quanto espressamente riconosciuto dalla citata direttiva del Ministro per la Funzione pubblica del dicembre 2001, è un diritto soggettivo, riconosciuto a tutti i dipendenti, ai quali deve essere garantito un numero minimo di ore, ed attribuito un credito formativo spendibile nei processi di mobilità professionale, sia all'interno dell'amministrazione di lavoro che all'esterno presso amministrazioni diverse. Ma è anche un obbligo dei lavoratori, in quanto finalizzata alla realizzazione degli obiettivi istituzionali delle singole amministrazioni. Considerata forma di investimento permanente, la formazione - nelle sue accezioni di addestramento, aggiornamento, qualificazione e riqualificazione – assurge al ruolo di strumento essenziale della gestione delle risorse umane. La direttiva affronta i nodi più importanti, che finora hanno ostacolato la piena ed efficace realizzazione delle attività formative, vale a dire il finanziamento, la programmazione, la progettazione ed il controllo. Una funzione preminente assume il Dipartimento della Funzione pubblica, cui viene assegnato il compito di emanare (sentita la Conferenza dei presidenti delle regioni, le associazioni degli enti locali e le organizzazioni sindacali) un atto di indirizzo annuale contenente le linee di azione e i programmi strategici; le singole amministrazione hanno poi l'obbligo di predisporre piani annuali e pluriennali di formazione del personale indicando gli obiettivi e le risorse finanziarie necessarie, reperite tra quelle interne, statali e comunitarie; a tale riguardo è stabilito un aumento dei livelli di investimento calcolato in percentuale sul monte retributivo (prima determinato nella scarsa misura dell'uno per cento). La predisposizione dei piani e la gestione delle attività formative è poi affidata ad apposite strutture dotate di personale adeguatamente preparato. L'obbligo del piano è oggi consacrato nell'art. 7 *bis* inserito nel d. lgs. n. 165 del 2001 dall'art. 4 della legge n. 3 del 2003, il

quale, per le amministrazioni dello Stato (anche ad ordinamento autonomo) e per gli enti pubblici non economici, condiziona l'attuazione dei progetti formativi al silenzio assenso (che si forma trascorso un mese dalla comunicazione) da parte del Dipartimento della funzione pubblico di concerto con il Ministero dell'economia. Si afferma dunque la funzione di *policy deployment* della formazione, i cui progetti devono essere coerenti con le finalità generali delle pubbliche amministrazioni, con le priorità indicate nell'atto di indirizzo e con le direttive impartite dagli organi politici per la realizzazione degli obiettivi e dei programmi di governo. Ciò introduce anche in questo campo un vincolo di scopo, che limita l'autonomia della contrattazione decentrata, a cui i contratti di comparto demandano l'individuazione delle linee di indirizzo dei programmi formativi; e pertanto gli interventi formativi assunti sulla base di un accordo in dissonanza con le finalità dell'organizzazione potranno essere paralizzati dal diniego del Dipartimento. Ancora una volta l'art. 97 Cost. impone di rimodellare un istituto del diritto privato, contemperando il diritto individuale del lavoratore con le esigenze dell'amministrazione.